



Quaderni degli
Annali della Facoltà di Economia della
Università degli Studi di Palermo

CALOGERO MASSIMO CAMMALLERI

L'inefficacia del licenziamento

tutela obbligatoria e diritto comune

II edizione

Printed in Italy
Copyright © 2005 Biblioteca della Facoltà di Economia di Palermo
Editore in Palermo
Composizione L^AT_EX 2_ε di Flavio Barbàra
Stampa Officine tipografiche Aiello e Provenzano s.r.l.

ISBN 88-902112-0-2

Copyleft © 2005 temilavoro.it, coeditore *on line* in Palermo
<http://www.temilavoro.it>

*Ad Antonella
Ludovica, Alesssandro,
nel comune ricordo
del prof. Salvatore Saetta*

Indice

Abbreviazioni	xi
Premessa	xv
1 Sanzioni e vizi	1
1.1 Introduzione.	1
1.2 L'apparato sanzionatorio in generale. Sanzioni, rimedi e tecniche.	6
1.3 I vizi tipici del licenziamento illegittimo in generale: nullità, annullabilità, inefficacia.	18
1.4 L'inefficacia come chiave di analisi di tutte le conseguenze sanzionatorie.	21
2 Inefficacia e difetto di legittimazione	23
2.1 La legittimazione al licenziamento	23
2.2 La legittimazione nell'interposizione vietata	25
2.3 Segue: interposizione vietata, licenziamento e art. 27 comma 2 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, rinvio.	27
2.4 Falsus procurator datoris e interposizione: il problema degli effetti della ratifica.	28
2.5 La legittimazione nel lavoro domestico: endofamiliare, a favore di terzi, di comunità. Problemi applicativi.	36
2.6 La legittimazione al licenziamento nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Profili problematici e lineamenti ricostruttivi.	45
2.7 Conseguenze del difetto di legittimazione.	60
3 Inefficacia e divieti di licenziamento	63
3.1 Violazione dei divieti di licenziamento e inefficacia. Tratti comuni ed elementi distintivi. Oggetto e funzione del regime sanzionatorio nelle ipotesi di matrimonio, gravidanza e puerperio.	63
3.2 Segue: dimissioni a causa di matrimonio e della gestante e puerpera.	70

3.3	Malattia, comportamento e inefficacia del licenziamento.	72
4	L'inefficacia dell'art. 2 della l. 604/66	79
4.1	I vizi della forma e della motivazione. Distinzione tra I e II comma: critica. L'inefficacia come conseguenza della nullità: critica.	79
4.2	Relazioni tra l'inefficacia e la giustificazione. Formulazione dell'ipotesi.	85
4.3	Segue: mancanza della motivazione in senso formale e in senso sostanziale. Distinzione delle fattispecie e necessità della loro assimilazione.	87
4.4	Segue: conseguenze dell'equiparazione della motivazione generica alla motivazione mancante sulla ricostruzione della fattispecie.	89
4.5	Ricostruzione della natura del vizio della motivazione. . . .	91
4.6	Funzione ed effetti dei termini di richiesta e di comunicazione dei motivi. Definizione dell'inefficacia.	96
4.7	Relazione tra l'inefficacia del licenziamento come rimedio temporaneo e l'onere di impugnazione.	102
4.7.1	Licenziamento comunicato per iscritto con i contestuali motivi	102
4.7.2	Mancata risposta all'interpello.	104
4.7.3	Tardiva risposta all'interpello	104
4.7.4	Omessa richiesta dei motivi.	105
4.7.5	Tardivo interpello	105
4.7.6	Comunicazione successiva dei motivi non richiesti dal lavoratore	106
4.7.7	Comunicazione dei motivi richiesti tardivamente dal lavoratore	106
4.7.8	Motivazione generica contestuale o successiva	107
4.8	Il problema della gradualità della sanzione e il parallelismo delle tutele. Rinvio.	108
5	L'inefficacia del licenziamento disciplinare	109
5.1	Le sanzioni per i vizi di forma del licenziamento disciplinare nell'area della tutela generale obbligatoria: posizione del problema e ragioni che hanno portato all'applicazione dell'art. 8 l. 604 a tali violazioni.	109
5.2	Il fondamento logico della proporzionalità delle sanzioni: alcuni sillogismi.	112

5.3	I percorsi ricostruttivi della giurisprudenza e gli echi della dottrina. Premesse.	114
5.4	Segue: I valori protetti dall'art. 7 s.l. e la sufficienza delle tutele. Critica.	116
5.5	Segue: la sufficienza della tutela offerta dall'art. 8 l. 604 alla violazione dell'art. 7 s.l. Critica.	121
5.6	Segue: L'illegittimità come categoria concettuale e la sua assimilazione all'ingiustificatezza: analisi funzionale del sistema illegittimità-ingiustificatezza nella teoria del parallelismo delle tutele. Critica.	123
5.7	Il problema della natura del vizio: la carenza di potere sanzionatorio come fondamento della mera illegittimità. Critica.	125
5.8	Il fondamento del parallelismo delle tutele e la natura della sentenza della Corte Costituzionale 204/1982 con riferimento alla mancata estensione dell'art. 18 s.l., come fondamento della libertà di ricerca della sanzione. Critica.	130
5.9	Fondamento del differente regime sanzionatorio della violazione dell'art. 2 l. 604 e dell'art. 7 s.l. La testualità della sanzione. Critica.	136
5.10	Ricostruzione della struttura e della funzione della prescrizione di forma nell'art. 7 s.l. in chiave di verifica della funzionalità e adeguatezza della sanzione di inefficacia.	139
5.11	I rapporti tra inefficacia ex art. 2 l. 604 e irritalità ex art. 7 s.l. e le contraddizioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Un possibile coordinamento.	143
6	Inefficacia e annullabilità	147
6.1	Posizione del problema e ipotesi ricostruttive	147
6.2	Il modello a <i>epsilon</i> della tutela differenziata nella sistemazione di dottrina e giurisprudenza. Osservazioni critiche.	149
6.3	Irrilevanza del sistema di stabilità nella qualificazione del vizio e dell'effetto (o causa efficiente) del licenziamento. Fondamento della matrice unitaria dell'annullabilità. Sue conseguenze sull'apparato sanzionatorio.	157
6.4	Dinamica dell'inefficacia nell'annullamento e onere di impugnazione.	163
6.5	Dinamica dell'annullabilità e inefficacia.	167

6.6	La specialità dell'art. 8 l. 604 come fondamento dell'esonero di responsabilità per gli effetti dell'annullamento. Rapporto tra regola e eccezione nell'obbligo di giustificazione necessaria dopo la novella della legge 11 maggio 1990 n. 108 e suoi effetti sulla ricostruzione dell'apparato sanzionatorio. Il paradosso evolutivo.	174
7	La teoria del parallelismo delle tutele e la coerenza e sufficienza del sistema di tutela debole	181
7.1	Il parallelismo di tutele come indice di coerenza e sufficienza. La graduazione dei vizi del licenziamento e della connessa gravità della sanzione in chiave di verifica della razionalità del sistema sanzionatorio e della sufficienza di tutela. Critica.	181
7.2	La sanzione come mediazione, funzionale alla conformazione della fattispecie viziata all'ordine dato e alcune verifiche empiriche.	185
7.3	La coerenza della tutela endodifferenziale tra vizi di forma nel sistema di tutela debole.	191
7.4	La sufficienza di tutela dell'inefficacia.	195
7.5	La sufficienza e la coerenza della tutela debole ex art. 8 l. 604. Osservazioni critiche e spunti ricostruttivi.	201
	Bibliografia	215
	Indice degli autori citati	244

Abbreviazioni

ADL	Argomenti di diritto del lavoro
Arch. civ.	Archivio civile
Comm. Busnelli	Commentario del codice civile diretto da F. Busnelli
Comm. Carinci lpa	Commentario del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni diretto da F. Carinci e M. D'Antona
Comm. Carinci	Commentario del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni diretto da F. Carinci
Comm. Carinci-D'Antona	Commentario del diritto da F. Carinci
Comm. Schlesinger	Commentario del codice civile diretto da Schlesinger
Comm. Scialoja e Branca	Commentario del codice civile diretto da Scialoja e Branca
Corr. amm.	Il corriere amministrativo
Dig. disc. priv. (sez. civ.)	Digesto delle discipline privatistiche (sezione civile)
Dig. disc. priv. (sez. comm.)	Digesto delle discipline privatistiche (sezione commerciale)
Dir. economia	Il diritto dell'economia
Dir. giur.	Diritto e Giurisprudenza
Dir. giust.	Diritto e Giustizia
Dir. lav.	Il diritto del lavoro
Dir. lav. rel. ind.	Diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Dir. prat. lav.	Diritto e pratica del lavoro
Enc. dir.	Enciclopedia del diritto

Enc. Giur. Treccani	Enciclopedia Giuridica Treccani
F. it.	Il foro italiano
Fam. dir.	Famiglia e Diritto
Foro pad.	Il foro padano
Gior. dir. lav. e rel. ind.	Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Giur. merito	Giurisprudenza di merito
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
Giur. it.	Giusrispridenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
Lav. dir.	Lavoro e diritto
Lav. giur.	Il lavoro nella giurisprdenza
Lav. prev. oggi	Lavoro e previdenza oggi
Lav. p.a.	Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni
Mass. giur. lav.	Massimario di Giurisprudenza del lavoro
Mon. trib.	Il monitore dei tribunali
N. dir.	Nuovo diritto
N. giur. civ. comm.	Nuova giurisprudenza civile commentata
Nss. dig. it.	Novissimo digesto italiano
Or. giur. lav.	Orientamenti della giurisprudenza del lavoro
Pol. dir.	Politica del diritto
Prev. soc.	Previdenza sociale
Proc. civ.	Rivista di diritto processuale
Quad. dir. lav. e rel. ind.	Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali
Resp. civ. e prev.	Responsabilità civile e previdenza
Riv. (it.) dir. lav.	Rivista (italiana) di diritto del lavoro

Riv. amm.	Rivista amministrativa della Repubblica Italiana
Riv. crit. dir. lav.	Rivista critica di diritto del lavoro
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. dir. comm.	Rivista di diritto commerciale
Riv. dir. lav.	Rivista (italiana) di diritto del lavoro
Riv. giur. lav.	Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
Riv. it. dir. lav.	Rivista italiana di diritto del lavoro
Riv. soc.	Rivista delle società
Riv. trim. dir. e proc. civ.	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile
tml.it	temilavoro.it - sinossi internet di diritto del lavoro e della previdenza sociale - http://www.temilavoro.it
tratt. Cicu - Messineo	Trattato di diritto civile e commerciale diretto dal Cicu e Messineo
tratt. Grosso e Santoro Passarelli	Trattato di diritto civile diretto da G. Grosso e F. Santoro Passarelli
tratt. Rescigno	Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno
tratt. Cassese	Trattato di diritto amministrativo diretto da Sabino Cassese

Premessa

L'idea che il potere di licenziare non dovesse essere illimitato né connotato con la posizione di capo dell'impresa si è inverata solo con la l. 604/66.

Dopo le limitate avvisaglie sulla tutela della donna e della madre, il passo compiuto, certo significativo, risultava in ritardo rispetto alle istanze della dottrina postcostituzionale.¹ La legislazione successiva che, frammentaria e scoordinata, è culminata nelle leggi 108/90 e 223/91, passando per l'art. 18 s.l., non è riuscita compiutamente a scolpire il nucleo concettuale del licenziamento illegittimo; vale a dire che esso non può essere mai produttivo dell'effetto tipico, salvo il risarcimento del danno.

Ancor oggi la parzialità tutoria del licenziamento illegittimo nell'area debole, riflette l'affermata validità ed efficacia dell'atto in quest'area.

Dopo la legge 11 maggio 1990 n. 108, la sempre maggiore mole di controversie in materia di licenziamento, fuori dall'area di applicazione dell'art. 18 s.l., ha condotto – sotterraneamente - il giudizio verso due momenti processuali tra loro del tutto separati. Nell'uno il giudice accerta l'illegittimità e annulla; nell'altro, consequenziale, applica uno dei due apparati di tutela.

Accertamento e giudizio sulla giustificazione sono condotti a prescindere dall'area di tutela. Il licenziamento diventa un potere i cui limiti di esercizio costituiscono sempre elemento di giustificazione causale, cioè elemento di validità;² tuttavia, giunti al momento sanzionatorio, si continua ad affermare la validità o la invalidità del licenziamento in ragione, rispettivamente, della applicazione dell'art. 8 l. 604³ o dell'art. 18 s.l.

¹v. gli autori citati alla nota 6

²Pur con lo scopo di favorire la crescita occupazionale, è significativo della prospettiva che, ancora oggi, sia in discussione l'estensione orizzontale di tali poteri, piuttosto che quella verticale. Nonostante le due leggi da ultimo citate, tre referendum sulla disciplina fondamentale (uno evitato con la l. 108/90, un altro celebrato ma non approvato dal corpo elettorale, e infine, l'ultimo in senso ampliativo, anch'esso non approvato), il ricorso allo sciopero generale, ancora viene messa in dubbio, finanche da una parte del sindacalismo confederale.

³Sulle prime della legge 604 la dottrina [VAIS, *Iter* ..., JUCCI, *La garanzia*, MENICETTI, *Effetti* ..., DI NUBILA, *Ancora* ... cfr. la compiuta disamina di ALLEVA, *L'evoluzione* ..., e di BALLESTRERO, *I licenziamenti* p. 74 tutti citati alla nota 6], seguita da una parte della giurisprudenza di merito, [Pret. Milano 10 novembre 1967, Or. Giur. lav. 1997, 156, Pret. Roma 29 febbraio 1968, Or. giur. lav. 1698, II, 714 (ma

Questa impostazione, dell'apparato sanzionatorio e del suo fondamento, presuppone nell'ordinamento, come frutto di consapevole scelta del legislatore, una netta divisione in un sistema generale di doppia tutela: una reale, appannaggio esclusivo dell'art. 18 s.l., assunta come tutela principale; una obbligatoria, residua (dalla non applicazione della prima), appannaggio delle piccole realtà imprenditoriali.

La bipartizione che si assume netta nell'ordinamento, tuttavia, netta non è. Man mano che gli effetti reali delle sanzioni previste per i vizi di forma – abbinati alla durata dei processi e a una incapacità di gestire le forme, i procedimenti e i loro vizi, da parte dei piccoli datori di lavoro – presentano crescente somiglianza con quelli dell'art. 18 s.l.

In tale contesto, l'effetto empirico degli effetti civilistici dei vizi formali dell'atto, qui non sostituiti da norme speciali, calmieratrici, sul tipo dell'art. 8 l. 604, offrì il fianco a numerose critiche; soprattutto sul piano della distonia con un sistema che si proclamava di tutela obbligatoria.

La corsa verso ragioni di flessibilità⁴ dei secondi anni '90 non risparmiò, da un punto di vista culturale, la disciplina dei licenziamenti, vero baluardo di "rigidità". E così le rivendicazioni sull'allentamento delle maglie dell'art. 18 s.l., rimaste sterili sul fronte legislativo e su quello popolare, hanno fatto seguaci convinti sul fronte giurisprudenziale, con epiloghi interpretativi volti a ridurre i pochi effetti reali della dimenticata tutela debole⁵. Limitati e presto abbandonati i pochi dissensi della dottrina.⁶

*

La dualità del sistema di protezione, uno forte e uno debole, viene scrutata in profondità⁷: e l'empirismo interpretativo vi svela aporie. In nome

facendo riferimento alla penale risarcitoria), Pret. Firenze 13 novembre 1968, Or. Giur. lav. 1968, II, 723 con nota di NUBILA.], sostenne l'opinione della definitiva inefficacia del licenziamento ingiustificato nell'area dell'art. 8 l. 604, (tra le due possibili certo quella in astratto dogmaticamente più coerente con il dato positivo di quella che poi si consolidò e che come diritto vivente perdura fino a oggi), per la quale in caso di annullamento del licenziamento ingiustificato al lavoratore sarebbe spettato il risarcimento del danno fino alla riassunzione ovvero alla mancata riassunzione (con pagamento di penale).

⁴Cfr. GARILLI, *Flessibilità e subordinazione*, Dir. lav. 2002, I, 393

⁵Per una prospettiva che valorizza la tutela debole come modello generale di tutela, in chiave di aumento dell'occupazione, per mezzo della c.d. flessibilità in uscita, cfr. le diverse posizioni di BOER, LIEBMAN, SALVEMINI, TREU, ICHINO, FADDA, BERTOLA, BONANNI, *Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Dir. rel. Ind. 2000, 3, 283

⁶MAZZOTTA, *La terra è piatta? ... cit.*

⁷Per una recente disamina critica di tale approccio esegetico v. CARINCI F., *Discutendo intorno all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, Riv. it. Dir. Lav. 2003, I, 35

della coerenza si arriva ad arricchire il testo della norma, spesso, anche dove proprio non si poteva. L'applicazione dell'art. 8 l. 604 viene dilatata, la si estende oltre il suo naturale ambito, diventa un *limes*: la tutela ammissibile nell'intera area di tutela debole. E poiché la pulsione dogmatico-ricostruttiva è refrattaria ai limiti, si giunge a dubitare che la derogabilità in *melius* dell'art. 8 l. 604 collida con la Carta fondamentale, laddove alla sua applicazione si oppone la norma collettiva che assicurava convenzionalmente la stabilità reale⁸.

Il lavoro frutta. La Consulta, a cui si era chiesto, negli anni '70 e '80, di valutare la razionalità e sufficienza di una tutela già tanto blanda, viene ora chiamata a pronunciarsi sulla "nuova esegesi" votata alla palingenesi. Gli sprazzi di tutela forte in ambito di tutela debole lederebbero ignoti beni primari e costituzionalmente protetti: per quei datori di lavoro, che non si fossero scomodati a mettere giù due righe, per sbarazzarsi dei loro lavoratori, il rischio era serio.

Lo scopo enunciato della manipolazione ermeneutica e del ricorso alla Consulta era chiaro: modellare un sistema di tutele parallele, completando l'opera che, ad avviso della teorica del parallelismo, la legge 11 maggio 1990 n. 108 aveva lasciato incompleta; a causa dei tempi contingentati, per evitare la prima di una lunga serie di consultazioni referendarie.

A volte ci si innamora del suono delle parole più che dei concetti che esse esprimono. Parallelismo di tutele deve suonare bene, tanto che, ancor oggi, si attribuisce alla l. 108/90 l'effetto di avere introdotto un sistema di tutele parallele. Quando, invece, il suo effetto è stato opposto a quello postulato: ha eliminato le tutele parallele e ha prodotto, invece, un sistema unitario di disciplina dei licenziamenti.⁹

Prima della legge 108/90, infatti, tutela obbligatoria e tutela reale 'parallelamente' derogavano alla regola generale di libera recedibilità. Dopo la legge 108/90, il sistema di recedibilità è unico e solo: i contenuti giustificanti sono diventati patrimonio comune del sistema di giustificazione necessaria, ma non si sono ponderate le conseguenze di questa impostazione.

Con la legge 108/90 non ci sono affatto due o più sistemi, ma uno solo: quello della giustificazione necessaria. I vizi tipici sono individuati in un unico corpo normativo: leggi 604-108. Su tale corpo l'art. 18 s.l. si giustappone, dettando regole derogative della disciplina generale che, lungi dall'essere parallele, ne sono invece l'elevazione a potenza.

Il sistema di tutela debole non è – o non è più – un sistema di tutele

⁸Pret. Parma 19 maggio 1997 ord., decisa in senso negativo da C.Cost. 143/1998

⁹È la questione oggetto delle riflessioni al par. 6.1 e al par. 7.1

che, laddove non ci si possa valere del libero recesso, residua dalla non applicazione dell'art. 18 s.l.. È piuttosto il contrario. È il sistema di tutela che si applica a tutti i licenziamenti e al quale l'art. 18 s.l. si giustappone, mai sostituendolo.

La prospettiva ricostruttiva della struttura delle tutele, ne risulta invertita; ripropone in guisa rovesciata, problemi specularmente simili a quelli che si posero e ai primi commentatori post-costituzionali e a quelli post-riforme.

L'origine contrattuale della disciplina limitativa¹⁰ fu determinante nell'interpretazione del limite al potere di recesso¹¹. Lo fu anche nell'individuare la libertà di recesso¹², come *tertium comparationis* dell'estensione del limite.

Del pari, con l'introduzione dell'art. 18 s.l.¹³: l'entusiasmo mostrato dai suoi sostenitori o, dal lato opposto, le preoccupazioni dei suoi detrattori,¹⁴ condizionarono la ricostruzione della natura del limite (tuttavia né introdotto né disciplinato dalla l. 300/70). L'affermazione della rottura con la preesistente disciplina¹⁵ tenne campo. Ebbe sì il meritorio non tra-

¹⁰Vedi precisi riferimenti in BALLESTRERO, *I Licenziamenti*, pp. 35 ss 58s, 61, specie 76 ss.

¹¹Gravemente avvertito da D'ANTONA, *La reintegrazione ...*, pp. 2s. e 20. Tra coloro che ritennero di superare sulla base della interpretazione costituzionale la libera rigidità non si possono omettere i riferimenti a MORTATI, (ora in), *Raccolta di scritti*, III, pp. 141-354, Milano 1972. - NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso «ad nutum» dell'imprenditore*, Riv. giur. lav. 1957, 281, Id., *Diritto al lavoro, inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum*, Riv. giur. lav. 1951, I, 101 ss., Id., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano 1966, II, Milano 1984. Resta insuperata la ricostruzione di MANCINI, *Il recesso* cit.

¹²Teorizzata e sistemata da CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opere e a tempo indeterminato*, Riv. dir. civ. 1911, I, 389

¹³Il riferimento è sempre a BALLESTRERO cit. ripreso da D'ANTONA, *La reintegrazione* nota (32) cit.

¹⁴FANFANI, *Il risarcimento del danno per i licenziamenti invalidi*, Dir. Lav. 1971, 363, ARANGUREN, *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*, Firenze 1972

¹⁵Era l'espressione (e la preoccupazione) di quegli anni. Si pensi al fatto che il dibattito dottrinale circa la natura del limite introdotto dalla legge 604 ancora vivace e non oggetto di uniforme applicazione giurisprudenziale al sopraggiungere della legge 300/70, cioè dopo soli quattro anni di vigenza, si tronca immediatamente e si sposta sul significato – appunto di rottura o non – dell'art. 18 s.l.; questione che rimane ancora dubbia nel '75 – quando scrive la BALLESTRERO - e ancora dogmaticamente avvertito nel 1979, quando il compianto D'ANTONA scrive che è bene iniziare la trattazione della reintegrazione riannodando il discorso laddove si è interrotto; e indica la questione della rottura o non con il passato. Come risulterà evidente in corso d'opera la questione è proprio quella. I problemi di coordinamento nascono dal non avere mai del tutto risolto le questioni qualificatorie portate dalla legge 604 e di averle sempre affrontate con un

scurabile effetto - va detto - di evitare che fosse anch'esso ricacciato nell'alveo dei limiti obbligatori; ebbe il torto di avere abbandonato l'elaborazione dogmatica nell'area debole,¹⁶ come se questa più non esistesse.

*Oggi, il definitivo abbandono della libera recedibilità, come principio generale di governo del rapporto, ha determinato una migrazione del sistema, inconsapevole e irreversibile, verso la giustificazione unitaria, a prescindere dalle aree di tutela. In nuovo modello sposa interamente l'opzione esegetica del recesso datoriale strutturato su base causale e in termini di giustificazione necessaria. Si pongono così le basi per la sistemazione a *y* del sistema generale di tutela, ma non vi si colgono tutte le implicazioni.*

A questa elaborazione unitaria della regola di giustificazione, non è seguito un organico scrutinio del sistema sanzionatorio, quale indefettibile complemento del sistema unitario di giustificazione necessaria; ed è del tutto mancato l'esame della funzione delle sanzioni.¹⁷ Si è continuato, invece, ad adoperare la tradizionale dicotomia: reale obbligatoria; anche quando, di quest'ultima, il quadro sistematico di riferimento era cambiato.

L'apparato sanzionatorio non è una variabile indipendente e fungibile del sistema che protegge; ne consegue che non si può modificare il sistema, senza modificare le sanzioni; né tampoco senza curarsi di verificare la compatibilità della vecchia struttura sanzionatoria, con la nuova struttura sanzionata¹⁸. L'apparato sanzionatorio risente della struttura del sistema di diritti che deve realizzare e ne è complemento.

Pertanto, occorre verificare se la ricostruzione della dicotomia sanzionatoria, inizialmente accreditata, sia ancora coerente con il sistema unitario della giustificazione, con il complesso delle tutele nell'area debole; e se ne realizzi l'istanza di sufficienza di tutela che ogni sanzione deve avere¹⁹.

Or dunque, per quanto rilevino, in ultima istanza, le tutele del rapporto (tutela reale od obbligatoria), la disamina del sistema, in chiave di sufficienza e coerenza, è direttamente legata alla tutela accordata all'atto e alla

occhio all'art. 18 s.l., mentre i piani del precetto e quelli dell'attuazione (o degli effetti della) sanzione devono essere tenuti separati in sede di analisi, salva la loro composizione nella successiva sintesi. Sul punto infra al par. 1.1 e al par. 1.2

¹⁶È questa una delle ragioni per cui si affermerà la sistemazione a *epsilon* delle tutele; ma senza trarne tutte le conseguenze e implicazioni sulla coerenza del sistema sanzionatorio. Amplius infra al par. 6.3 e 6.5

¹⁷Su cui in generale infra al par. 1.1 e al par. 1.2, e in particolare per le applicazioni alla disciplina dei vizi del licenziamento al par. 4.7, al par. 5.10 e al par. 7.2

¹⁸Le conseguenze ricostruttive saranno esaminate al par. 6.6

¹⁹Con riferimento alla sanzione di inefficacia ex art. 2 l. 604 ed ex art. 7 s.l. v. al par. 7.4

sua, asserita ma non compiutamente dimostrata, differenziazione nei vari regimi.

Solo partendo dal dato comune della medesimezza di sanzione per il vizio dell'atto (inefficacia, nullità, annullabilità), è possibile inferirne conclusioni in ordine alla capacità della sanzione applicata, di assicurare al rapporto una tutela coerente e sufficiente.

L'impostazione proposta sovverte l'ordine ricostruttivo del sistema sanzionatorio. Non più al centro l'effetto empirico della sanzione prevista in astratto per il vizio, al fine di verificarne la compatibilità con il tipo enunciato o per spiegarne il fondamento.

Piuttosto, l'esame della funzione della sanzione, anzi della funzione dei suoi effetti dati e di quelli tipici, servirà a valutarne la compatibilità con l'enunciazione del tipo, al quale accede²⁰.

In conclusione la funzione della sanzione²¹ costituirà il banco di prova; l'inefficacia lo strumento di analisi.²² Essi guideranno lo studio lungo i tre stadi dell'apparato sanzionatorio: sanzione tipica per il vizio dell'atto, effetto della sanzione, attuazione dell'effetto sanzione.

La ricostruzione del sistema dei vizi dell'atto, verrà condotta in chiave neutra, senza particolare riferimento alla tutela debole o alla tutela forte. Il suo scopo dichiarato è quello di verificare – a prescindere dal confronto con l'art. 18 s.l. – se il sistema-base di tutela del licenziamento, con la sua graduazione dell'efficacia/inefficacia invari, al suo interno, una tutela coerente e, all'esterno, una tutela sufficiente²³.

²⁰ *Infra* al par. 1.1, cfr. pure la posizione degli autori citati a 6.6

²¹ *Infra* al par. 1.1, al par. 1.2 e al par. 7.2

²² *Infra* al par. 1.4

²³ *Infra* al par. 7.1

Sanzioni e vizi

1.1 Introduzione.

Nell'avviare uno studio interamente dedicato alla strumentazione sanzionatoria dei licenziamenti nulli, inefficaci, ingiustificati, si è ritenuto metodologicamente utile, limitare l'indagine a un nucleo essenziale di ricerca.

La ricerca non ha toccato la disciplina dei presupposti e dell'intimazione del licenziamento, in quanto ha per valore assunto le posizioni maggioritarie in tema di giusta causa, di giustificato motivo, di licenziamento ontologicamente disciplinare.

Si è occupata, invece, degli aspetti sanzionatori dei vizi dell'atto e dei loro effetti sul rapporto di lavoro fuori dalla tutela reale: sia in chiave di verifica della loro simmetria con il diritto generale delle obbligazioni; sia in funzione di accertamento del grado di effettività e di sufficienza di tutela in concreto apprestata al lavoratore.

Si è guardato alla disciplina dei licenziamenti, trasversalmente, dal punto di vista delle conseguenze che ha la dichiarazione di nullità o di inefficacia o di ingiustificatezza del recesso sulla sfera di diritti e interessi delle parti; o meglio dal punto di vista delle tecniche regolative e attuative degli effetti di un licenziamento viziato.

La tematica delle conseguenze del licenziamento, pur oggetto di trattazione nell'ambito dei molteplici studi sulla disciplina dei licenziamenti, non è stata materia di attenzione sistematica sotto la prospettiva di indagine enunciata in premessa, né le pronunce della giurisprudenza che si richiamano alla normativa generale, fuori dall'area dell'art. 18 s.l. paiono riposare su basi teoriche certe¹.

¹Ad esempio non è stata verificata la compatibilità del *droit de repechage* con il sistema di stabilità solo obbligatoria o meglio in un sistema in cui al licenziamento ingiustificato viene riconosciuta efficacia, come generalmente si continua a definire la tutela ex art. 8 l. 604. I problemi di compatibilità strutturale che comporta l'applicazione di detto principio all'area obbligatoria e i loro riflessi sul sistema sanzionatorio saranno esaminati appresso. V. al par. 6.3

Lo studio dell'aspetto sanzionatorio della patologia del licenziamento è stato in verità prettamente monopolizzato dall'attenzione alla reintegrazione ex art. 18 s.l., il cui contesto unificante - comma 1 - ha distolto dallo studio del diverso significato che assume questa disposizione in relazione alla diversità² delle tre fattispecie vizianti ex l. 604/66: la nullità, l'inefficacia e l'ingiustificatezza.

La diversità, così evidente, tra effetti dell'applicazione della tutela forte ex art. 18 s.l. e effetti della applicazione della tutela debole ex art. 8 l. 604/66, ha fatto sì che fattispecie strutturalmente comuni siano state oggetto di diversa applicazione in funzione del loro empirismo e non dei loro presupposti applicativi. Si pensi alla problematica del vizio di forma del licenziamento disciplinare³ nell'area della stabilità obbligatoria o a quella del vizio di forma nella medesima area, ma con riferimento a un licenziamento economico.

Così come, talvolta, è accaduto anche il contrario: fattispecie dissimili sono state accomunate e spinte sotto la guardia dell'art. 18 s.l. in forza della sua *vis expansiva*, affermata dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 204/82.⁴

Questa operazione ermeneutica, volta a trarre argomenti ricostruttivi dalla comparazione degli effetti della nullità e dell'ingiustificatezza o dalla gerarchizzazione dei vizi, secondo la loro natura formale o sostanziale è

²Non così SANDULLI, *Commento all'art. 18 in Commentario allo statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di PROSPERETTI, Milano 1975 p. 554. v. anche ROMAGNOLI, *sub art. 18*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Milano - Roma 1981 p. 92

³*Infra* par. 7.1 151ss.

⁴Non si rinvergono sistemazioni precise che non siano parafrasi dell'affermazione del giudice delle leggi, le quali a loro volta non sono che una variante della regola di interpretazione estensiva. Tale attributo in forza dell'applicazione *per eadem ratio* [C. COST. 24 marzo 1988 n. 388 in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1988 338] prima enfatizzato da Cass. 23 novembre 1990 n. 11311 [*Foro it.* 1991, I, 476] poi avallato da C.COST. 23 aprile 1998 n. 143 [in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1998 143], ha conosciuto alterne vicende. In verità, esso, come principio autonomo è più apparente che reale. All'origine è affermato in conseguenza dell'assimilazione del vizio procedimentale ex art. 7 s.l. all'inefficacia ex art. 2 l. 604/66 con la sentenza 204/82 [in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1982 204]. Se ne è fatto, all'interno dell'ambito qualiquantitativo, una regola di universale attuazione degli effetti della pronuncia dell'illegittimità del licenziamento. Che la pronuncia non sia stata ponderata e non sia vincolante, si desume dalla successiva sentenza della stessa Corte delle leggi n. 398/94 [in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > 1994 398] che in formale coerenza con il pronunciamento della 204, ma in sostanziale contraddizione, ha adombrato una sorta di *vis expansiva* dell'art. 8 l. 604/66- Tale posizione sarà comunque oggetto di approfondimento *infra* al par. 5.8.

effetto della scarsa attenzione prestata a quattro aspetti della tecnica sanzionatoria: a) l'inquadramento sistematico della fattispecie sanzionata con riferimento all'atto viziato (piuttosto che al rapporto sottostante); b) la funzione astratta della sanzione; c) gli scopi pratici della sanzione stessa; d) la giustificazione attuale della distribuzione di responsabilità.

Il metodo ricostruttivo della *comparazione della gravità della sanzione* basata sull'osservazione degli effetti prodotti in concreto, non discerne effetto da effetto.

Vi sono effetti propri della struttura della sanzione, conseguenza naturale della fattispecie legale, ed effetti ulteriori, estranei perfino alla patologia del rimedio sostanziale astrattamente considerato.

La spiegazione della diversità degli effetti dell'annullamento nelle due aree di tutela resta affidata unicamente alla ripetizione di *obiter dicta*, omettendo ogni indagine sul significato di annullamento e sulle ragioni della proclamata diversità.⁵

Le cause di ciò sono addebitabili a molteplici fattori: uno di esse è la prospettiva usata per spiegare gli interventi del legislatore in materia di licenziamenti.

Questi continuano a essere visti in chiave di attenuazione o limitazione del potere di licenziare: da quello arbitrario ex art. 2118 c.c., a quello temporaneamente limitato, a quello discrezionale, fino a quello necessariamente giustificato. Con la conseguenza che l'idea che il nucleo del licenziamento fosse sempre lo stesso, più o meno compresso, non è mai stata abbandonata.

Correlativamente non è stata percorsa fino in fondo la strada della ricostruzione sistematica del "nuovo" licenziamento, in termini di conseguenza della radicale modificazione della struttura; salvo tentativi di risalente dottrina,⁶ *ab initio* rimasti isolati.

⁵ *Infra* Cap. 7

⁶ Il riferimento vuole essere alla regolamentazione fondamentale della legge 604, dato che poi – con il passaggio al sistema dell'art. 18 s.l. – la gravità della questione qualificatoria non è stata avvertita. Come è stato osservato – D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova 1979 p. 20, che nella nota (2) riprende DI MAJO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, Riv. giur. lav. 1974, I, 275 nota 84 - «i problemi suscitati e mai risolti dalla norma vecchia» (l. 604) hanno condizionato pesantemente l'interpretazione della norma nuova (art. 18). L'errore di impostazione è segnalato da ALLEVA, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti*, Riv. it. dir. lav. 1971, I, 67 ss., la cui posizione è comune a quella di VAIS, *Iter formativo ed interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, Riv. giur. lav. 1966, 285, JUCCI, *La garanzia del posto di lavoro e la nuova legge sui licenziamenti individuali*, Dir. Lav. 1967, 10, MENICETTI, *Effetti dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento*, Riv. (it.) dir. lav. 1970, I, 210 DI NUBILA, *Ancora sulla risarcibilità*

Se il presupposto applicativo e la sanzione per la sua violazione sono uguali devono essere i medesimi anche gli effetti; ovviamente a meno di non ipotizzare e dimostrare, nell'ipotesi contraria, che la modificazione dell'area di tutela, da obbligatoria a reale (e non solo da libera a obbligatoria o a reale), incida *ex post* sui poteri del datore di lavoro⁷.

Il dualismo di tutele ha preso il sopravvento sulla distinzione della funzione e dell'estensione degli effetti, reali o obbligatori, della sanzione (che sono direttamente correlati alla struttura del vizio). Ha quindi finito con l'identificare l'ambito di stabilità del rapporto di lavoro (reale o obbligatoria) con l'effetto reale o obbligatorio della sanzione per il vizio del licenziamento.

Da tale erronea identificazione sono scaturiti due ordini di conseguenze sul piano ermeneutico: uno di tipo special preventivo e uno di tipo general preventivo.

Quanto al primo ordine – ad esempio l'applicazione dell'art. 7 fuori dal campo di applicazione dell'art. 18 l. 300/70 - è accaduto che gli effetti della sanzione, reali in ambito di stabilità reale e obbligatori in ambito di stabilità obbligatoria, sono stati ricondotti al regime di stabilità, quale che fosse il vizio del licenziamento. La realtà o la obbligatorietà della sanzione invece discende dalla natura del vizio sanzionato.

Le sanzioni reali, infatti, non sono una prerogativa esclusiva della stabilità reale e sono presenti in misura rilevante anche nelle aree che, con MANCINI⁸, si possono definire di instabilità (obbligatoria). Con evidenti riflessi sulla effettività di tutela in tale area.

Ciò che di tutta evidenza muta, nei diversi regimi, è l'attuazione dell'ef-

dei danni conseguenti a un licenziamento ingiustificato, Riv. giur. lav. 1968, II, 726 e della prima giurisprudenza di merito Pret. Milano 10 novembre 1967, *Or. Giur. lav.* 1997, 156, Pret. Roma 29 febbraio 1968, *Or. giur. lav.* 1698, II, 714 [ma sempre facendo riferimento alla penale risarcitoria], Pret. Firenze 13 novembre 1968, *Or. Giur. lav.* 1968, II, 723.

⁷Tale argomento sarà sviluppato in seguito in sede di esame degli indirizzi giurisprudenziale e dottrinale che prescindono dal regime sanzionatorio nella qualificazione della giustificazione; v. al par 6.3.

⁸MANCINI, Comm. del cod. civ. SCIALOJA E BRANCA, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, sub art. 18, Bologna 1972, pag. 245 secondo cui – con riferimento al regime della l. 604 e sostenendo in tale fattispecie la natura esterna del limite - stabilità obbligatoria «è un'espressione indubbiamente ellittica che significa solo 'surrogato della stabilità; e che, usata senza questa avvertenza, rischia di essere fuorviante perché l'aggettivo non qualifica, come sembra, ma è in realtà il sostantivo. La stabilità obbligatoria, insomma, è soltanto un'ipotesi, un modo di essere della libera recedibilità.» Avvertenza che fu profetica se si confronta quanto sostenuto da BIAGI in un articolo dal titolo emblematico: *Articolo 18 senza drammi*, ora in *Omaggio a Marco Biagi*, supplemento di Guida al Lavoro, marzo 2002, p. 7

fetto: nella stabilità reale, v'ha sempre una disciplina speciale; mentre nelle altre aree deriva dall'applicazione o del diritto comune o di un'altra disciplina di diritto speciale o di una combinazione delle due.⁹ Quanto al secondo ordine si assiste a un fenomeno di apparente contraddizione tra la proposizione per la quale la reintegrazione è l'unica via alla stabilità dei rapporti, quasi un *totem*, e quella per la quale, all'opposto, è un inutile eccesso di tutela, disfunzionale alla crescita delle imprese e dell'occupazione.

Sicché, si asserisce, la sua eliminazione nulla toglierebbe alle garanzie del lavoratore, dato che in ogni caso non revocherebbe la regola della giustificazione necessaria del licenziamento¹⁰.

Le due proposizioni sono ad un tempo vere e false.

Sono vere entrambe perché da un lato è vero che - *de jure condito* - la reintegrazione è l'unico deterrente avverso una motivazione pretestuosa e da un altro lato è vero che la reintegrazione è aspetto che attiene al momento sanzionatorio e non a quello giustificatori.

Sono false entrambe da un lato perché è falso che la reintegrazione è l'unico deterrente ipotizzabile avverso una motivazione pretestuosa¹¹, giacché l'affermazione confonde la realtà della sanzione per il vizio dell'atto con uno dei possibili strumenti di attuazione della sanzione stessa.

Da un altro lato, perché non è possibile disgiungere - fuori dal campo dell'analisi - il momento precettivo da quello sanzionatorio¹², senza rischiare che il precetto rimanga *vox clamantis in deserto*.¹³

Infatti, l'aspetto sanzionatorio è un aspetto indefettibile della disciplina giustificatoria, come di qualsivoglia altra disciplina, attenendo alla effettività di realizzazione del comando: nel caso considerato la giustificazione.

La riflessione su tale contraddizione ha suscitato il percorso ricostruttivo che si snoderà sulle seguenti linee guida.

⁹*Funditus infra* al par. 6.1 e al par. 7.1

¹⁰per tutti BIAGI, *Articolo 18* . . . , cit.

¹¹Uno degli ultimi contributi favorevoli alla discussione senza pregiudizi in ordine alla fungibilità delle tutele è di PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, - Relazione al convegno in memoria di CECILIA CASSANTI, Trieste 6 ottobre 2001- , ora in Riv. it. dir. lav. 2002, I, 15ss, *specie* 19 e 23

¹²D'ANTONA, *La reintegrazione* , *passim*

¹³Di recente BELLAVISTA, *Il disegno di legge in materia di mercato del lavoro e di riforma del licenziamento individuale*, Riv. crit. dir. lav. 2001, 3, LISO *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, Riv. it. dir. lav., 2002, I, 169. In generale già, e pluribus, MONTUSCHI, *Un caso di riduzione delle tutele: il rapporto di lavoro del dirigente di azienda*, Riv. it. dir. lav., 1997, II, 363; PEDRAZZOLI, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, Lav. dir., 1988, 79; ROMAGNOLI, *La stabilità immaginaria del rapporto di lavoro*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1980, 1550.

La prima è che la regola di giustificazione necessaria non è mai un attributo del recesso datoriale, ma è sempre causa di alterazione della struttura del recesso in maniera avulsa dal regime sanzionatorio dell'ingiustificatezza.

La seconda è che gli effetti delle sanzioni devono essere sempre ricondotti alla funzione del tipo: inefficacia, nullità, annullabilità e non invece al regime di stabilità applicabile, poiché questa è mero strumento di attuazione dell'effetto.

Sicché sul piano dell'analisi si deve sceverare effetto da effetto, cioè effetto della sanzione, che è l'aspetto che in quanto nel tipo attiene alla statica, da effetto della tecnica attuativa della sanzione che, in quanto è condizionato da vicende processuali ed ordinamentali, attiene alla dinamica ed è estraneo al tipo.¹⁴

La terza è che, in un sistema coerente, le regole che governano l'area di stabilità dei rapporti devono restare esterne alla fattispecie della giustificazione, devono costituire mere differenziazioni di tecniche attuative, di espedienti processuali, di regole di ripartizione dell'onere della prova, senza incidere, ricorsivamente, sull'effettività della regola di giustificazione.¹⁵

La quarta - decisiva - è che il principio di stabilità reale del rapporto non è indefettibile *tertium comparationis* per un discorso intorno alla sufficienza di tutele diverse dalla reintegrazione.

1.2 L'apparato sanzionatorio in generale. Sanzioni, rimedi e tecniche.

Accostandosi al tema delle sanzioni si riceve a tutta prima l'impressione di una Babele definitoria e la sensazione non scema, anzi si accresce, quando si restringe il campo visuale alle sole sanzioni civili. Sicché va subito chiarito che le risposte a domande del tipo se l'invalidità dell'atto e il risarcimento del danno siano o non includibili nel novero delle sanzioni civili e soprattutto la critica a tali posizioni esulano dall'oggetto di questo studio¹⁶.

¹⁴*Contra*: TAMPIERI, GAROFALO, cit. e con diversi e più convincenti argomenti MAZZOTTA, op. cit.; Su tale questioni *infra* al par. 6.1

¹⁵Lo sviluppo di tale postulato conclude lo studio dell'inefficacia. V. al par. 4.1, al par. 5.1 e al par. 6.3.

¹⁶Da un lato la dottrina tradizionale CESARINI SFORZA, *Norma e sanzione*, Riv. it. fil. dir. 1921, 60ss., cui *adde* HART *The concept of Law*, Oxford University Press, London 1961, trad. it. di CATTANEO, *Il concetto del diritto*, Torino 1965, secondo cui la nullità non è sanzione perché siccome derivante dalla violazione di regole tecniche non produce obblighi ma oneri. Nello stesso senso icasticamente IRTI - *La perfezione*

‘*Sanzione*’ é qui utilizzata nell’accezione piú ampia possibile e cioè quale espressione sintetica di “misura finalizzata ad assicurare l’osservanza di una norma” o di “conseguenza giuridica prevista, disciplinata e voluta dall’ordinamento giuridico al verificarsi del precetto normativo sanzionato”.

Sono in questo senso certamente sanzioni di interesse il risarcimento del danno, la reintegrazione in forma specifica, l’invalidità del negozio, l’inefficacia.

Se anche non ci si interrogherà in questa sede sulla correttezza dogmatica dell’inclusione di tali istituti nel novero delle sanzioni civili, sarà invece necessario al nostro studio l’analisi funzionale della sanzione.¹⁷ Con BOBBIO infatti, si concorda che «l’unico modo per intendere che cosa significhi sanzione è di rispondere alla domanda: ‘a che cosa serve?’, cioè di cercare di capire la sua funzione»¹⁸.

La sanzione corrisponde a una tecnica normativa, volta a rafforzare i precetti giuridici, per mezzo di strumenti finalizzati tanto alla prevenzione della violazione quanto, una volta questa realizzata, alla repressione (con diverse modalità) della condotta dell’autore della violazione; in ultimo finalizzata al controllo sociale delle condotte; fermo restando che la sanzione presuppone sempre un atto antiggiuridico, cioè la violazione di una norma di condotta, e che è sempre misurata nelle tre dimensioni: interna, esterna e finale¹⁹.

Anche dal punto di vista dell’analisi funzionale il regime di invalidità degli atti deve essere ricondotto alla categoria della sanzione come frustra-

degli atti giuridici e il concetto di onere in Norme e Fatti, Saggi di teoria generale del diritto, Milano 1984, pp. 149 e 151 - *non possiamo affermare, insieme, che l’invalidità si ricollega ad un atto in cui non ricorrono tutti gli elementi di uno schema legale; e che essa è sanzione, cioè effetto di un atto giuridicamente rilevante; non possiamo, poiché il criterio della rilevanza sta nella conformità dell’atto ad uno schema legale. Le sanzioni (positive o negative) postulano che l’atto sia; l’invalidità esprime invece che l’atto non è.* Cfr. pure ALLORIO, *Osservazioni critiche sulla sanzione*, Riv. dir. civ. 19516,1 ora anche in Studi MESSINEO, Milano IV, 1959, 1 ss. che con THON (*Rechtsnorm und subjectives Recht* Böhlau, Weimar 1878 - trad. it. LEVI A., *Norma giuridica e diritto soggettivo*, Padova 1951) ed EHRlich (*Grundlegung der Sociologie des Rechts*, Duncker & Umlot, Münchens-Leipzig 1913, trad. it. FEBBRAJO, *I fondamenti della sociologia del diritto*, Milano 1976) esclude la centralità della sanzione nella comprensione del diritto.

¹⁷Applicando tale metodologia di indagine alla fattispecie prevista dall’art. 2 l. 604 - *infra* al par. 4.1 -, dall’art. 7 s.l. - *infra* al par. 1.1 - e dall’art. 8 l. 604 - *infra* al par. 6.1 - , si potrà formulare un giudizio corretto di coerenza delle singole sanzioni e del sistema complessivo - *infra* al par. 7.1

¹⁸BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano 1977 p. 37ss Un immediato effetto pratico al par. 3.1, a proposito della sentenza della C.COST. 61/1991 cit.

¹⁹COTTA, *Perché la violenza? Un’interpretazione filosofica*, L’Aquila 1978 p. 75

zione dell'azione²⁰ *nel senso che la misura affittiva cui è sottoposto colui che viola una norma tecnica, rende la sua azione non già a lui malefica o svantaggiosa, ma inutile*; giacché anche il sindacato sulla esistenza dell'atto, la cui negazione giuridica coincide con la nullità, può ben essere assunto, ai nostri fini, come sanzione.

Per dirla con BOBBIO²¹ «Atto illecito è quello non conforme a una norma la cui violazione comporta come conseguenza che l'effetto giuridico ad essa ricollegato è in contrasto con quello voluto da trasgressore; atto invalido è quello non conforme a una norma la cui violazione comporta come conseguenza il venir meno dell'effetto giuridico desiderato. Si può rappresentare l'ordinamento giuridico come un apparato protettivo per i consociati che vi si conformano e come un apparato repressivo per i consociati che deviano dalle sue norme . . . ». Sicché si possono riconoscere nel licenziamento illegittimo tanto i tratti dell'illiceità quanto quelli dell'invalidità.

L'illiceità consiste nell'allontanamento dal posto di lavoro del lavoratore (e nel mantenimento di tale situazione di allontanamento).²²

L'invalidità si materializza nella negazione dell'effetto estintivo tipico.²³

La non conformità dell'atto al tipo, infatti, determina una dissimmetria nella coesistenzialità degli interessi contrattapposti, o meglio, della tutela delle posizioni protette dei soggetti coinvolti dagli effetti dell'atto. Coesistenzialità assicurata dalla norma violata dall'atto illegittimo che l'ordinamento sanziona nel modo più semplice: negando protezione, tutela, attuazione all'atto. Dichiarandolo cioè nullo o inefficace. Attraverso l'individuazione delle simmetrie nei singoli aspetti del licenziamento si verificherà se la sanzione è in grado di rimuovere la dissimmetria²⁴.

L'invalidità e l'inefficacia, in definitiva, sono qui viste come sanzioni il cui scopo consiste nell'inibizione degli effetti tipici previsti per l'atto dalla norma, per assicurare la simmetria di interessi contrapposti consacrati nel tipo: leciti in quanto rispondenti al tipo. Da questo punto di vista è

²⁰D'AGOSTINO, voce: *Sanzione (teoria generale)*, Enc. dir., Milano 1989, p. 303ss.

²¹BOBBIO, voce: *Sanzione*, Nss. dig. it., vol. XVI, Torino 1957, p. 535, ma *specie* 536

²²D'ANTONA, *La reintegrazione . . .*, passim, cit.

²³D'ANTONA, *op. loc. ult. cit.* «La disciplina (sostanziale e processuale) dei licenziamenti può essere considerata una normativa complessa che fissa, sotto uno specifico profilo, criteri di rilevanza dell'attività dell'imprenditore: essa è infatti, . . . *la disciplina di una illiceità tipica riferibile all'attività di impresa* (corsivo nel testo) – con richiami ad AULETTA, voce: *Attività dir. priv.*), Enc. Dir. III, Milano 1958 p. 987-. Più che un raffinato rimedio alla crisi di funzionalità di un rapporto contrattuale essa esprime perciò consapevole intervento riequilibratore nei rapporti di impresa.»

²⁴In applicazione di tali principi e metodi quanto sostenuto *infra* al par. 7.2

elemento caratterizzante della sanzione proprio il fatto che essa colpisce l'autore dell'alterazione di una simmetria violata (consacrata nel tipo) e ristabilisce oggettivamente²⁵ l'equilibrio preesistente alla violazione.

In applicazione di tale principio l'effetto estintivo del licenziamento si può verificare in quanto il recesso datoriale sia "licenziamento" cioè un recesso con *tutti* gli elementi (di sostanza e di forma) previsti dalla legge. Requisiti di sostanza e di forma sono rappresentativi di interessi contrapposti all'interesse estintivo (funzionale) e con esso in equilibrio, cosicché la violazione di uno di essi determina una reazione riequilibratrice, diversa l'una dall'altra (nullità, annullabilità, inefficacia) in ragione della diversità dell'interesse violato.

L'aspetto restitutorio – e repressivo – (risarcimento di diritto comune o ex art. 18 s.l. o ex art. 8 l. 604) è ulteriore e conseguente a quello riequilibratore. (Anche se ciò presuppone necessariamente la responsabilità dell'autore della violazione.)²⁶

La forza e l'effettività di un precetto saranno assicurati al massimo grado applicando rimedi che non sono subordinati all'accertamento della colpa dell'autore della violazione²⁷, come ad esempio accade nell'art. 429 c.p.c. e talora nell'art. 18 s.l.²⁸.

Ciò dimostra l'essenzialità, ai fini di questo studio, dell'aspetto funzionale della sanzione quale strumento di massimizzazione delle condotte conformi e di minimizzazione di quelle devianti²⁹.

La sanzione relativamente all'aspetto statico della norma assicura le funzioni a) riparativa: eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'atto deviante; b) di impulso attivo: cioè preventiva della violazione³⁰.

In questo contesto, sanzione é mera parte della più ampia locuzione tecnica sanzionatoria; espressione con la quale ci si intende riferire a ogni strumento che valga ad assicurare tanto tutela al destinatario di un atto illegittimo (sia esso un mero atto, un negozio o un potere) quanto effettività

²⁵È la tesi di D'AGOSTINO, voce: *Sanzione* cit. *passim* che si fa propria; v. anche ID., *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Torino 1989

²⁶Tale fondamentale precisazione consente gli sviluppi sulla sufficienza della tutela obbligatoria. *Infra* al par. 6.6, e al par. 7.5

²⁷La sanzione è, infatti, rimedio contro un torto ricevuto solo genericamente.

²⁸D'ANTONA, *Lo statuto dei lavoratori e le tecniche di tutela*, Atti del convegno "Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)", a cura di A. GARILLI e S. MAZZAMUTO – Napoli 1992, ora in D'ANTONA, *Opere*, III, 3, Milano 2000, p. 1249ss

²⁹GAVAZZI, *Elementi di teoria del diritto*, Torino 1970

³⁰MARRA, voce: *Sanzione*, Dig. Disc. Priv., sez. civ, Torino 1998, p. 159, BOBBIO, *Sanzione* cit. 533s., ID. *Dalla struttura alla...* cit., 35,s.

alla sanzione o al rimedio o al risarcimento o alle restituzioni previste quali conseguenze della violazione della fattispecie³¹.

Dunque, la nullità, l'inefficacia, l'annullabilità, il risarcimento, la riasunzione e la penale verranno riesaminate in tale accezione; mentre la reintegrazione sarà di volta in volta assunta a termine di comparazione e verifica dell'asserto della sua neutralità sulle sanzioni per i vizi dell'atto.

Con tali premesse di ordine generale e metodologico, affrontare l'aspetto sanzionatorio del licenziamento illegittimo, dal punto di vista del regime sanzionatorio, vale a confinare l'illegittimità a criterio di individualizzazione dell'azione. Non solo a riaffermazione della inscindibilità³² tra situazioni sostanziali e possibilità di agire in giudizio, ma soprattutto a garanzia del principio che alle singole situazione tutelabili corrispondano forme di tutela adeguate.

Infatti dalla natura di accertamento costitutivo della sentenza di annullamento provengono le maggiori difficoltà a riconoscere all'ingiustificatezza effetti diversi in funzione del regime di tutela speciale applicabile³³.

Si può violare il precetto costituzionale di tutela di tutti i diritti, non solo interrompendo l'inscindibilità tra situazione tutelabile e diritto di azione, ma anche «predisponendo forme di tutela palesemente insufficienti e inadeguate», in ordine alle quali, storicamente, si assiste alla divaricazione³⁴ tra i bisogni di tutela progressivamente emergenti³⁵ e la limitatezza dei mezzi processuali concretamente impiegabili³⁶.

In applicazione di tale principio la Corte Costituzionale ha sempre re-

³¹Con riferimento alle tecniche nel diritto del lavoro cfr. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Gior. dir. lav. rel. ind. 1977, 305 ss, *specie* 317, 325 s. 328, ID., *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, Gior. dir. lav. rel. ind. 1991, 633 ss. nonché in Atti del convegno "Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)", a cura di A. GARILLI e S. MAZZAMUTO - Napoli 1992.

³²ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli 1964, ID., *Diritto Processuale Civile*, Napoli 1979; ID., La Corte Costituzionale e l'art. 2118 c.c., Dir. lav. 1965, II, 173

³³Questo aspetto del problema sarà discusso al par. 6.6 e al par. 7.5

³⁴ANDRIOLI, cit.

³⁵Ne rappresenta un esperimento concreto quanto ipotizzato al par. 7.1, *specie* al par. 7.5 a conclusione dello studio

³⁶L'attenzione corre sopra l'esecuzione forzata degli obblighi di fare infungibili e sulla esclusione dell'esperibilità della tutela cautelare fuori dal campo di applicabilità dell'art. 18 s.l.- Per un esempio di abnorme applicazione della regola a un caso di nullità del termine in cui il ricorrente chiedeva la c.d. reintegrazione di diritto comune Trib. Agrigento in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > tribunale > cerca > Redavid 23 luglio 2003.

spinto le questioni di costituzionalità relative alla differenziazione delle tutele tra art. 18 e art. 8³⁷.

All'opposto la Corte Costituzionale ha ritenuto insufficiente la temporanea inefficacia del licenziamento della lavoratrice madre (originariamente previsto dalla legge 1024/1971) rispetto alla nullità, e da un altro lato ancora ha ritenuto eccessiva la tutela della nullità, da essa stessa introdotta, rispetto all'esigenza di tutela della libertà di impresa nel lavoro in prova, dichiarando incostituzionale tale normativa – sentenza 31 maggio 1996 n. 172 - nella parte in cui non prevede la libera recedibilità in prova durante il periodo di divieto di licenziamento per maternità³⁸. Aggiungendo, così, tale esimente alle altre previste dalla legge (ora tutte legalmente disciplinate dall'art. 54 del tu. 151/2001).

E ancora, abbastanza immotivatamente, ha avallato - con la sentenza 389/94 - la riduzione giurisprudenziale di tutela della nullità da violazione dell'art. 7 s.l. nell'area della tutela obbligatoria.

Lo studio delle tecniche attraversa longitudinalmente il campo del diritto còndito ma, con lo spirito del *conditor juris*, è inteso a cercare la strada

³⁷ C. COST. 7 febbraio 2000, n. 46, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > 2000 46, nonché in Riv. Crit. Dir. Lav., 2000, 85 con nota di FEZZI, Foro It., 2000, 1699, 1401 con nota di DE LUCA, Giur. It., 2000, 1548 con nota di DE FIORES, Mass. Giur. Lav., 2000, 376 con nota di RENDINA; C. COST. 06/02/2003, n. 41 *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 2003 41; C. COST. 23 aprile 1998 n. 143, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1998 143 Lav. Giur. 1998, 783 con nota di MANNACIO, Mass. Giur. Lav., 1998, 369 con nota di CHELOTTO; C. COST. 22 luglio 1996 n. 291, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1996 291 Mass. Giur. Lav., 1996, 489 con nota di DE MARINIS; C. COST. 9 novembre 1992 n. 426, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1992 426, in Mass. Giur. Lav. 1992, 551 con nota di MANNACIO; C. COST. 22 gennaio 1987 n. 17, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1987 17 e in Dir. Lav., 1987, II, 130 con nota di CASCIANO; C. COST. 14 gennaio 1986, n. 2, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1986 2, Giur. It., 1986, I, 1, 1121 con nota di CERRETA, Giur. Cost. 1986, I, 235 con nota di PERA.

³⁸ Sentenza 8 febbraio 1991 n. 61 in Riv. it. dir. lav. 1991, II, 264 con nota di MATTAROLO, Giur. Cost. 1991, 2405 con nota di SCAGLIONE, Riv. Giur. Lav. 1991, II, 3 con nota di DEL CONTE, Mass. Giur. Lav., 1991, 4, con nota di FONTANA, Dir. Lav., 1991, II, 221 con nota di DE FALCO. Sul punto della sufficienza delle tutele in caso di maternità v. le osservazioni critiche di ICHINO – *Il contratto di lavoro*, III, specie a pag. 120 e 121 – che alle note 285 e 286 evidenzia l'estensore delle sentenze (caso forse unico più che raro in tutta l'opera), SPAGNOLI per la prima e MENGONI per la seconda, e non fa mistero nell'attribuire «alla ben nota saggezza dell'estensore» – solo al secondo in verità - il merito della soluzione che egli reputa (ovviamente la seconda) equilibrata, ravvisando una, certa innegabile, contraddizione con la prima sentenza.

migliore che lo conduca più in fretta possibile a dare efficace tutela al bene protetto, senza, per far ciò, ricorrere necessariamente allo strumento dell'aggravamento dell'apparato sanzionatorio.

In tale ottica risulta ridimensionata la storica contrapposizione, *sub specie tutelae*, tra diritto e processo, giacché se è vero che non è certo il processo la sede nella quale si definiscono e qualificano i bisogni di tutela, ma la legge sostanziale, è altrettanto vero che, con riferimento ai rimedi ivi riconosciuti, è proprio «il processo la sede in cui tali scelte sono destinate a tradursi in tecniche e forme adeguate³⁹».

Tutela del diritto e processo viaggiano insieme e non possono separarsi: una cosa è il divieto, ad esempio, di condotta antisindacale, un'altra cosa è la sanzione per la violazione del divieto, ad esempio la nullità degli atti e la cessazione delle condotte, un'altra cosa ancora è la tecnica di attuazione della sanzione, ad esempio la rimozione degli effetti.

Ciò posto, la ricostruzione sistematica delle tecniche sanzionatorie contro il licenziamento illegittimo passa per l'esame di due profili.

Il *primo profilo ricostruttivo* prescinde inizialmente dal giudizio di responsabilità: una tecnica sanzionatoria è presente laddove la conseguenza sfavorevole della sanzione sia oggettivamente posta a carico del soggetto autore della violazione di un dovere o di un obbligo o autore di potere.

La qualificazione di sanzionatoria della tecnica prevista dalla legge procede dalla connessione oggettiva tra azione e reazione.⁴⁰

In tale schema il giudizio di imputabilità è un *quid pluris*. Si tratta delle sanzioni che colpiscono l'atto e non delle conseguenze di queste.

La necessità di tenere distinta l'analisi dell'uno e dell'altro, al fine di operare una corretta ricostruzione della fattispecie sanzionatoria del licenziamenti è avvertita già da D'ANTONA⁴¹. Egli avverte della necessità di tenere distinte le vicende del negozio estintivo da quelle del rapporto sottostante, nonché - euristicamente - di tenere distinto il licenziamento come atto dal licenziamento come fatto.

Successivamente, definite e precisate tali conseguenze, la responsabili-

³⁹ ANDRIOLI, cit.. Cosicché, ad esempio, un'insufficiente sistema istruttorio frustrerà inevitabilmente le tutele previste dalla legge regolatrice, né è emblema la tutela inibitoria della l. 903. Sempre che non si voglia credere che non vi sono state e non vi sono discriminazioni delle donne nell'accesso al lavoro.

⁴⁰ Ve ne è concreta applicazione nella protezione della gestante e puerpera, *infra* al par. 3.1

⁴¹ *La reintegrazione . . .*, p. 31. Un esempio di indebita commistione è nell'applicazione dell'istituto della ratifica al licenziamento intimato dal *falsus procurator*; *infra* al par. 2.4.

tà, diventa invece fondativa della coerenza della distribuzione degli effetti conseguenti all'applicazione del rimedio.⁴²

Il *secondo profilo ricostruttivo* riguarda la relazione di non identità tra interesse colpito dalla sanzione e interesse posto alla base dell'obbligo inadempito.

Tale diversità è funzionale allo scopo intrinseco delle tecniche sanzionatorie che è anche quello di prevenire future violazioni.

La realizzazione di tale funzione preventiva non sarebbe efficacemente realizzabile se la gravità delle conseguenze che la tecnica sanzionatoria determinasse in testa all'autore della violazione, comportasse un sacrificio identico a quello che si è realizzato nella condotta illecita.

Sotto tale profilo si vedrà che l'attuale sistemazione della tutela della ingiustificatezza nell'area debole non sembra rispondere al principio⁴³.

Tale relazione, non biunivoca, tra i sacrifici degli interessi contrapposti, si ripete anche a livello di natura dell'interesse sacrificato che non può essere identica alla natura dell'interesse che si è realizzato nell'illecito⁴⁴. Diversamente opinando, la previsione di una sanzione non potrebbe esercitare alcuna funzione di dissuasione e, quindi, di controllo sulla liceità della condotta dei soggetti.⁴⁵

In definitiva la funzione⁴⁶ a cui deve assolvere la tecnica sanzionatoria

⁴² *Amplius* al par. 4.3 al par. 6.3

⁴³ *Infra* par. 7.5

⁴⁴ Anche in questo caso l'affermazione deve essere coordinata con il fine ultimo della sanzione, cioè lo scopo, funzione, prefissosi dal legislatore. Un esempio di apparente contraddizione (ovvero di insufficiente tutela) si riscontra nel sistema puro della legge 604, dove la "mancanza della motivazione" è correlata alla inefficacia originaria (rimovibile), mentre alla "insufficienza della motivazione" è correlata l'invalidità di applicazione giudiziale; con una significativa differenza in ordine alle conseguenze ulteriori sul piano risarcitorio. *Infra* al par. 4.3 e al par. 5.11.

⁴⁵ E ciò sarà altra ragione dei dubbi espressi *infra* al par. 6.3, e al par. 7.2

⁴⁶ Nella valutazione della funzione di ognuna di queste tecniche, con riguardo agli effetti che realizzano, utili suggerimenti vengono dai risultati che l'analisi economica del diritto raggiunge nella disamina delle regole di tutela reale (*property rules*) e di stabilità obbligatoria (*liability rules*) nel sistema sanzionatorio dei *remedies* anglosassoni.

Le finalità di tutela sono due: o garantire al soggetto utilità, impedendo che altri abbia ad approfittarne senza il consenso di esso; o mantenere indenne il soggetto delle conseguenze sfavorevoli del danno subito. Nel primo caso si tratterà di regole di proprietà (*property rules*) nel secondo caso di regole di responsabilità (*liability rules*). Quello che è utile osservare è che entrambe le regole sono in grado di fondare una situazione giuridica soggettiva che è il diritto soggettivo, o, nell'analisi economica del diritto, l'*entitlement*. La scelta del rimedio di *property rule* o di *liability rule*, postulata l'indifferenza ordinamentale alla tutela dell'uno o dell'altro degli interessi in conflitto – secondo l'analisi economica del diritto –, deve essere compiuta in funzione della certezza circa la migliore allocazione iniziale delle risorse. Ove non sussistano ragioni di incertezza, non

è intimamente connessa con gli effetti che tende a realizzare, reali, obbligatori, inibitori che siano, cioè con i bisogni di tutela che manifesta il diritto violato.

Il diritto del lavoratore illegittimamente licenziato esprime un bisogno di tutela⁴⁷ articolato su più livelli e invoca tutela differenziata⁴⁸.

Vi è il bisogno di non essere estromesso dal posto di lavoro illegittimamente, di avere riconosciuta la continuità del rapporto, di essere tenuto indenne dalle conseguenze dannose subite per effetto della illegittima disfunzionalità del rapporto, di eliminare dal mondo giuridico l'atto che tale disfunzionalità abbia determinato⁴⁹.

devono avere rilievo ragioni di efficienza che inducano ad autorizzare violazioni intenzionali della situazione di vantaggio del soggetto (*entitlements*) per cui, andranno preferite le tecniche reali. Viceversa, in situazioni di incertezza, la regola della responsabilità andrebbe privilegiata perché consentirebbe di verificare l'efficienza economica di una data proposta di trasferimento di legittimazione.

Il merito di questa prospettazione è di evidenziare che *non esistono astratte posizioni soggettive ma posizioni concretamente conformate dai rimedi messi a disposizione dei soggetti. A fronte dei costi che una determinata attività fa sopportare ad individui vicini si tratta di trovare lo strumento giuridico più adatto per fare in modo che tali costi siano razionalmente distribuiti. Rimedi inibitori o risarcitori provvedono a tale scopo, fornendo così una concreta indicazione circa il grado di tutelabilità di un determinato interesse.* Tra bisogno e rimedio vi è una relazione univoca. Il rimedio necessariamente tutela direttamente un bisogno qualificato di tutela, indirettamente l'interesse della cui tutela si tratta. [cfr. sui rapporti con il diritto del lavoro LOI, *Analisi economica del diritto e diritto del lavoro*, Gior. dir. lav. rel. ind. 1999, 547ss.; VERKERKE, *Un approccio di "labour law and economics" alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, Riv. it. dir. lav. 1998, I, 293; la posizione di ICHINO è compendiata in *Lezioni...* cit., In generale, per tutti, ALPA, PULITINI, RODOTÀ, ROMANI (a cura di) *Interpretazione giuridica e analisi economica del diritto*, Milano 1982, PARDOLESI, voce: *Analisi economica del diritto*, Dig. Disc. Priv. Sez. civ. I, 309 ss.]

⁴⁷Mette conto osservare che il grado di tutela da accordare al diritto è appannaggio del potere di valutazione discrezionale del legislatore, sindacabile solo sul piano della coerenza e della sufficienza in relazione ai valori (*rectius*: diritti) costituzionali. cfr. *supra* e *infra* al par. 7.5.

⁴⁸DI MAIO A. voce: *Tutela (dir. privato)*, Enc. Dir. XLV, 367, 369ss,

⁴⁹Applicando il criterio di analisi economica riassunto alla nota 46 alla disciplina dei licenziamenti ne riceveremmo a tutta prima un'impressione di incoerenza del sistema. Infatti, mentre nella 604 il criterio parrebbe rispettato: *property rules* in ordine alla forma (o c'è o non c'è, non vi può essere l'incertezza sulla sussistenza della violazione della regola – e il discorso può essere esteso alla tutela del matrimonio e della maternità) e *liability rules* in ordine alla sussistenza della giustificazione (cioè possibilità di diversi apprezzamenti di sussistenza della giustificazione tra la percezione che ne hanno il giudice (o i giudici), il soggetto sanzionato e quello tutelato; nell'art. 18 s.l. invece parrebbe violato: *property rules* indiscriminatamente previste per situazioni certe e incerte. Tuttavia si tratta solo della sovrapposizione dei piani degli effetti e della applicazione delle sanzioni al rapporto.

Vi è anche il bisogno di tutela dello *status* di lavoratore occupato nel posto di lavoro dal quale il lavoratore sia stato estromesso⁵⁰ e cioè la reintegrazione in forma specifica.

La maggior parte dei bisogni⁵¹ quelli che concernono interessi violati

⁵⁰Sulla base della chiave di analisi in senso economico ICHINO [la posizione dell'a. è nota e variamente argomentata, *ex multis*, *Licenziare, missione impossibile*, Corriere della Sera del 2 settembre 2001 p. 127 e altri spunti in ICHINO A. ICHINO P. POLO M., *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, Riv. it. dir. lav. 1998, I, 10, da ultimo ID., *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano 2004, ID. *Rubare? Si può se lo fan tutti*. Corriere della Sera 21 dicembre 2000, pp1 e 9, ID. *Il contratto ... cit.*, ID. *Il dialogo tra economia e lavoro*, Riv. it. dir. lav. 2001, I, 165 ss. specie 179s.192, 197s] ha proposto sia il superamento della reintegrazione per il vizio di ingiustificatezza (e di qualsiasi altra *property rule* – ma non per licenziamenti discriminatori e su tale dicotomia v. le decisive osservazioni di PERA, *Sulla nuova disciplina ... cit.*), sia l'applicazione di regole analoghe nella valutazione della sussistenza della giustificazione, specialmente oggettiva, con un meccanismo di sostituzione del nesso causale tra motivazione e licenziamento con un criterio di misurazione del sacrificio apprezzabile: o regola della perdita attesa ammissibile, nella teoria economica fatta propria dall'autore.

⁵¹Al criterio ermeneutico e regolamentativo esposto nella nota precedente altra dottrina oppone [ALLEVA, nel dibattito sul libro dell'a. *Il lavoro e il mercato ...*, Riv. it. dir. lav. 1997, I, 248] che nella valutazione debba tenersi conto degli aspetti personalistici coinvolti dal licenziamento, tutelati in generale dal diritto del lavoro e in particolare dalla disciplina vincolistica. ALLEVA, infatti, afferma icasticamente che *nel licenziamento non si discute 'del mio e del tuo' e 'di te e di me*. Tale suggestiva obiezione, ha indubbiamente il merito di ricordare che la *persona* è un elemento caratterizzante anche il diritto del rapporto di lavoro e dunque di ogni suo istituto. A prescindere dal richiamo più o meno espresso fatto alla persona dalle singole disposizioni, l'obiezione è stata rigettata da ICHINO [*Il contratto ... p. 435 ss. cit.* – sulla base del dato letterale dell'art. 3 l. 604], il quale se non esclude che il lavoro non sia una merce inclina perché non sia *solo* una merce [*Il dialogo ... cit.*]. È ovvio che le due posizioni saranno sempre inconciliabili sul piano dogmatico ricostruttivo. La posizione di ALLEVA – cui pare aderire almeno in parte PERA, *Sulla nuova ... cit.*, p. 24 – non abdica al principio portante del sistema che si fonda sulla non oggettività del lavoro, né è disposta a ridimensionarlo. Esso rimane una qualità della persona e come tale deve essere regolato dalla legge. (Da ultimo la ricostruzione di VALLEBONA, *Etica e ordinamento del lavoro*, Dir. Lav. 2000, I, 461 s.) La posizione di ICHINO, invece, riconduce la tutela del lavoratore alla tutela del contraente (come *grosso modo* accade nei sistemi di *common law*), oggettivando il significato di lavoro nel rapporto, con evidente sacrificio del singolo a vantaggio – assunto – della categoria, secondo una graduazione di tutele, astratte o concrete, condizionate da obiettivi macroeconomici, il cui raggiungimento dovrebbe essere idoneo a sostituire la tutele del lavoro nel rapporto con le tutele del lavoro nel mercato. La tesi di ICHINO, comunque, si basa più sulla chiave di analisi del fatto giustificatore e (fintanto che non incide sulla fissazione in concreto delle conseguenze del mancato superamento della soglia di sacrificio ammissibile) non determina, in linea astratta, né avanzamenti né arretramenti di tutela. Ad esempio, conduce agli stessi risultati dell'impostazione tradizionale nel caso di licenziamento per superamento del periodo di comperto. E ancora potrebbe essere una chiave di lettura (invero,

da atti giuridici positivi di autonomia privata - trovano tutela diretta nelle sanzioni dell'invalidità e dell'inefficacia di tali atti⁵².

Diverso è il caso dei bisogni la cui soddisfazione necessita della realizzazione di un interesse pretensivo nei confronti dell'autore della condotta o dell'atto, lesivi della posizione tutelata.

Mentre nel primo caso la tutela contro l'invalidità - che può essere dichiarativa ovvero costitutiva - assolve integralmente allo scopo, nel secondo caso occorrono tecniche sanzionatorie che determinino o inibiscano la produzione di effetti giuridici in un rapporto privato⁵³.

Il limite di effettività delle tecniche di invalidazione deriva anche dal divieto che ha il giudice di sostituirsi alle parti, fuori dalla regola generale della giurisdizione di annullamento⁵⁴. Né il limite è destinato ad essere

assolutamente casuale) di quanto sostenuto in conclusione del par. 7.5.

⁵²In tale contesto sanzionatorio non vi è spazio per il bilanciamento degli interessi tra reo e vittima. Spazio che invece deve essere riconosciuto in occasione delle tutele restitutorie (in senso lato) in cui le scelte del legislatore devono stabilire la misura in cui si può tenere (o non tenere) conto degli interessi dell'autore della condotta sanzionata. La tutela restitutoria conseguente, infatti, restituisce il bene della vita leso dall'atto viziato con un altro bene (ma di identico fondamento). Tale operazione di sostituzione coinvolge interessi (esterni alla fattispecie sanzionata) che ben possono essere di uguale grado di quelli immediatamente protetti. Ora, laddove sia un giudizio di responsabilità non vi sarà spazio per tutelare interessi del colpevole, laddove invece la conseguenza della condotta sia oggettiva ovvero influenzata dalla condotta colpevole della vittima, il bilanciamento degli interessi non può essere omesso.

Sulla base di tali considerazioni, e a rischio che ICHINO ci iscriva all'albo dei giuristi ortodossi (la rivoluzione tipologica o la si fa per tutto o non vale), sommamente si dissente, sul piano esegetico, dalla sua tesi spesso costretta (impugnazione del licenziamento, art. 7 s.l., art. 2 l. 604, comparto) a ricorrere all'equità, per giustificare la scelta ermeneutica. Equità che non è contemplata dalle norme di riferimento e che pure se lo fosse non sarebbe utilizzabile nella guisa creativa e a un tempo certativa del *common law*. Ciò per la mancanza nel nostro ordinamento della regola dello *stare decisis* (indefettibile complemento dell'equità fonte e regola). Inutilizzabile per il differente sostrato di cultura sociale economica e giuridica alla quale essa inerisce. La generalizzazione della regola di *liability* (nel senso ampio divisato da ICHINO) quale strumento di riequilibrio dell'incertezza è stata criticata da PERA [*Sulla nuova ... cit.*] il quale evidenzia che il ritardo con il quale può giungere la tutela reintegratoria è effetto comune al licenziamento discriminatorio (contro il quale la regola di *property* non viene messa in discussione) e che di certo il ritardo della reintegrazione non è imputabile alla reintegrazione.

⁵³Tale è la funzione a cui assolve l'ordine di reintegrazione nella definitiva ricostruzione di D'ANTONA - *La reintegrazione...* cit. - cui *adde* le osservazioni di ALES, *La reintegrazione trent'anni dopo: Un nuovo caso di 'archeologia giuridica'?*, Dir. Lav. 2000, I, 20 - Sotto altro profilo si vedrà che non è dissimile la funzione della riassunzione ex art. 8 l. 604, ferma restando la diversa intensità.

⁵⁴ANDRIOLI, cit.

ridimensionato dalla pur pregnante considerazione di MONTESANO⁵⁵ secondo cui, laddove la modificazione giuridica è conseguibile dal soggetto mercé la sua manifestazione di volontà, cioè esercitando un potere (come nel caso del recesso) la tutela giurisdizionale è volta unicamente alla verifica dell'esistenza del potere e del suo corretto esercizio, compresa la verifica del presupposto.⁵⁶

La tecnica sanzionatoria contro il licenziamento illegittimo, ha osservato DI MAJO, *concentra il punto forte della complessiva tutela nella fase che segue alla sentenza che dichiara il licenziamento illegittimo e cioè ex post facto, quando il lavoratore si è allontanato e cioè quando “i giochi sono fatti”, come altrimenti si dice.*⁵⁷ - *Nella strategia della prevenzione dei licenziamenti illegittimi la prima fase, quella ante sentenza, doveva svolgere, si è portati a osservare, una funzione ben più incisiva! È molto probabile, specialmente se si ha riguardo a quanto risulta dai lavori preparatori, che il legislatore o meglio il potere politico abbia pensato più a punire moralisticamente il datore di lavoro per la mancata reintegra anziché preoccuparsi della fase, che è “cruciale” per il lavoratore licenziato, che segue immediatamente il licenziamento e che lo lascia indifeso.*⁵⁸

È accaduto, vuoi per il mutato quadro normativo, vuoi per le mutate condizioni applicative delle tecniche sanzionatorie, che i rimedi dati per correggere l'asimmetria determinata dalla violazione della norma sul licenziamento giustificato, o hanno determinato un'asimmetria dal lato opposto (come nel caso dell'indennità sostitutiva della reintegrazione), o non hanno corretto percettibilmente l'asimmetria cagionata dalla violazione (come nel caso della riassunzione)⁵⁹.

⁵⁵MONTESANO *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, Riv. dir. proc. civ. 1991, 15

⁵⁶In applicazione di tale teoria la tesi di ORIANI, cit. e su cui *infra* al par. 6.6

⁵⁷cfr. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1973, 1020; D'ANTONA, *La reintegrazione* ... cit.

⁵⁸DI MAIO, *I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*, Riv. Giur. Lav. 1974, I, 278 s. cfr., però già MANCINI, *Comm. ...*, cit., e ALLEVA, *L'evoluzione ...*, cit.

⁵⁹L'art. 8 produce un orrido alle spalle del lavoratore per il periodo prima della sentenza e fornisce un paracadute di carta per quello che gli si spiana davanti. «Quel “prima” ha una “storia” (v. l. 604 e il “vuoto pneumatico” nella fase licenziamento sentenza e quindi il significato politico dell'emendamento BERMANI, ma tutto ciò è ben noto!) senza la quale quel prima non potrebbe spiegarsi; questa “storia” non è soltanto una storia di strumenti giuridici (volutamente) disapplicati o male applicati, ma una storia contraddistinta dalla “sofferta” conquista di “punti a favore”, conquista che difficilmente si lascia interpretare in chiave di (quanto avrebbe potuto ottenersi con) *diritto comune* e di (quanto si è di fatto ottenuto col) *diritto speciale*.» DI MAJO A., *I licenziamenti ...*, cit.

Occorre pertanto verificare quali effettivamente siano le cause dei mali e quali i possibili rimedi, perché, per usare le parole di MENGONI⁶⁰, il discorso sul diritto non è soltanto interpretazione (in senso ampio), ma anche critica del diritto, descrizione dei ritardi e delle inadeguatezze normative rispetto al cambiamento sociale e individuazione di problemi per la cui soluzione occorre l'intervento del legislatore.

1.3 I vizi tipici del licenziamento illegittimo in generale: nullità, annullabilità, inefficacia.

Non fosse che l'illiceità⁶¹ del negozio evoca con forza la nullità e la contrarietà a norme l'illiceità si sarebbe potuta utilizzare, quale sintesi descrittiva di ogni violazione di legge, senza bisogno di ricorrere alla categoria dell'illegittimità che nella materia privatistica stenta ad avere una valenza concettuale definita⁶².

E in effetti, *illicito* è tutto ciò che non è lecito, cioè che è contrario all'ordinamento, senza distinzioni tra forma sostanza e fini dell'atto.

Così come, *illegittimo* è tutto ciò che non è legittimo, cioè autorizzato, concesso, entro limiti, forme e per scopi precisi dall'ordinamento.

Di massima la illiceità riguarda i negozi *qui uno actu perficiuntur* mentre la legittimità riguarda un procedimento per l'esercizio di un potere, quantunque il suo esercizio abbia come effetto finale la produzione di un atto.

Non stupisce perciò che in materia giuslavoristica e segnatamente in quella dei licenziamenti, dove – spesso inestricabilmente - convivono negozi e poteri, atti e procedimenti, l'uso degli aggettivi *illicito* e *illegittimo* appaia confuso: ad un tempo indistinto o al contrario dirimente per la condanna alla nullità o all'ingiustificatezza del negozio⁶³.

⁶⁰MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, Atti del convegno AIDLASS Ferrara 2000, Milano 2002, p. 19.

⁶¹A parte il concetto di illiceità delle condotte quale elemento discretivo della nullità nel senso accolto *supra*.

⁶²Tanto è vero che nella materia dei licenziamenti il termine è stato usato abbastanza contraddittoriamente sia come locuzione unificante, sia come sinonimo di ingiustificatezza, sia – abbastanza acrobaticamente - come *tertium genus*. (cfr. S.U. cit. alle note , e) L'onnicomprendività del termine ha dato titolo alle giornate di studio AIDLASS 1987, cit.

⁶³Questo è il discrimine utilizzato dalle sezioni unite – 24 aprile 1994 n. 3966, Foro it. 1994, I, 2707 con nota di MAZZOTTA; 18 maggio 1994 n. 4844, Foro it. 1994, I, 2706 con nota di MAZZOTTA *La terra è piatta? ...*, Giust. Civ. 1994, 151 con nota di NOGLER, *Sul c.d. licenziamento ingiustificato nell'area del recesso ad nutum* – per affermare l'applicabilità dell'art. 8 l. 604 al licenziamento disciplinare viziato ex art.

Ai fini del profilo ricostruttivo considerato, però, che un licenziamento sia contrario a una prescrizione formale, o procedimentale o sostanziale, o sia in frode alla legge o sia intimato da un non legittimato, non fa differenza, purché materialmente un vizio esista.

È ben chiaro che le differenze ci sono e restano oltre ogni definizione unificante⁶⁴ (basti al riguardo volgere lo sguardo alla elaborazione dogmatico concettuale del negozio giuridico⁶⁵) e non possono essere obliate.

Non si vuole, pertanto, individuare una categoria che unifichi ogni possibile vizio del licenziamento sotto una comune bandiera e in forza di ciò trovare una soluzione unica e buona per rimediare ai guasti di ciascuno di essi: tutt'altro. Rimane anzi la convinzione dell'inopportunità della *reductio ad unum* dei vizi del licenziamento che determinerebbe *naturaliter* l'unicità delle forme della loro repressione.

Dunque, la locuzione licenziamento illegittimo, o viziato viene qui utilizzata come un'espressione di sintesi, intesa a identificare tanto il licenzia-

7 s.l.; MAGNANI, *Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo*, Riv. it. dir. lav., 1996, I, 39, MONTUSCHI, *Il licenziamento disciplinare secondo il diritto vivente* Riv. it. dir. lav., 1996, I, 13, PAPALEONI, *Licenziamento disciplinare e nullità di diritto comune*, Riv. it. dir. lav., 1995, II, 651, TIRABOSCHI, *Area di libera recedibilità, licenziamento disciplinare e violazione delle garanzie procedurali: un'importante pronuncia sulla Cassazione a Sezioni Unite sulla struttura causale del negozio di recesso*, Or. giur. lav., 1994, 602.

⁶⁴Cfr. *ex multis*, BIANCHI D'URSO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Mass. Giur. Lav., 1991, 338, DELL'OLIO., *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Gior. dir. lav. e rel. ind., 1987, 423, GALANTINO, *Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro*, Dir. lav., 1990, I, 165, GRANDI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina del licenziamento*, Lav. Dir., 1991, 3, PAPALEONI, *La più recente fase di evoluzione normativa della disciplina dei licenziamenti: la legge 11 maggio 1990, n. 108*, Dir. lav., 1990, I, 253, PERSIANI, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro*, Dir. lav., 1991, I, 3, ROCCELLA, *Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale*, Quad. gior. dir. lav. rel. ind., 1990, fasc. 8, 9, ID., *I licenziamenti nelle piccole imprese*, Dir. prat. lav., 1990, 666, VACCARO, *Licenziamenti individuali: le norme dal 1966 a oggi*, Dir. e pratica lav., 1990, 3089, CARINCI F, *Statuto dei lavoratori e piccola impresa*, Gior. dir. lav. rel. ind., 1990, 485; ROMEO, *La reintegrazione nel posto di lavoro: tra tecniche giuridiche e vicende politiche*, Lav. Giur. 2002, 105.

⁶⁵ GALGANO, *Il negozio giuridico*, tratt. dir. civ. CICU - MESSINEO Milano 1988, pp. 9, 15, 24, 27, ID., voce: *Negozio giuridico (dottrine generali)* Enc. dir., Milano 1977, p. 932ss, BIANCA, *Diritto Civile 3, Il contratto*, Milano 2000 II ed., BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960 II ed., SCOGNAMIGLIO *Contratti in generale (Trattato di diritto civile GROSSO e SANTORO PASSARELLI)* Milano 1980 p. 27, SANTORO PASSARELLI F. *Dottrine generali del diritto civile IX ed.* Napoli 1997 MESSINEO., *Il contratto in genere*, tratt. dir. civ. CICU - MESSINEO vol. XXI t. 2 MILANO 1972, pp. 5-6.

mento meramente inefficace, quanto quello nullo, come quello ingiustificato.

La precisazione si rende necessaria perché, se tale formula è esaustiva quando opera l'art. 18 s.l., recenti e già citati interventi giurisprudenziali tendono o a enucleare un quarto vizio, distinto dai binomi inefficacia-imperfezione, nullità-illiceità, annullabilità-ingiustificatezza, o tendono ad assimilarlo a quest'ultimo binomio, in funzione distintiva dei primi due, quando si tratti di violazione dell'art. 7 non assistita dall'art. 18 s.l.⁶⁶.

L'obiezione è facilmente prevedibile: se i rimedi per ogni tipo di vizio restano differenziati; se a livello sanzionatorio, appunto, si torna a distinguere, che necessità c'è di proporre la riunione dei vizi sotto un'unica insegna?

Invero, non vi sono necessità definitorie pregnanti né tampoco ricostruttive. Vi sono però utili ragioni pratiche.

La disciplina del licenziamento opera, infatti, su più piani: da quello aziendale a quello extra aziendale; da quello procedimentale a quello dei contenuti; da quello oggettivo a quello soggettivo; da quello sostanziale a quello processuale, nelle sue articolazioni della cognizione, dell'esecuzione e della cautela.

Lo studio dell'apparato sanzionatorio, in generale del *licenziamento*

⁶⁶Diversamente in dottrina: PERA, diffusamente, cfr. di recente, MONTUSCHI, *Il licenziamento disciplinare secondo il diritto vivente*, Riv. it. dir. lav. 1996, I, 13, MANCINI, *La disciplina del licenziamento nello Statuto dei lavoratori (contributo all'esegesi dell'art. 18)*, Riv. Giur. lav. 1972, I, 169, BALLESTRERO, *I Licenziamenti*, Milano 1975, *passim*, D'ANTONA, *Lo statuto dei lavoratori e le tecniche...*, DELL'OLIO, *Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento*, Mass. Giur. lav. 1979, 504, ARDAU *L'efficacia del licenziamento non motivato*, Or. Giur. Lav. 1968, 535, ALLEVA, *L'ambito di applicabilità della tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati e il dissenso tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, Riv. Giur. Lav. 1976, I, 77, VAIS, *Iter formativo e interpretazione della legge sui licenziamenti individuali*, Riv. Giur. Lav. 1966, I, 285, PEDRAZZOLI, *Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo*, Lav. dir., 1988, 79, SANTONI, *La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro* (atti della tavola rotonda di Sassari 13 giugno 1981, a cura di SANTONI), Milano, 1983, ZOLI, *Quale «integrazione» è possibile fra la l. n. 604 del 1966 e l'art. 18 statuto lavoratori*, Riv. trim. dir. e proc. civ., 1984, 598, DEL PUNTA, *Il licenziamento disciplinare*, Gior. dir. lav. rel. ind., 1996, 143, MAZZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, Gior. dir. lav. rel. ind., 1987, 491, ID., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, TULLINI, *Ritualità e formalismo nel procedimento disciplinare*, Riv. it. dir. lav., 1994, II, 213, CARINCI - DE LUCA TAMAJO - TOSI - TREU, *Diritto del lavoro*, vol. II: Il rapporto di lavoro subordinato, Torino, 1985, ALLEVA, *Il consolidamento dell'opinione giurisprudenziale sull'ambito di applicabilità della tutela contro i licenziamenti*, Riv. giur. lav., 1985, II, 438, ID., *Dimensioni aziendali e disciplina limitativa dei licenziamenti*, *idem* 1984, I, 3, PAPALEONI, *Sul campo di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti*, Dir. lav., 1984, I, 159 e altri.

atto, ma anche del *licenziamento effetto*, necessita di un oggetto a tema, e il tema vuole abbracciare i vizi del licenziamento che lo rendono inefficace, nullo, annullabile, ingiustificato.

Tutte le volte che il discorso può essere indifferenziatamente rivolto a tutti tali vizi (com'è già nell'art. 18 Stat. Lav.), ovvero anche ad altri, come la violazione dell'art. 7 Stat. Lav. o del divieto di licenziamento a causa di matrimonio, o della regola di non discriminazione, la locuzione unificante tornerà utile, senza essere pericolosamente definitoria.

In tal senso, dunque, con la locuzione *licenziamento illegittimo*, si intende comprendere tutte le ipotesi in cui l'ordinamento insorge contro un licenziamento, facendone conseguire effetti diversi, definitivi o temporanei, da quelli suoi propri: in breve definitivamente estintivi del rapporto di lavoro.

1.4 L'inefficacia come chiave di analisi di tutte le conseguenze sanzionatorie.

L'inefficacia del licenziamento è categoria descrittiva assai ampia: abbraccia le conseguenze di tutti i vizi con l'apparente eccezione delle fattispecie vizianti riconducibili all'art. 8 della l. 604.

Tale sanzione (o anche solo tale effetto) descrive tanto l'inefficacia temporanea quanto quella definitiva; tanto le conseguenze della nullità, dell'annullabilità, quanto quelle dei vizi formali, a loro volta come patologia della perfezione, ovvero come condizione dell'atto, quest'ultima, *in adiectis*, transitoria e reversibile.

L'inefficacia e le sue conseguenze, inoltre, rappresentano il vero *punctum dolens* nella costruzione del sistema sanzionatorio del vizio di forma del licenziamento, disciplinare e non, nell'area della tutela obbligatoria.

Così come l'efficacia dell'atto viziato, quale postulato dell'attuale sistemazione della tutela ex art. 8 l. 604, rappresenta valido termine di paragone dei gradi e della effettività di tutela apprestata contro il licenziamento: sia all'interno del sistema dei licenziamenti sia – soprattutto – fuori dall'area di tutela reale, con riferimento al sistema generale delle obbligazioni.

La categoria in argomento, dunque, è di rilevante interesse sistemico, sia per la sua natura di effetto squisitamente civilistico delle vicende dell'atto, governata dunque da regole consolidate, sia per essere effetto comune a ogni vicenda sanzionatoria dell'atto⁶⁷. Così essa può ben essere eletta

⁶⁷Una sintesi sinottica *infra* par. 4.7, par. 4.7.1 e par. 4.7.8. Dall'angolo visuale

a itinerario esegetico privilegiato, attraverso cui verificare quanto l'apparato sanzionatorio dei licenziamenti *effettivamente* si allinei col sistema sanzionatorio che l'ordinamento civile appronta per le vicende formative ed esecutive dell'atto giuridico ovvero se ed in qual maniera se ne discosti . Con il fine ultimo, di sottoporre a revisione critica l'attuale assetto di tutele⁶⁸.

considerato questa materia sfugge, per altro, almeno dal punto di vista squisitamente tecnico, alle influenze del diritto sopranazionale, invece determinanti in altri istituti o nel complesso della materia giuslavoristica. Sull'argomento si rinvia a SCARPONI (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti sopra nazionali*, Milano 2001 e ivi alle puntuali riflessioni di CARUSO, *Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro ?* p. 210.

⁶⁸Non verranno messe in discussione le tradizionali relazioni tra il diritto civile e il diritto del lavoro, a livello di sistema. Tema sul quale la dottrina si è a lungo interrogata e, nelle diversità di posizioni, fecondamente confrontata. Né sarebbe consono alla particolarità della materia trattata dare conto della vasta letteratura. Per tutti, a parte SANTORO PASSARELLI G. (a cura di) *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992, da ultimo ROMEO C. , *L'area delle tutela: diritto civile e diritto del lavoro a confronto*, *Dir. Lav.*, 2005, I, 145, e ivi i riferimenti bibliografici essenziali. D'altro canto lo scopo del lavoro non è neppure quello della *contaminatio*, pure in astratto possibile anche nella materia dei licenziamenti, sulla quale ci si permette di rinviare a CAMMALLERI, *Danno alla persona e reintegrazione*, tml.it, link a: dalla vecchia serie, <http://www.temilavoro.it> .

Inefficacia e difetto di legittimazione

2.1 La legittimazione al licenziamento

L'inefficacia conseguente al difetto di legittimazione non è propriamente una sanzione, piuttosto uno stato in cui si trova l'atto proveniente da soggetto incompetente. Tuttavia, anche se in apparenza estranea al tema di indagine, è necessario discuterne preliminarmente, in termini sintetici, perché tratta della fondamentale relazione potere-effetto e perché, prescindendo del tutto dall'area di applicazione dei diversi regimi, fornisce temi per l'approfondimento della 'funzione dell'inefficacia'. Funzione che non ha necessariamente natura affittiva.

Secondo la definizione della più moderna dottrina, la legittimazione consiste nel potere di disposizione di un soggetto in relazione a una determinata situazione giuridica.¹ Sicché la legittimazione al recesso individua il potere delle parti di disporre della cessazione degli effetti del contratto.

Nel contratto di lavoro, tanto nel licenziamento, quanto nelle dimissioni, la legittimazione spetta di regola al datore di lavoro e al lavoratore, fattispecie di legittimazione ordinaria che si radica nella *competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento di interessi avuto di mira*² dall'atto.

Nell'ambito del diritto comune la veste di parte o di contraente – in assenza di specifiche cause ostative previste dalla legge o dal titolo – in forza

¹BIANCA, *Diritto Civile 3, Il contratto*, Milano 2000 II ed. p. 64, sulla scia del BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960 II ed. p. 225, ma la rilevanza della categoria non è pacifica nella dottrina civilistica, cfr. per diverse prospettive SCOGNAMIGLIO *Contratti in generale* (Tratt. dir. civ. GROSSO E SANTORO PASSARELLI) Milano 1980 p. 27 che riconduce la legittimazione a una ripetizione dell'autonomia privata (nell'accezione estensiva designata dall'autore medesimo), DI MAJO *Legittimazione negli atti giuridici* (voce in Enc. Dir. XXIV, 52) p. 52 che enfatizza la distinzione tra legittimazione e titolarità laddove la legittimazione ha autonoma rilevanza quale idoneità del soggetto (legittimato) a fare valere diritti e interessi al di fuori della titolarità di situazioni giuridiche, e molti altri.

²BETTI, op. loc. ult. cit.

del *principio di coincidenza*³, è di per se sola sufficiente al riconoscimento della legittimazione ordinaria.

Nel rapporto di lavoro – e ancor di più nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni- invece, tale qualificazione non sempre è da sola sufficiente a individuare il soggetto legittimato, dovendo il recesso essere esercitato sempre e solo dalla parte in senso sostanziale, cioè dal titolare del rapporto contrattuale, quantunque lo stesso non abbia la legittimazione secondo il diritto comune al pari di quanto accade nel caso del minore di età⁴ o dell'interposto.

Il vizio di legittimazione non determina l'invalidità dell'atto, non essendo tale mancanza sanzionata da alcuna norma imperativa, ma è causa di mera inefficacia, cioè di giuridica impossibilità di realizzare l'effetto tipico, di conseguire lo scopo, di essere riferito a un rapporto di lavoro in cui l'autore del licenziamento non ha la *competenza ad ottenere o a risentire degli effetti giuridici*⁵ del rapporto di lavoro.

La coincidenza della legittimazione attiva (datore di lavoro) e della legittimazione passiva (prestatore di lavoro), deve dunque essere verificata a livello di rapporto per determinare l'efficacia dell'atto, non essendo sufficiente quella a livello di contratto.

La legittimazione, quale elemento dell'atto, costituisce precisamente un requisito soggettivo che, non meno di altri requisiti oggettivi, quali la forma e la motivazione, deve sussistere perché il licenziamento sia opponibile al lavoratore, cioè perché lo stesso risenta degli effetti giuridici dell'atto di competenza del datore di lavoro.

Ciò posto, alla linearità e coerenza dell'affermazione non sempre corrisponde agilità di individuazione del soggetto legittimato, specialmente nei casi di legittimazione derivata o di secondo grado e nella p.a.

Infatti, a parte il caso del datore di lavoro imprenditore individuale o libero professionista che provveda personalmente a intimare il licenziamento, problemi di effettivo accertamento della legittimazione si pongono nel

³BETTI, op. cit. p. 226, tra contraente e legittimato. Principio dal duplice aspetto: a) *retrospettivo* in quanto riguarda la situazione *iniziale*, preesistente nel quale il negozio si inquadra; b) *prospettivo* in quanto riguarda la situazione *finale*, nuova, alla quale il negozio tende e mette capo. Il principio, inoltre, - seguita l'A. - *postula che il soggetto del negozio s'identifichi tanto col soggetto della situazione iniziale quanto col soggetto della situazione finale*.

⁴In tale caso, nel diritto comune, infatti la legittimazione spetta all'esercente la potestà, il quale tuttavia non è titolare del diritto. (Non muta i termini dell'impostazione il fatto che, a volte, il potere dispositivo del legittimato *contingente* è sottoposto ad autorizzazione, la quale non incide sul fondamento della competenza ma sui limiti di questa.) – cfr. pure AURICCHIO, op. cit.

⁵BETTI, *Teoria . . .*, cit.

lavoro domestico, nell'impresa societaria, nelle organizzazioni complesse in generale e nella p.a..

2.2 La legittimazione nell'interposizione vietata

Nell'ipotesi di interposizione vietata ex art. 1 legge 23 ottobre 1960 n. 1369⁶, il datore di lavoro legittimato all'intimazione del licenziamento sarà solo ed esclusivamente quello reale⁷: cioè il beneficiario della prestazione, in quanto esercente il potere direttivo.

Le condotte del datore di lavoro apparente e i suoi atti, formali o non, sono da considerare semplicemente alla stessa stregua, e con i limitati effetti, degli atti del terzo; insuscettibili di avere rilevanza propria in un rapporto che è da considerare *inter alios* (legge 23 ottobre 1960 n. 1369 art. 1 comma 5)⁸.

Ne consegue che per stabilire la disciplina applicabile alla *materiale estromissione del lavoratore dal luogo di lavoro* dovrà aversi riguardo solo alla condotta materiale dell'interponente.⁹

In questa fattispecie porre la questione in termini di applicabilità della l. 604 è un errore. L'inefficacia del licenziamento intimato dall'interposto è istituito profondamente diverso da quello omonimo ex l. 604 e ex art. 7 l. 300¹⁰.

⁶L'espressa abrogazione da parte del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 art. 85 comma 1 lett. C) dell'intera legge 23 ottobre 1960 n. 1369 non priva di interesse pratico la questione; le interposizioni illecite verificatesi prima dell'entrata in vigore della norma citata, infatti, hanno già prodotto l'effetto di sostituzione di cui alla legge 1369/1960 art. 1.

⁷Va osservato che si omette ogni riferimento all'organizzazione dell'interponente, in quanto di essa è in premessa esclusa l'esistenza o la rilevanza per il fatto di avere affermato la esistenza di una fattispecie vietata. In tal senso Cass. S.U. 21 marzo 1997 n. 2517, in Mass. Giur. Lav. 1997, 851 con nota parzialmente adesiva di CARMALLERI e in Riv. It. dir. lav. 1997, II, 705 con nota critica di CARINCI M.T. Nella sentenza citata la qualificazione del licenziamento è affidata alla dubbia categoria dell'inesistenza giuridica. Va però osservato che, al di là della locuzione "giuridicamente inesistente" adoperata dalle SU, il ragionamento da esse adottato si basa sulla mancanza del potere di licenziare in testa all'interponente, quale effetto di incompetenza rispetto al rapporto di lavoro, cioè della mancanza della legittimazione nel senso accolto nel testo al par. 1.4

⁸Sul punto cfr. Cass. 14 giugno 1999 n. 5901, Mass. Giur. Lav. 1999, 1321 e ivi CARMALLERI, *Sulla responsabilità contributiva dell'interposto la cassazione muta orientamento*, p. 1324, che esclude l'invocabilità dei principi di apparenza e di affidamento per fondare un responsabilità contrattuale dell'interposto (fondata sul rapporto di lavoro apparente).

⁹Sul profilo dell'inefficacia PETRUCCI, *Inefficacia del licenziamento intimato dal datore di lavoro interposto*, Dir. lav. 1999, II, 489

¹⁰Nel senso di Corte Costituzionale 30 novembre 1982 n. 204 -[in Foro it. 1982, I,

L'unico momento rilevante è la condotta materiale dell'interponente, espressione del potere direttivo.

Solo ove sia stata accertata una condotta espulsiva positivamente realizzata (cioè un licenziamento orale) potrà discutersi di applicabilità delle norme sui licenziamenti; anzi, dovrà affermarsi l'applicabilità *tout court* della disciplina, distinguendosi tra art. 2 l. 604 *sic et simpliciter* e artt. 2/604 – 18/300, in considerazione dei presupposti dimensionali e soggettivi di applicabilità di tale ultima disciplina.

Mentre in mancanza (della prova) della volontà espulsiva dell'interponente non ci sarà licenziamento, nemmeno orale, al quale applicare la disciplina speciale e le conseguenze, in questo caso, avranno l'effetto di una sospensione del rapporto¹¹.

Qui si deve escludere che il licenziamento intimato dall'interposto (ancorché per iscritto e motivatamente), in assenza di un atto scritto dell'interponente, debba essere impugnato nel termine di decadenza ex art. 6 l. 604¹². Non altrettanto, invece, ove, oltre al licenziamento dell'interposto, ve ne sia anche uno dell'interponente, come per esempio accade in talune fattispecie di distacco.¹³

In conclusione, l'insussistenza dell'onere di impugnazione nella fattispecie interpositoria è una naturale conseguenza del difetto di legittimazione; non vi è un atto scritto dal quale inizi a decorrere il termine di cui all'art. 6 l. 604/66¹⁴.

2981 e 1983, I, 854; Giur. it. 1983, I, 1, 1040; Mass. Giur. lav. 1982, 555 e 757; Giust. civ. 1983, I, 15; Dir. lav. 1982, II, 401; Riv. giur. lav. 1982, II, 505; Rass. avv. Stato 1982, I, 904; Riv. it. dir. lav. 1983, II, 214; con vari commenti]- e di fondamento logico della colà affermata sua *vis expansiva*.

¹¹Effetto in tutto e per tutto assimilabile a quello che si verifica tutte le volte che il datore di lavoro e il lavoratore falliscono la rispettiva prova dell'esistenza dell'atto estintivo o del mutuo consenso risolutore.

¹²È da segnalare che in passato in giurisprudenza - Cass. 18 giugno 1985 n. 3686 Mass. Giur. Lav. 1985, 452; Cass. 5 giugno 1991 n. 6385, Riv. Giur. Lav. 1991, II, 456 - la questione dell'impugnazione ha avuto soluzioni contrastanti: nel senso che il licenziamento (anche orale) andava in ogni caso impugnato, ovvero che, in difetto di impugnazione del licenziamento intimato dal non legittimato, andava impugnata la novazione legale del rapporto nel medesimo termine. Sotto entrambe le prospettive la ricostruzione sconta un palese errore di impostazione. Essa, infatti, o sottopone l'azione di accertamento (dell'interposizione) a un termine decadenziale che non è previsto da nessuna norma, ovvero attribuisce al licenziamento dell'interposto, che è un terzo rispetto al rapporto sostostante, un'efficacia che non può avere e la cui portata resta in ogni caso assai dubbia.

¹³CARINCI M.T., op. loc. ult. cit., specificamente Id. *Sulla distinzione tra distacco lecito e interposizione: ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante?* Riv. it. dir. lav., 2001, II, 407,

¹⁴Come sarà avanti chiarito - al par. 4.7 e ss. - non si tratta di applicabilità dell'onere

Andrà dunque esclusa sotto ogni profilo l'opponibilità al lavoratore dell'atto dell'interposto¹⁵.

2.3 Segue: interposizione vietata, licenziamento e art. 27 comma 2 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, rinvio.

I risultati raggiunti nel precedente paragrafo sono destinati a essere sovvertiti dall'art. 27 comma 2 del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 a proposito della somministrazione di lavoro, a tempo indeterminato e determinato, e dell'appalto (genuino o non) di manodopera. Fattispecie che dovrebbe sostituire tanto la disciplina del lavoro interinale quanto per intero quella del divieto di interposizione ex l. 1369/960.

In forza dell'art. 27 comma 2 del d. lgs. 276/2003 tutti gli atti e i pagamenti effettuati dal somministratore durante tutto il tempo in cui la somministrazione è stata illecita si intendono compiuti dall'utilizzatore.

L'espressione del testo legislativo chiaramente, anche se di difficile sistemazione dogmatica, denota l'intento del legislatore. La scelta è quella di: evidenziare la non intrinseca illiceità del *merchandise du travail*; non attribuire particolare rilevanza alla certa individuazione del datore di lavoro; destrutturare definitivamente e pesantemente il contratto di lavoro e soprattutto il concetto di lavoro umano nell'accezione barassiana¹⁶ generalmente accolta.

La scelta dell'azione costitutiva (in cui l'unico legittimato appare il lavoratore) è opzione chiara: si tratti di un'azione di un soggetto a tutela di un proprio bene patrimoniale destinato alla circolazione - in altri termini di un'azione del titolare (o più brutalmente del proprietario del bene) del lavoro - invece che di un'azione a tutela dei diritti del Lavoratore.

Così, la forma di tutela diventa irrilevante a vantaggio della tutela del valore/prezzo. In termini, concreti e applicativi, nulla di più dell'estensione, al lato attivo, della già prevista solidarietà passiva e ciò indubbiamente affievolisce la posizione del creditore lavoratore.

Non è questa la sede per esaminare l'impatto della nuova disciplina.

di impugnazione, ma di *dies a quo* della decorrenza del termine di impugnazione, con tutte le implicazioni applicative.

¹⁵Sul punto v. CARINCI M.T. e con diversa prospettiva CAMMALLERI, cit., ID., *Osservazioni minime sul rapporto tra azione diretta ex art. 1676 c.c. e litisconsorzio* in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > dottrina > cerca > cammalleri 1676

¹⁶BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901, ristampa anastatica a cura di NAPOLI, Milano 2003 p. 107 *et passim* -

Ciò che rileva, a tutta prima, è che la scelta dell'azione costitutiva apra non pochi problemi in ordine alla valutazione degli atti (compreso il licenziamento) compiuti dal somministratore ma riferibili, per espresso dettato normativo, *ex post*, all'utilizzatore.¹⁷

Ciò parrebbe, per esempio, escludere nei confronti dei terzi (ad esempio l'INPS) la costituzione del rapporto in testa all'utilizzatore fino al passaggio in giudicato della sentenza che accerta l'illiceità della somministrazione.

2.4 Falsus procurator datoris e interposizione: il problema degli effetti della ratifica.

L'esatto inquadramento di queste fattispecie è essenziale per un esame critico della teoria che rinviene l'illegittimità nella carenza di potere e tuttavia da essa ne fa derivare l'efficacia dell'atto posto in essere nella ricorrenza di tale fattispecie viziante¹⁸.

Specialmente nelle organizzazioni complesse, o semplicemente nelle società, in cui i poteri dispositivi siano distribuiti o delegati a più soggetti o riservati alla competenza di organi collegiali, la legittimazione deriva dall'esistenza del potere rappresentativo in testa all'agente.

La fattispecie è diversa, solo esteriormente, da quella testé esaminata (nella quale il non legittimato agisce come datore di lavoro senza esserlo) giacché, essendo relativa alla figura del *falsus procurator* o della situazione in cui si realizzi l'apparenza della posizione datoriale, essa attiene come la prima, alla legittimazione.

Qui il licenziamento intimato dal falso rappresentante, ancorché perfetto e integro negli elementi costitutivi¹⁹, sarà inefficace per difetto di legittimazione; l'unica differenza con la deficienza di legittimazione dell'interposto, è che qui il rappresentante, pur agendo in mancanza o in eccesso di potere o in conflitto di interesse, agisce in nome e per conto del datore di lavoro effettivo; in nome e per conto, cioè, del legittimato diretto (anche se non ha il potere per farlo).

Non in nome e per conto proprio – quantunque *inutiliter* – come nell'interposizione.

La differenza sostanziale tra interposizione e vizio della rappresentanza

¹⁷Potrebbe ipotizzarsi una rappresentanza legale o meglio una più propriamente probabile tipizzazione di *negotiorum gestio*.

¹⁸*Infra*, a proposito del vizio di forma del licenziamento disciplinare nell'area debole, par. 5.7.

¹⁹*Contra* MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino 1980 p. 394 reputa nullo l'atto del falso rappresentante.

è che in questo caso il licenziamento è sottoposto alla condizione sospensiva legale della ratifica, anche con comportamenti concludenti²⁰. Possibilità che deve ritenersi incompatibile²¹ con l'assenza di *contemplatio domini* della fattispecie interpositoria²².

Più complessa è, invece, la questione dell'efficacia retroattiva della ratifica e delle implicazioni di tale retroattività con la decorrenza del termine per le comunicazioni di cessazione del rapporto agli enti di previdenza, per la presentazione della domanda di disoccupazione, e soprattutto, questione di non poco momento, con i termini previsti dall'art. 2 e dall'art. 6 della legge 604.

La questione, probabilmente per marginalità dei casi di concreta applicazione²³, non è stata oggetto di sistemazione e nei rari casi in cui la

²⁰BIANCA, *Il contratto*, cit.

²¹In effetti da parte della più risalente dottrina si è dubitato della compatibilità della ratifica con gli atti unilaterali, per via del fatto che il destinatario dell'atto resterebbe assoggettato ingiustificatamente all'incertezza di una decisione della quale egli non è partecipe. Così CARRESI, *In tema di difetto e di abuso di rappresentanza*, Riv. Dir. comm. 1951, I, 211, Id., *Il contratto*, tratt. dir. civ. CICU - MESSINEO vol. XXI t. 2 Milano 1987, p. 18ss., DEPRETIS, *Sulla ratifica della diffida ad adempiere intimata da falsus procurator*, (nota Cass. 23 febbraio 1981 n. 1091) in Foro it. 1981, I 1988. In contrario si è però obiettato – BIANCA, *Il contratto*, pag. 113 – che la ratifica non espone il destinatario a effetti giuridici diversi da quelli dell'atto ratificato, mentre il pregiudizio può derivargli dalla retroattività della ratifica; retroattività che però l'insigne Maestro esclude; sul punto cfr. comunque *infra* nel testo.

²²BIANCA, op. cit., p. 94 il quale precisa che in difetto della esternazione del potere rappresentativo, la fattispecie sarebbe quella del mandato senza rappresentanza. In tale fattispecie il mandatario agisce e risponde in nome proprio, salvo il dovere contrattuale di trasferire al mandante quanto acquistato nell'esecuzione del mandato. Figura evidentemente incompatibile nel sistema giuslavoristico, giacché si realizzerebbe una sostituzione soggettiva esattamente uguale a quella vietata. Ciò è perfettamente possibile nella nuova disciplina della somministrazione di lavoro (decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276 art. 27 comma 2).

²³In tal senso Cass. 24 novembre 1997 n. 11733, per la quale «Nei casi in cui proviene dal *falsus procurator*, il licenziamento intimato al lavoratore può, quale atto unilaterale di natura negoziale, essere ratificato (con effetto retroattivo) dal soggetto interessato, ai sensi dell'art. 1339 c.c., applicabile anche agli atti unilaterali, sempre che la ratifica sia fatta nelle stesse forme prescritte per l'atto ratificato e quindi in forma scritta laddove per quell'atto (come in generale per il licenziamento in caso di applicabilità della l. 604 del 1966) occorra tale forma *ad substantiam*.» Ancora più oltre si spinge Pret. Mantova 7 febbraio 1997, *Giur Merito* 1997, 936 con nota di DANZA, in un caso abbastanza particolare di trasferimento di azienda, per la quale «In caso di licenziamento mediante recesso esercitato dal *falsus procurator*, ove datore di lavoro sia una società, la ratifica può avvenire anche mediante l'atto di costituzione del legale rappresentante nel giudizio di impugnazione promosso dal lavoratore, purché emerga inequivocabilmente la volontà del medesimo di far propri gli effetti della dichiarazione negoziale resa dal soggetto non legittimato ad intimare il licenziamento. Tale potere non spetta tuttavia alla società cui

giurisprudenza se ne è occupata ne ha ritenuto sia l'ammissibilità, sia la retroattività nei confronti del lavoratore.

Tale orientamento giurisprudenziale si pone in palese contrasto logico con l'altro pacifico orientamento che ammette la ratifica dell'impugnazione del licenziamento solo ove la stessa giunga a conoscenza del datore di lavoro nel termine di decadenza ex art. 6 l. 604²⁴.

La posizione appare molto poco ponderata e niente affatto condivisibile sotto l'aspetto dell'efficacia retroattiva nei confronti del lavoratore.

Deve essere osservato con la migliore dottrina²⁵ che la retroattività della ratifica ai sensi dell'art. 1339 comma 2 c.c. vale solo tra le parti e non in pregiudizio dei terzi.

Nel caso degli atti unilaterali – massimamente quando questi sono atti di esercizio di un potere – il destinatario dell'effetto dell'atto, in questo caso il lavoratore, è sempre terzo rispetto all'atto ratificato e nei suoi confronti la ratifica non può avere efficacia retroattiva²⁶.

La gravità degli effetti pregiudizievoli che la retroattività produrrebbe in testa al lavoratore incolpevole, induce a un'analisi più approfondita dell'orientamento.²⁷

L'equivoco riposa tutto nella immeritata fortuna che ha avuto la pro-

l'originaria datrice di lavoro abbia conferito il proprio patrimonio aziendale e la totalità dei rapporti giuridici in essere senza che da ciò sia derivata la sua estinzione per fusione o incorporazione.» La fattispecie, così delineata, dovrebbe essere più correttamente inquadrata nell'istituto dell'autorizzazione costitutiva – sulla quale cfr. AURICCHIO, voce: *Autorizzazione (dir. privato)*, Enc. Dir. Milano 1959 p. 502 e pp. 506 ss.- che non nell'istituto della ratifica. Nel senso dell'irrelevanza del difetto di legittimazione e dell'ammissibilità della ratifica retroattiva anche Trib. Palermo 14 maggio 2004 n. 882 in *tml.it* <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > tribunali > ratifica. Tale ultima decisione è emblematica, sia della scarsa considerazione che il problema della legittimazione ha nella materia, sia dei risultati assurdi a cui si perviene applicando, *tout court*, le norme previste per i contratti agli atti unilaterali.

²⁴*E pluribus* Cass. 20 giugno 2000 n. 8412; Cass. 7 ottobre 1999 n. 11178 in Riv. giur. lav. 2000, II, 339 con nota SANTULLI; Trib. Vercelli, 19 luglio 1983 in Orient. giur. lav. 1984, 337; Trib. Napoli, 6 aprile 1984 in Dir. giur. 1984, 562; Cass. 18 aprile 1995, n. 4337 in Mass. giur. lav. 1995, 398, in Notiziario giur. lav. 1995, 611 e in Orient. giur. lav. 1995, 411.

²⁵BIANCA, *Il Contratto*, pp. 112-114 e ivi note 158, 165 e 167.

²⁶La non retroattività della ratifica nei confronti del destinatario degli effetti dell'atto unilaterale ratificato è del resto condizione indispensabile perché la ratifica stessa possa ritenersi ammissibile, in contrario all'avviso di chi, proprio in funzione degli eventuali effetti retroattivi pregiudizievoli ne escludeva in radice l'ammissibilità. CARRESI, cit.

²⁷Si tratta anche qui di una questione di potere-effetto e dunque di un problema di rilevante peso sistematico nella ricostruzione del sistema dell'inefficacia. Problemi applicativi e logicamente collegati a quello ora in esame saranno esaminati *infra* al par. 4.1 e al par. 5.1.

nuncia della Corte di Cassazione 1733/1969²⁸. Essa basa la sua affermazione di ammissibilità e retroattività della ratifica degli atti unilaterali su un altro precedente²⁹, in materia di disdetta del contratto di locazione, che a sua volta fa proprio un più remoto *obiter dictum* che – isolatamente - aveva ritenuto ammissibile la retroattività della ratifica dell'atto interruttivo della prescrizione³⁰.

Orientamento, codesto, che incontrò dure e fondate critiche della dottrina³¹ e che venne superato dalla successiva giurisprudenza³².

²⁸Riportata in massima alla nota 32

²⁹ Cass. 30 maggio 1995 n. 6075 - in Giust. civ. 1995, I, 2685 con nota di TRIOLA, *In tema di ratifica di licenziamento intimato da falsus procurator* - per cui «Nei casi in cui proviene dal *falsus procurator* la disdetta del contratto di locazione, quale atto unilaterale di natura negoziale, può essere ratificata dal soggetto interessato ai sensi dell'art. 1399 c.c., applicabile in virtù del rinvio contenuto nell'art. 1324 c.c. anche agli atti unilaterali, con effetto retroattivo nei confronti del conduttore il quale non è terzo estraneo al rapporto e non può quindi avvalersi della disposizione del secondo comma dell'art. 1399 c.c. che, facendo salvi i diritti dei terzi, si riferisce solo a soggetti estranei al rapporto tra rappresentante rappresentato e controparte.» Non può sfuggire la pressoché identica stesura della massima con Cass. 11733/1997 riportata alla nota 32. Tuttavia non sembra proprio che la disposizione dell'art. 1399 comma 2 cod. civ. faccia riferimento, oltre che ai rapporti tra rappresentante e rappresentato, anche alla c.d. controparte, come dice la Cassazione.

³⁰ Cass. 5 aprile 1974 n. 969 per cui «La ratifica da parte del *dominus* degli atti compiuti dal *falsus procurator* ha effetto interruttivo *ex tunc* anche per gli atti interruttivi della prescrizione, il quale diviene efficace ed operante in virtù appunto della successiva ratifica».

³¹BIANCA, op. cit. p. 114

³² Cass. 28 ottobre 1978 n. 4934 aveva esattamente avvertito che «poiché, ai sensi del secondo comma dell'art 1399 cod. civ., l'effetto retroattivo della ratifica conferita dall'interessato al rappresentante senza poteri non pregiudica i diritti dei terzi acquisiti prima della ratifica, in caso di riscatto del fondo, esercitato, ai sensi dell'art 8 della legge n. 590 del 1965, dal rappresentante senza poteri del coltivatore (nella specie: dal difensore in giudizio), la ratifica del coltivatore non potrà retroagire, e quindi la dichiarazione di riscatto non acquisterà efficacia, qualora, essendo la ratifica intervenuta dopo il decorso del termine per l'esercizio del riscatto, si sia verificata la decadenza dal relativo diritto, poiché con l'estinzione di questo sorge nell'acquirente del fondo il diritto di impedire la realizzazione del retratto, diritto che non può essere pregiudicato dalla retroattività della ratifica.» cui *adde* Cass. 16 aprile 1991 n. 4046 secondo cui «La ratifica di un atto interruttivo della prescrizione posto in essere dal *falsus procurator* non ha effetto retroattivo ai sensi dell'art. 1399 comma 2 c.c., in quanto a tale atto non avente natura negoziale la disciplina dei contratti non è applicabile né in via diretta né in via analogica, ostandovi la mancanza di *eadem ratio*». In precedenza Cass. 21 maggio 1969 n. 1773 aveva ritenuto interruttivo della prescrizione l'accettazione dell'eredità fatta dal gestore senza rappresentanza, ancorché non ratificato «l'accettazione espressa o tacita di eredità può essere realizzata anche da manifestazione di volontà del gestore, non dotato di poteri rappresentativi, purché le sue iniziative vengano ratificate dall'erede. L'atto del *falsus procurator*, pur non essendo autonomamente idoneo ad inserirsi nella

Va osservato che ritenere il lavoratore³³ intraneo alla fattispecie della disdetta è confondere il piano degli effetti con quello della fattispecie.

L'atto inefficace sottoposto a ratifica non è il contratto di lavoro³⁴ in cui l'intimato è certamente una delle parti.

L'atto inefficace sottoposto a ratifica è, invece, un atto unilaterale, cioè un atto con una sola parte, in cui il destinatario dell'effetto dell'atto unilaterale è l'intimato, e in cui l'effetto consiste nell'estinzione del rapporto sotteso³⁵.

Continuare a sostenere la retroattività degli effetti condurrebbe a sanare la decadenza³⁶ in cui è incorso il datore di lavoro nel comunicare i motivi, ovvero ancor peggio, condurrebbe a determinare essa stessa l'impossibilità di impedire la decadenza ex art. 6 l. 604, ove la ratifica giungesse al lavoratore dopo il termine di sessanta giorni dall'intimazione del licenziamento da parte del *falsus procurator*.

Così facendo si otterrebbe un termine di decadenza mobile e da computare a ritroso; termine di decadenza che, non ancorato a momenti certi sarebbe a volte impossibile impedire (non esiste infatti alcun termine per la ratifica)³⁷. Né in contrario avviso è opinabile che il lavoratore debba comunque impugnare il licenziamento intimato dal *falsus procurator*.

Infatti, essendo pacifico che il termine di decadenza ex art. 6 l. 604 è applicabile esclusivamente alle ipotesi di ingiustificatezza previste dalla

sfera giuridica del rappresentato, non è tuttavia privo di rilevanza giuridica, in quanto fa cessare lo stato di inazione che sta a base della prescrizione e determina la interruzione di questa, ponendo nel nulla il tempo già passato e dando inizio ad un nuovo corso del termine prescrizione. Conseguenza che il termine di prescrizione entro il quale l'erede può efficacemente ratificare gli atti compiuti in suo nome ed interesse dal gestore va calcolato dalla cessazione di tale attività.»

³³Ovvero il conduttore nell'altro precedente di Cassazione - 6075/1995, o ancora qualunque altro soggetto di un rapporto contrattuale, inciso da un atto unilaterale posto in essere (dal *falsus procurator*) della sua controparte contrattuale.

³⁴Ovvero di locazione nel precedente di cui alle note 23 e 29

³⁵Come avvertiva D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova 1979, p. 31; in linea di principio v. Cass. 4934/1978 riportata *in limine* alla nota ; cfr. pure al par. 1.3. Diventa qui evidente il rilievo sistematico del problema.

³⁶Quando la ratifica arrivi a conoscenza del destinatario dopo lo spirare del termine per il compimento dell'atto; lo stesso dicasi per la disdetta rispetto alla scadenza contrattuale. Non diversamente rispetto al termine per chiedere i motivi, o per comunicarli, o per impugnare il licenziamento, o per il decorso del preavviso, o per la presentazione delle domande di indennità di disoccupazione, o (anche, ma non è pacifico) di mobilità.

³⁷Per l'inammissibilità di termini di decadenza di tale fatta, cioè che vengano successivamente a esistenza cfr. Cass. 2 aprile 1999 n. 3175, Mass. Giur. Lav. 1999, 772 ivi con commento di CAMMALLERI, *Rimborso di anticipazioni cigs: decadenza o prescrizione?* pag. 775

stessa legge 604 ed essendo tale licenziamento affetto da inefficacia di diritto comune, non può essere sottoposto al detto termine per farne valere l'inefficacia.

La teoria deve essere rigettata.

Ciò, tuttavia, non comporta l'adesione alla posizione di chi reputa nullo³⁸ il negozio posto in essere dal falso rappresentante. Con conseguente impossibilità di sanatoria, né alla posizione di chi lo reputa una fattispecie incompleta³⁹, a evidenza della quale non potrebbe essere sottoposto a onere di impugnazione un licenziamento che ancora non esiste⁴⁰ e che dunque non può essere efficace.

Ne consegue che essendo la situazione del negozio in attesa di ratifica⁴¹ quella di un negozio la cui efficacia è sottoposta alla condizione legale della ratifica, non può ammettersi la retroattività della stessa quanto al licenziamento.

La confusione del problema della compatibilità della ratifica dell'atto unilaterale con il problema della efficacia retroattiva nei confronti del destinatario dell'atto (che è a tutti gli effetti un terzo) si coglie con evidenza

³⁸BETTI, *Teoria . . .*, pag. 598 (per la nullità relativa), MIRABELLI, op. loc. ult. cit., DE MARTINI A., *Recesso unilaterale dal contratto con rappresentante senza potere*, Riv. Dir. comm. 1955, II, 266

³⁹(Sul codice civile del 1865) GRAZIANI, *La rappresentanza senza procura* in Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia XXXVII 1925 p. 1 per il quale si tratta di una fattispecie a formazione progressiva non ancora perfetta in cui la ratifica rappresenta uno degli elementi costitutivi della fattispecie. (Sul codice civile vigente) FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, Comm. Cod. Civ. Schlesinger Artt. 1372 - 1373 Vol. 1 Milano 1988, p. 314

⁴⁰Vedi Cass. 2 marzo 1999 n. 1757 – in Lav. Giur. 1999, 825 con nota di PIZZOFRATO e in Riv. it. dir. lav. 2000, II, 177 con nota di PELLECCIA - secondo cui ove il lavoratore abbia impugnato il licenziamento – solo minacciatogli – senza che lo stesso gli sia stato ancora comunicato, non è esonerato dall'impugnare, a pena di decadenza, il licenziamento una volta che lo stesso gli sia stato effettivamente intimato e comunicato. Precisa la Corte che essendo la comunicazione, come per tutti gli atti recettizi, elemento di efficacia della fattispecie, l'impugnativa anteriore alla comunicazione formale non aveva oggetto. Nello stesso senso anche Cass. 28 marzo 1997 n. 2835. *Contra* Trib. Livorno 23 dicembre 1983 in Giust. civ. 1984, I, 1288 che ha ammesso l'apponibilità al licenziamento della condizione sospensiva argomentando che «*essendo il licenziamento un atto unilaterale a contenuto patrimoniale a cui sono applicabili ex art. 1324 c.c. le norme che regolano i contratti, deve ritenersi valida l'apposizione al medesimo di una condizione sospensiva in pendenza della quale non possono essere attribuiti i trattamenti economici collegati alla risoluzione del rapporto (nella specie, l'operabilità del licenziamento era stata subordinata all'ipotesi che in sede di appello venisse confermata l'illegittimità di un primo licenziamento in precedenza disposto)*».

⁴¹BIANCA, *Il contratto*, cit. p. 109; *contra*: la giurisprudenza citata nelle note che precedono.

in Cass. 18 novembre 2003 n. 17461⁴², secondo cui *la disciplina dettata dall'art. 1399 c.c. - che prevede la possibilità di ratifica con effetto retroattivo, ma con salvezza dei diritti dei terzi, del contratto concluso da soggetto privo del potere di rappresentanza - è applicabile, in virtù dell'art. 1324 c.c., anche ai negozi unilaterali come il licenziamento. Tuttavia, la illegittimità dell'atto di licenziamento per carenza di potere dell'organo societario che l'ha emanato, rende l'atto inefficace fino all'eventuale ratifica da parte dell'organo legittimamente deliberante, che ha effetto retroattivo sino alla data di emanazione del provvedimento illegittimo, salvo che nel frattempo non sia intervenuta autonoma causa di estinzione del rapporto di lavoro.*

La sentenza, infatti, a un tempo nega e afferma la retroattività. Segnatamente, considera il lavoratore terzo rispetto all'eccesso di potere rappresentativo e alla successiva legittimità della ratifica, negandogli, esattamente, l'interesse ad agire per l'annullamento dell'atto abusivo; affermando la validità ed efficacia degli atti del lavoratore (dimissioni), posti in essere, pendente la ratifica, pone la questione nei termini esatti dell'efficacia dell'atto.

Tuttavia, afferma pure la retroattività della ratifica fino all'emanazione dell'atto illegittimo, ma condizionata dall'esistenza di altra causa di estinzione del rapporto (nella *specie* le dimissioni del lavoratore rassegnate pendente la ratifica).

Il ragionamento della sentenza sconta il vizio di fondo di ritenere applicabili agli atti unilaterali tutte le disposizioni sui contratti omettendo di considerare che l'applicazione deve essere fatta dopo il giudizio di compatibilità; giudizio che esclude in radice che la retroattività possa essere di pregiudizio per i terzi.

Andrebbe ancora aggiunto che la retroattività della ratifica del licenziamento presenta elementi di incompatibilità con l'applicazione dell'art. 2126 c.c., finendo per privare di efficacia *ex tunc* il rapporto di fatto svoltosi tra il licenziamento e la ratifica; effetto che per la norma in questione non si verifica neppure nella ben più grave nullità del contratto di lavoro.

Né può farsi ricorso all'art. 2126 c.c. in senso contrario e cioè come spiegazione dell'ultrattività del rapporto come conseguenza della retroatti-

⁴² (Nella *specie*, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che, da un lato, aveva affermato la illegittimità del licenziamento per carenza di potere del soggetto che lo aveva intimato e, dall'altro, aveva ritenuto l'efficacia immediata del suddetto licenziamento, con conseguente nullità, per mancanza di oggetto, delle dimissioni rassegnate dal lavoratore subito dopo la comunicazione del licenziamento inefficace.)

vità della cessazione dell'efficacia del contratto; ché ciò condurrebbe verso una spirale argomentativa viziosa dalla quale non si esce.

Infatti, già il trasformare un rapporto di lavoro - qual è quello in essere mentre il licenziamento è inefficace - in un rapporto di fatto è un effetto in pregiudizio del terzo.

Se comunque volesse escludersi, per effetto dell'art. 2126 c.c., la sussistenza di pregiudizio in testa al lavoratore, non potrebbe escludersi comunque l'effetto pregiudizievole sul piano della decadenza dall'impugnazione del licenziamento, ratificato successivamente allo spirare del termine di sessanta giorni dall'intimazione.

Ciò dovrebbe tenere alta l'attenzione sulla circostanza che la ratifica retroattiva può valere solo all'interno del contratto.

Lì l'altro contraente ha un evidente interesse alla efficacia del contratto, cosa che è difficile rinvenire nel soggetto che rispetto all'atto unilaterale si trova in una posizione di *pati*.

Il lavoratore, invece, si trova nella medesima posizione del soggetto che subisce l'atto interruttivo della prescrizione da parte di *falsus procurator*. Egli vedrebbe così resuscitato un diritto estinto per effetto, non di un suo atto di volontà quale la rinuncia, ma per effetto della volontà del soggetto contro cui si è estinto il diritto. Effetto che la giurisprudenza - dopo l'unico isolato precedente citato alla nota 30 - ha motivatamente ritenuto non compatibile con le situazioni consolidate (cfr. nota 32).

Al di là della configurazione del licenziamento come atto negoziale o non negoziale⁴³, non può negarsi che l'effetto estintivo del licenziamento non colpisca, alla stessa maniera tutti i soggetti interessati dalla ratifica. Al contrario di come, invece, accade nella ratifica contrattuale. La ratifica dell'atto unilaterale non assolve alla medesima funzione della ratifica contrattuale.

Nell'ipotesi del licenziamento, la retroattività della ratifica si pone come effetto ablativo di situazioni di vantaggio, che diversamente si avrebbero in testa al soggetto contro cui la ratifica è posta. Nell'ipotesi del contratto, invece, la retroattività della ratifica si pone come effetto attributivo di una posizione di vantaggio e ablativo della situazione di svantaggio in cui versa il soggetto nei cui confronti si manifesta la retroattività della ratifica⁴⁴.

⁴³In senso affermativo VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro II*, Padova 2003 III ed. p. 309 e ivi nota (1), in senso negativo Cass. 13 dicembre 1995 n. 12759 che definisce espressamente il licenziamento come diritto potestativo; *contra*: GALGANO, voce: *Negozio giuridico* che però nega in radice che nel codice civile sia rinvenibile la categoria giuridica del negozio giuridico.

⁴⁴Arg. ex art. 1399 comma 3 c.c. il terzo contraente non è infatti liberato dal vincolo contrattuale assunto in pendenza di ratifica se non raggiunge in tale senso un

2.5 La legittimazione nel lavoro domestico: endofamiliare, a favore di terzi, di comunità. Problemi applicativi.

I problemi che concernono il legittimato attivo sono di due ordini. Uno riguarda il caso del lavoro domestico svolto a favore di un intero nucleo familiare. Un altro⁴⁵ riguarda il caso del lavoro domestico a favore di un terzo.

Per il primo ordine, l'individuazione del titolare del rapporto al quale applicare il principio di coincidenza costituisce un «vero e proprio *topos* della letteratura sul tema»⁴⁶ che non ha trovato ancora definitiva sistemazione. La questione ha trovato in dottrina⁴⁷ soluzioni diverse in funzione

accordo con il rappresentante senza poteri. Qui il lavoratore non potrebbe in alcun modo raggiungere alcun accordo con il falso rappresentante che non è una parte di un contratto. Non vi è, insomma, la possibilità del *contrarius consensus* con ulteriore aggravamento della situazione di incertezza e di pregiudizio per il lavoratore, cioè per la parte che subisce l'abuso di potere del *falsus procurator*.

⁴⁵Quello, nuovo terminologicamente, dei cosiddetti “badanti” di persone non autonome ; v. al par. 2.5

⁴⁶Così icasticamente BASENGHI, *Il lavoro domestico*, Comm. del cod. civ. Schlesinger artt. 2240 – 2246, Milano 2000 p. 176

⁴⁷PERSIANI, voce: *Domestici (lavoro domestico)*, Milano 1964 p. 830 e GRANDI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro I Le modificazioni soggettive* Milano 1972 p. 207, nel vigore del vecchio regime di famiglia imputano il rapporto al capo famiglia quale capo della comunità familiare, quantunque il contratto fosse stato stipulato da altro soggetto della famiglia. Successivamente alla riforma, OFFEDDU, *Lavoro domestico*, Tratt. RESCIGNO, vol. XV t. 1, Torino 1986 p. 665s., criticamente rispetto alla posizione della giurisprudenza, ritiene che in forza del nuovo art. 144 c.c. non possa più procedersi alla *factio juris* (così da lui immotivatamente definita), dell'imputazione al capo famiglia, e invece che la titolarità datoriale debba essere riconosciuta a entrambi i coniugi, ovvero alla famiglia nel suo complesso. La soluzione proposta si basa sull'assunta contraddittorietà – cfr. *ibidem* la nota 48 – del risultato cui è pervenuta la giurisprudenza affermando l'estinguibilità per morte del capo famiglia e al contempo la perseguibilità (non novativa) del rapporto per il tacito consenso degli eredi o dei componenti della famiglia non eredi. GRANDI, invece, tornando a occuparsi dell'argomento dopo la novellazione del 1975, - voce: *Modificazioni aziendali nel rapporto di lavoro*, Enc. Giur. Treccani Roma 1988 p. 4 (della voce) - mantiene la ricostruzione, nel senso della imputazione al capo famiglia, che però non è necessariamente il marito. Inoltre, ed è lo spunto di maggiore interesse ai nostri fini, l'A. critica la posizione di chi attribuisce la titolarità al soggetto formalmente stipulante invece che all'effettivo gestore del rapporto. E invero, anche se è stato sottolineato – BASENGHI, op. cit. – che è naturalisticamente impossibile accertare se l'effettivo esercizio di una prerogativa datoriale sia connessa con lo *status* originario di contraente ovvero di devoluzione da parte del titolare, quel che rileva ai fini della sistemazione della legittimazione, non è la difficoltà di accertamento probatorio, ma la compatibilità sistematica del costruito (sul punto comunque si rinvia al testo). BIANCHI D'URSO, voce: *Lavoro domestico*, Enc. Giur. Treccani, Roma 1990 p. 3 (della voce) attribuisce la titolarità in ogni caso a entrambi i coniugi, ovvero aderisce

della sopravvenienza del nuovo diritto di famiglia, mentre la giurisprudenza è rimasta ancorata alla precedente costruzione che imputava al marito la titolarità datoriale – a prescindere dalla materiale stipulazione del contratto – in forza della sua posizione a capo (e legale responsabile) della famiglia⁴⁸.

Nei limiti di pertinenza della trattazione, anche se si tratta di questioni di rango sistematico⁴⁹, si ritiene che la specialità del rapporto e - se si passa l'espressione – la specialità della parte beneficiaria della prestazione, siano elementi sufficienti per sfuggire alle obiezioni che escludono del tutto la plurisoggettività del legittimato⁵⁰ e per escludere⁵¹ che le modificazioni del diritto di famiglia abbiano avuto quel peso sovversivo dell'ordine ricostruttivo che talora gli è stato assegnato⁵².

Pare opportuno prendere le mosse dalla constatazione che il beneficiario dell'utilità della prestazione di lavoro domestico familiare debba essere intesa la famiglia, quale parte complessa – ancorché non soggetto giuridico - costituita dai componenti conviventi e non già il contraente per la sua utilità.

In ciò la famiglia, *rectius*: l'interesse della famiglia, ha un rilievo peculiare niente affatto assimilabile all'interesse dell'impresa. L'una è infatti una comunità di persone, come tale a rilievo assolutamente soggettivo; l'altra è un'organizzazione di fattori della produzione e come tale a rilievo

alla tesi di PERSIANI – op. ult. cit. – circa la imputazione a tutti i beneficiari della prestazione in caso di lavoro domestico non familiare. Da ultimo le suddette posizioni sono state criticamente rivisitate da BASENGHI, *Lavoro ... cit.*, il quale evidenzia la difficile compatibilità sistematica del riconoscimento della titolarità plurisoggettiva del rapporto, sottolineando le difficoltà di imputazione dei poteri datoriali, i quali sono poi fonte di responsabilità civile e penale. Del pari insoddisfacente è per l'a. il riconoscimento di una soggettività giuridica della famiglia alla quale impersonalmente imputare il rapporto, aderendo egli, condivisibilmente, alla costruzione di BIANCA, *Diritto civile 2, La famiglia. Le successioni*, Milano 1989 p. 10, che esclude che la famiglia sia «un ente giuridico e cioè un autonomo centro di imputazione di diritti e doveri.»

⁴⁸ In tal senso Cass. 28 agosto 1980 n. 4980, G. civ. 1981, I, 98 che ha tuttavia ritenuto il rapporto proseguibile dagli eredi mediante la relativa manifestazione di volontà pur espressa per *facta concludentia*. Successivamente alla riforma la giurisprudenza si è adagiata acriticamente sulla predetta massima – espressamente richiamata Cass. 9 giugno 1993 n. 6407, Riv. It. dir. lav. 1994, II, 329 con nota di CONTE – con il temperamento che la titolarità del rapporto viene riconosciuta al contraente effettivo, quantunque moglie.

⁴⁹ Così BASENGHI op. loc. cit. p. 177

⁵⁰ Cfr. *supra* BASENGHI, cit.

⁵¹ È sostanzialmente la posizione di GRANDI, *Le modificazione* (1988), a cui in buona parte si aderisce.

⁵² OFFEDDU, e BIANCHI D'URSO, cit.

assolutamente oggettivo.

Quantunque, perciò, non debbano porsi questioni in ordine all'individuazione del soggetto contraente, resta il fatto che la stipulazione del contratto di lavoro domestico da parte di uno dei componenti della famiglia è sempre riferibile all'interesse (soggettivo dei componenti) della famiglia e non può in alcun modo essere oggettivato e assimilato all'interesse dell'impresa.

La sistemazione giurisprudenziale *ante* novella, infatti, lungi dal ritenere l'imputazione al capo famiglia l'effetto di una *fictio juris*, risolve la questione facendo ricorso a un meccanismo di rappresentanza legale del marito nei rapporti familiari esterni, cioè di uno strumento ordinario di individuazione della legittimazione.

Se, anziché discutere della moglie che abbia assunto il lavoratore domestico, si fosse discusso di un terzo che agiva nell'interesse della famiglia⁵³, la questione avrebbe trovato la medesima soluzione (di imputazione al capo famiglia) per effetto dei meccanismi di rappresentanza legale. La riforma del diritto di famiglia non ha mutato i termini della questione, avendo solo – per tale aspetto naturalmente – equiparato i poteri dei coniugi nella concertazione e nella attuazione dell'indirizzo familiare, istituendo un capo bicefalo.

Ora, per il visto rilievo causale dell'elemento (dell'interesse dei componenti conviventi della) famiglia, l'assunzione del lavoratore domestico rappresenta un atto di attuazione dell'indirizzo familiare, prerogativa che spetta disgiuntamente a ciascun coniuge.

Legittimato, perciò, sarà sempre e solo il contraente, ove lo stesso non abbia agito in rappresentanza di altri soggetti. Così nell'ipotesi in cui l'assunzione sia stata effettuata da un membro incapace (in evidente implicita rappresentanza) della famiglia, l'imputazione del rapporto dovrà essere fatta a chi esercita la potestà, quindi, eventualmente, anche a entrambi i genitori.

Rispetto alla tesi giurisprudenziale, la differenza proposta nella sistemazione della questione, è tutta nella ammissibilità dell'estinzione automatica del rapporto di lavoro domestico per morte del datore di lavoro.

Qui i differenti regimi del diritto di famiglia hanno un peso notevole.

Nella vecchia disciplina l'interesse della famiglia, in ogni suo aspetto, era rappresentato dal marito, al punto, si è visto, che anche la stipulazione del contratto di lavoro domestico familiare, da parte di soggetto capace

⁵³Ed è precisamente il caso esaminato dalla Cassazione 6407/1993 cit. in cui vi era un tutore che agiva in forza di *negotiorum gestio* rappresentativa; e l'eventuale esistenza di tale rappresentanza fu la ragione della cassazione con rinvio della sentenza di merito.

legalmente, andava imputata al capo famiglia, essendo egli l'unico rappresentante e attuatore dell'interesse della famiglia. Coticché, interesse del marito e interesse della famiglia dovevano in ogni caso essere un'unica cosa. La morte del capofamiglia non poteva che determinare l'estinzione del contratto, essendosi anche estinto l'interesse della famiglia facente capo al soggetto deceduto. Trattandosi di contratto personale, andando in diverso avviso, l'eventuale continuazione, con il nuovo capo, avrebbe comportato l'ammissibilità della successione in un contratto personale.

Con la riforma, l'interesse personale del contraente non coincide con il suo personale (o meglio con la sua visione dello) interesse, né egli è l'unico soggetto che può attuarlo. L'interesse della famiglia in quanto effetto della concertazione tra i coniugi (art. 144 c.c.), sopravvive alla morte del contraente e può essere attuato, *iure proprio*, dall'altro coniuge⁵⁴. La morte non è più causa di estinzione automatica, perché non porta più con sé l'interesse al mantenimento del vincolo, non più personale ma familiare.

La preminenza dell'interesse familiare, nella caratterizzazione del rapporto, fa sì che in esso debba riconoscersi un'ulteriore deviazione rispetto alle regole ordinarie. E segnatamente in punto di esercizio del potere direttivo⁵⁵. Sotto tale profilo, infatti, vengono in rilievo le maggiori differenze tra *l'interesse della famiglia* - ragione di specialità causale del tipo - e *l'interesse dell'impresa* - ragione di ordinarietà causale del tipo (ma a sua volta ragione di specialità causale del tipo contrattuale rispetto agli altri contratti di durata)⁵⁶.

L'interesse dell'impresa appartiene all'imprenditore, il quale solo è titolare della sua attuazione, con la conseguenza che, per via della strutturazione gerarchica, i poteri degli altri soggetti dell'impresa sono sempre derivati, irrilevante restando che l'esercizio del potere si oggettivi nell'organizzazione⁵⁷.

⁵⁴In dissenso parziale da BASENGHI, si ritiene che la disposizione dell'art. 36 del C.C.N.L. del personale domestico - laddove indica come giustificato motivo il recesso in caso di morte - voglia solo attribuire al prestatore di lavoro l'indennità di preavviso, ed escludere che i familiari superstiti possano valersi dell'estinzione automatica, e ciò in una prospettiva ribaltata rispetto all'assegnazione ai superstiti del diritto di continuazione, posto che non vi sarebbe motivo per escluderla in caso di accordo tra le parti. Il rapporto insomma è retto dalla persistenza dell'interesse familiare, salva la possibilità da parte del superstite di effettuare - quale autonomo atto di indirizzo della vita familiare - una nuova valutazione e recedere dal rapporto.

⁵⁵Per i rif. bibliografici sull'argomento v. specificamente gli autori citati al par. 5.9

⁵⁶La questione della individuazione degli interessi protetti tornerà in rilievo a proposito della legittimazione nella p.a.. *Infra* al par. 2.6

⁵⁷PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova 1966; MENGONI, *Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana*, in Riv. Soc. 1965, 675 ss; da ultimo:

La realizzazione dell'interesse della famiglia, invece, coincide con gli interessi contingenti (e al limite, anche confliggenti) dei componenti della stessa.

Gli interessi della famiglia, che la prestazione di lavoro domestico realizza, non sono oggettivabili in una *organizzazione familiare* ma sono funzionali ai bisogni dei componenti della famiglia; bisogni o interessi che sono espressi individualmente da ogni componente, ancorché di utilità per gli altri, secondo il modo di vedere di ciascuno, non vincolato (almeno rispetto al prestatore di lavoro) da rapporti gerarchici⁵⁸.

La conseguenza è che la possibilità di eterodirezione (materiale) della prestazione del lavoratore domestico deve essere riconosciuta a ogni componente, in qualità di membro della famiglia, non come atto di esercizio di potere delegato da parte del contraente, ma come elemento di svolgimento funzionale della causa concreta⁵⁹ del contratto.

Ai componenti della famiglia pare, perciò, che debbano riconoscersi i poteri tipici del datore di lavoro di gestione del rapporto, *in primis* il potere direttivo, quantunque parte formale del contratto sia stato solo uno dei componenti di questa o qualora all'amministrazione del rapporto provveda, in via di fatto, uno solo dei componenti della stessa.

Conferma di tale particolare atteggiarsi del potere direttivo viene dall'art. 6 comma 1 prima alinea della l. 339/58 che impone al prestatore di lavoro domestico di seguire le disposizioni impartite *dai datori* di lavoro; non altrettale forma plurale è prevista nella descrizione dei doveri del datore di lavoro.

La contestuale distinzione plurale singolare prevista nell'art. 6 comma 1 l. 339/1958, si ritiene, non è elemento letterale così pregnante da essere determinante per affermare che "datori di lavoro" si riferisca a più soggetti di "distinti rapporti" con lo stesso lavoratore. Quale conseguenza cioè della possibilità di applicare la legge a rapporti di durata di almeno quattro ore giornaliere.

In contrario può osservarsi che nell'ipotesi di un lavoratore con più rapporti di lavoro (*lavoratore part time ante litteram*) ogni rapporto rile-

CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Teramo 2003, relazione in http://www.aidlass.org/at-tivita/convegni/conv_2003.htm; MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, ibidem; GARILLI, *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, ibidem.

⁵⁸Gli interessi dei componenti minori si devono intendere tutelabili e realizzabili solo in quanto autorizzati – anche implicitamente – dal genitore.

⁵⁹BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 425.

verebbe per sé tra *un* datore di lavoro e *un* lavoratore. Del resto nell'alinea in questione il riferimento al plurale è formulato subito dopo avere disposto che il lavoratore deve soddisfare l'interesse e le necessità della famiglia (singolare), seguendo (per soddisfare le necessità della famiglia per la quale lavora) le indicazioni dei datori di lavoro (plurale). Va osservato che la legge, ben anteriore al 1975, non è escluso che avesse voluto (in deroga al codice civile) attribuire all'interno della famiglia poteri che i componenti, essendo assoggettati all'autorità maritale, non avevano.

Cosicché, anche da tale scollamento, pare potersi affermare che, in tale speciale rapporto, l'adempimento delle obbligazioni datoriali tipiche è soddisfatto dal contraente effettivamente legittimato.

Al contrario, l'esercizio dei poteri di gestione ordinaria è facoltà destinata a essere esercitata parcellarmente da ognuno dei componenti (almeno maggiorenni) della famiglia. Soggetti che possono essere, come non possono essere, titolari del potere di attuazione dell'indirizzo familiare.

Viceversa si osserva: il potere dispositivo del rapporto fa da *pendant* a quello costitutivo; da esso derivano obbligazioni datoriali diverse da quella principale della retribuzione o comunque obbligazioni non connesse al materiale svolgimento della prestazione. Perciò il potere dispositivo è da riconoscersi solo nei titolari dell'attuazione dell'indirizzo familiare, del quale il contratto di lavoro domestico è strumento di attuazione.

Mette conto precisare che gli eventuali dissensi endofamiliari non potranno incidere sulla legittimazione a licenziare, giacché rispetto al terzo, gli atti di attuazione dell'indirizzo familiare sono efficacemente adottati da uno solo dei coniugi.

Conclusivamente, il licenziamento dovrà ritenersi efficace anche se intimato dal contraente che non ha stipulato il contratto.

*

Diverso è il caso dell'assunzione a favore di terzi (il caso degli assistenti⁶⁰) in cui la famiglia, in senso stretto, non è destinataria della prestazione (ma mera occasione o *loci laboris*,) che è, e resta, rivolta a favore del soggetto accudito; medesimi sono i criteri direttivi per l'individuazione del legittimato.

In tale contesto bisogna distinguere: il caso della persona accudita capace di intendere e di volere, convivente o non, con il familiare contraente e il caso della persona accudita incapace di intendere e di volere.

Nel caso di convivenza, ove il prestatore di lavoro domestico sia addetto al servizio esclusivo dell'infermo capace di intendere e di volere, non pare

⁶⁰O, con bruttissimo e dubbio neologismo, c.d. badanti

che la convivenza con gli altri familiari possa essere di alcun rilievo; né ci possono essere dubbi nel riconoscere la legittimazione datoriale all'accudito in via esclusiva.

Conseguentemente si devono escludere, in testa agli altri familiari, diritti e obblighi derivanti dall'essere conviventi o coniugi. Ciò, anche se il contratto sia stato stipulato (o meglio le trattative siano state condotte) dal familiare non accudito, dovendosi assimilare tale rapporto a quello del datore di lavoro domestico *single*.

Nel caso in cui l'infermo non sia capace di intendere e di volere e la prestazione abbia ad oggetto esclusivo la sua cura, bisogna distinguere l'ipotesi della convivenza con il familiare che ha proceduto all'assunzione dall'ipotesi della dimora esterna.

Laddove vi sia convivenza, dunque, rileva solo l'esclusione in testa all'accudito (in ragione del suo stato di incapacità) di qualsiasi legittimazione e potere direttivo speciale, ma la prestazione resterà comunque rivolta alla soddisfazione *dell'interesse della famiglia*.

La polarizzazione dell'attività verso la cura di una sola persona rileverà unicamente come concreto esercizio di potere direttivo e oggetto della prestazione.

Il rapporto, perciò, andrà in tutto e per tutto assimilato al rapporto di lavoro domestico endofamiliare, con il conseguente riconoscimento della legittimazione datoriale ai coniugi, se ci sono.

Quando invece occorrono la mancanza di convivenza e la incapacità del soggetto accudito la legittimazione datoriale sarà esclusivamente del soggetto che ha stipulato il contratto. È necessaria comunque la relazione parentale o di *affectio* tra l'accudito e il contraente. Relazione che vale a escludere che l'intervento possa cadere *tout court* in una fattispecie interpositoria.

La prestazione non è intesa ad assicurare l'interesse della famiglia del contraente medesimo, piuttosto un suo interesse personale ancorché latamente familistico. L'interesse può consistere nel manlevare il contraente da un obbligo di assistenza giuridico o morale.

E, dunque, in definitiva il potere di licenziare sarà solo del contraente.

V'è un'ulteriore fattispecie che rileva al fine di individuare la legittimazione: quella in cui l'accudito sia non dimorante e tuttavia, ancorché infermo o solo bisognoso di cure, capace di intendere e di volere.

In questa ipotesi la legittimazione deve riconoscersi in testa all'effettivo titolare del rapporto; senza che la difficoltà di individuazione dal punto di vista probatorio possa mutare gli aspetti ricostruttivi.

Il contratto può essere a favore del terzo (anche quello di lavoro⁶¹); il terzo dirige la prestazione in forza di un potere derivato, lasciando la legittimazione al solo stipulante.

Tale situazione dovrebbe riconoscersi sussistente in tutte le ipotesi, in cui il potere direttivo venga esercitato sia dall'accudito sia dal contraente. A nulla rilevando l'ampiezza di poteri in testa all'uno e all'altro, essendo sufficiente che esso non sia mancante del tutto in testa all'accudito.

Altra ipotesi, invece, è quella in cui il contraente, che non conservi interesse alla prestazione presso altri, sia stato esautorato, ovvero abbia del tutto abdicato ai poteri datoriali e questi siano esercitati, in via esclusiva, dalla persona accudita. Si ritiene che la fattispecie evidenzi un fenomeno interpositorio, almeno fino a quando il contraente, pur non esercitando di fatto nessun potere, continua a comportarsi come datore di lavoro (formale).

Ove, invece, il contraente si sia limitato alla stipulazione del contratto e alla gestione dello stesso con gli enti e l'accudito assume gli obblighi nascenti dal contratto di lavoro, si ritiene che al contraente non debba riconoscersi alcuna legittimazione primaria.

La fattispecie in forza della quale lo stipulante agisce deve essere sussunta nella rappresentanza; in difetto della quale (per esempio mandato senza rappresentanza) si cadrebbe nel divieto di interposizione. Ovviamente, anche in questo caso, sempre che il contraente non abbia un interesse al vincolo⁶².

⁶¹Cass. 24 maggio 1985 n. 3162 in Mass. Giur. Lav. 1985, 283; CAMMALLERI, *Un "nuovo tipo" di contratto di lavoro per i dipendenti delle società di reimpiego costituite dalla G.E.P.I. s.p.a. ?*, in L'Istituto di Diritto del Lavoro e della Navigazione della Facoltà di Economia dell'Università di Palermo, Palermo 1992 p. 42 ss.

⁶²Sul punto pare potersi richiamare la giurisprudenza sul distacco, (Cass. 17 gennaio 2001 n. 594, Cass. 16 febbraio 2000 n. 1733, Cass. 2 novembre 1999 n. 12224, Cass. 19 giugno 1999 n. 5721) avvertendosi che la temporaneità dello stesso è qui data dalla durata – anche se in ipotesi molto lunga – dello stato di bisogno del soggetto accudito legato da un vincolo parentale o affettivo con il contraente; in tale senso cfr. Pretura di Milano 29 luglio 1997 in Lav. Giur 1998, 241 (massima) per cui «*La circostanza che un lavoratore subordinato abbia lavorato, fin dal momento della costituzione del rapporto, per un soggetto diverso dal datore di lavoro, inserito nella struttura aziendale del terzo, non è di per sé sufficiente a fondare l'assunto di una illecita interposizione ex art. 1 l. n. 1369 del 1960, risultando pienamente compatibile con il diverso e del tutto lecito schema del comando o distacco per il quale il dipendente di un datore di lavoro viene dislocato presso un altro, con contestuale assoggettamento al potere direttivo ed al controllo di quest'ultimo. Ai fini del comando o distacco è necessaria e sufficiente la sussistenza dei due requisiti: 1) dell'interesse del datore di lavoro distaccante a che il proprio dipendente presti la sua opera a favore di un terzo; 2) della temporaneità, la quale peraltro non implica né una durata più o meno lunga del distacco, né la pre-*

In definitiva, legittimato sarà sempre e solo chi assume la veste sostanziale di datore di lavoro⁶³, normalmente un congiunto prossimo della persona accudita e al quale spetterà la legittimazione al recesso⁶⁴.

In altri termini la legittimazione al recesso è indissolubilmente radicata nel destinatario dell'utilità del lavoro in senso giuridico: cioè nella titolarità (sostanziale) del rapporto di lavoro, che nel lavoro domestico familiare ha modo di estrinsecarsi nella vista maniera⁶⁵. Cosicché la titolarità solo formale del rapporto o la intestazione del contratto, non potrà in alcun caso legittimare al recesso⁶⁶.

*

Diversa è la disciplina della legittimazione nel caso del lavoro domestico prestato a favore di comunità.

Il lavoro domestico non familiare sfugge alla regola dell'interesse della famiglia come caratterizzazione causale del rapporto.

L'applicabilità della normativa speciale è data dall'assimilabilità del

determinazione della durata stessa del distacco, essendo sufficiente che questo duri per il tempo in cui persista, appunto, l'interesse predetto.» E si buon ben aggiungere: *a fortiori* nella fattispecie considerata. Sul punto, comunque, assumerà rilievo la concreta applicazione delle disposizioni del d. lgs. 276/2003 (che agli artt. 29 e 30 paiono codificare detta fattispecie) e, in relazione alle scelte contrattualcollettive, la disposizione dell'art. 20 lett. I).

⁶³Da ultimo, esaustivamente, CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, Milano 2000. v. anche CESSARI, *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*, Milano 1959, per la necessaria coincidenza tra la veste di datore di lavoro e il soggetto che esercita il poter direttivo. In guisa opposta da ultimo ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milano 2004, p. 230; con diversa prospettiva VENEZIANI, *La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti. Un'analisi compart.*, Dir. Lav. Rel. Ind. 1993, 279; Sulla individuazione del legittimato cfr. anche CAMMALLERI, *Divieto di intermediazione e di interposizione nella prestazioni di lavoro. L'infradem legis agere al vaglio delle sezioni unite in un caso di (sopravvenuto illecito) appalto di mano d'opera*, Mass. Giur. Lav. 1997, 862-864, ID., *Sulla responsabilità contributiva dell'interposto la Cassazione muta orientamento*, Mass. Giur. Lav. 1999, 1324s.

⁶⁴È perfino dubitabile che detto rapporto sia sussumibile nella fattispecie del lavoro domestico, laddove la persona accudita non sia convivente con il datore di lavoro; potendo perfino ipotizzarsi una fattispecie di appalto di manodopera. Anche in questa ipotesi la costruzione risentirà dell'interpretazione che passerà in giurisprudenza sull'estensione dell'art. 29 dalla attuazione – di dubbia legittimità costituzionale – dell'art. 84 comma 2 del d.lgs. 276/2003.

⁶⁵V. par. 2.5.

⁶⁶A conclusioni analoghe e non incompatibili a quelle adottate nel testo pare pervenire in ultima istanza BASENGHI, op. cit. p. 183, che pur limitando a uno solo dei componenti – anche in caso di coniugio – la legittimazione datoriale, riconosce ai componenti della famiglia la possibilità di un certo esercizio dei poteri datoriali.

vincolo di *affectio* tra i componenti di una comunità al vincolo di *affectio* tra i componenti di una famiglia.

Il pieno riconoscimento di tale *affectio* fa sì che l'inserimento del lavoratore nella comunità venga considerato alla stessa stregua dell'inserimento del lavoratore nella famiglia *strictu sensu*.

Si estende così l'elemento di giustificazione causale della specialità per *eadem ratio*, pur non essendo affatto certa la sussistenza dei presupposti di tale identità.

La comunità assume la veste di famiglia, *latu sensu* numerosa, al solo fine di consentire la regolamentazione di tali collaborazioni in deroga al tipo generale del contratto di lavoro nell'impresa.

Posto ciò la legittimazione datoriale deve essere individuata, in ragione dell'organizzazione, secondo criteri che conducano all'individuazione di un rappresentante dell'organizzazione, nel cui interesse la prestazione è svolta⁶⁷.

Di tutta evidenza si tratta di interessi oggettivabili e particolari, non lucrativi.

Essi, come l'interesse dell'impresa, fanno capo non ai singoli componenti, ma all'organizzazione.

Ne deriva che l'individuazione del legittimato al licenziamento non segue le regole individuate nei rapporti domestici familiari. Essa deve essere risolta con i criteri ermeneutici valevoli per le altre organizzazioni; secondo cioè le regole dell'organizzazione medesima, al di là delle posizioni nominalistiche presidente direttore rettore etc.

La questione delle conseguenze della mancanza di rappresentanza, quale fonte del difetto di legittimazione, va affrontata alla stessa maniera della questione nell'impresa. Pertanto a tale sede si rinvia⁶⁸.

2.6 La legittimazione al licenziamento nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Profili problematici e lineamenti ricostruttivi.

Il problema dell'individuazione del legittimato al licenziamento nel lavoro pubblico pone interrogativi che, per il rilievo sistematico delle questioni,

⁶⁷In tale senso PERSIANI, op. cit., p. 95, cui *adde* BIANCHI D'URSO, p. 3 (della voce) e BASENGHI p. 182s. citati alla nota. Per il caso in cui sia parcellizzabile la prestazione ovvero non sia individuabile un capo dell'organizzazione, molto convincentemente PERSIANI – op. loc. ult. cit. – propone la responsabilità solidale dei componenti. Cfr. comunque BASENGHI, op. cit. 183.

⁶⁸V. par. 2.7.

meriterebbero una trattazione autonoma, ben più ampia dello spazio che, nell'economia del presente lavoro, gli si potrà dedicare.

Ci si limiterà pertanto all'enucleazione, in chiave problematica, dei soli nodi interpretativi che possano contribuire a completare il quadro ricostruttivo proposto.

Per più ordini di ragioni l'individuazione del soggetto legittimato a recedere dal rapporto di lavoro pubblico, non trova risposta unitaria nel 'capo' (dell'amministrazione).

Il contrario avviene nel rapporto di lavoro privato e come invece, pure, avveniva nel sistema di pubblico impiego⁶⁹.

Sicché il *principio di coincidenza*⁷⁰ si palesa insufficiente all'immediato riconoscimento della legittimazione ordinaria all'interno della struttura organizzativa della p.a.

Infatti, esso è espressione della regola che la legittimazione si radica nella *competenza ad ottenere o a risentire gli effetti giuridici del regolamento di interessi avuto di mira*⁷¹ dall'atto.

L'asserita insufficienza trarrà piena conferma ove si rifletta sui seguenti elementi: la complessità della parte datoriale le lavoro pubblico; la non unicità del soggetto che rappresenta e persegue l'interesse dell'organizzazione; la correlazione tra soddisfacimento dell'interesse suddetto e l'estinzione del rapporto di lavoro.

In teoria, il datore di lavoro è certo la p.a., complessivamente intesa; la legittimazione astratta è coincidente, dunque, con la p.a. stessa, che dispone e risente degli effetti del licenziamento.

In concreto, tuttavia, rispetto al lavoratore, la p.a. non si impersona né esclusivamente nella componente politica, né esclusivamente in quella dirigenziale. Né l'una né l'altra sono immediate destinatarie dell'utilità del lavoro; né sono esponenziali, da sole, dell'interesse pubblico. Al soddisfacimento del quale è, in ultima analisi, volta la prestazione del lavoratore pubblico⁷².

Non si afferma che – dopo la privatizzazione – il fine della prestazione del lavoratore pubblico sia individuabile - immutato - nell'interesse pubblico; ma che, pur essendo immediatamente volto al soddisfacimento del-

⁶⁹Per tutti, esaustivamente, VIRGA, *Il pubblico impiego*, Milano III ed. 1991 cui *adde* ID., *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano IV ed. 2002.

⁷⁰BETTI, p. 226, e quanto, a proposito, sostenuto *supra* al par. 2.1

⁷¹BETTI, op. loc. ult. cit., ciò con particolare riferimento a tutte le fattispecie esaminate in questo capitolo.

⁷²Sul punto da ultimo v. BELLAVISTA, *Fonti del rapporto. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del Lavoro*, comm. CARINCI F., vol. V (Carinci F-Zoppoli L. a cura di) TORINO pp. 71 ss. *specie* 80.

l'interesse gestionale di efficienza ed efficacia, in chiave propriamente privatistica, e pur compenetrandosi con esso, persegue, in forma privatistica, lo scopo – mediato - di soddisfare l'interesse pubblico.

La conseguenza di tale intelaiatura è che la divisione di poteri e di competenze all'interno della organizzazione è una necessità strutturale e ineliminabile. Complessivamente indirizzata ad assicurare l'interesse della p.a.; interesse che si palesa non solo impersonale, ma anche bicefalo⁷³.

In ciò la p.a. datore di lavoro si differenzia profondamente dall'impresa privata. In essa la suddivisione di poteri è attività eventuale, in tutte le sue manifestazioni riconducibile alla volontà dell'imprenditore, cioè del titolare esclusivo dell'interesse dell'impresa.

Alla complessità dell'organizzazione del pur più piccolo ente, il sistema del pubblico impiego dava risposta coerente, considerando la prestazione di lavoro e il lavoratore, non a caso, rispettivamente Amministrazione e Pubblico Impiegato, parti costitutive della stessa pubblica amministrazione⁷⁴.

La scelta del modello contrattuale non ha comportato l'abbandono di quello pubblicistico per il governo dell'attività organizzativa⁷⁵.

Nel sistema di lavoro pubblico privatistico, infatti, l'interesse pubblico viene perseguito separando organizzazione e gestione. La regola di se-

⁷³Su tali temi, anche in chiave evolutiva, cfr. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario, diretta da CARINCI F. e D'ANTONA M. Milano II ed. 2000. pp. 177 e ss., e ivi l'ampia bibliografia, e *Id.* I ed. 1995 pp. 73 ss. Di recente NOVIELLO - TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato* Milano 2002 *specie pp.* 1 ss. e pp. 161 ss.

⁷⁴GIANNINI, voce: *Impiego pubblico* (profili storici e teorici) in *Enc. Dir.* vol. XX Milano 1970, VITTA, *Spunti sul nuovo stato giuridico degli impiegati governativi*, in *Riv. amm.*, 381; SANTANIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Corr. amm.*, 1960, 194; AMORTH, *Lineamenti della organizzazione amministrativa*, Milano 1950, PALEOLOGO voce: *Organizzazione amministrativa*, *Enc. dir.*, vol. 31 Milano 1981 pp. 135 ss., NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')* *Enc. Giur.* Treccani Roma 1990, PASTORI, *La pubblica amministrazione* in AMATO BARBERA (a cura di) pp. 521 ss., CASSESE, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')* *Enc. Giur.* Treccani Roma 1990.

⁷⁵D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, comm. CARINCI e D'ANTONA (diretto da), II ed. Milano 2000, pp. 89 ss.; D'ALESSIO, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, comm. CARINCI (diretto da), Milano 1995 p. 285ss.; TREU, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura*, *Dir. rel. ind.* 1994, 1; ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, *Dir. rel. ind.* 1993, 633.

parazione assume valore fondativo del nuovo assetto ed è presupposto - immanente - di tutta la successiva regolamentazione del rapporto di lavoro.

Qui la coesistenza di modelli, strutture e strumenti, tra loro profondamente diversi, per natura, *ratio* e ispirazione, non è stata, fin dall'origine, accompagnata da una chiara presa di posizione circa la compatibilità di interessi di natura imprenditoriale.

È venuta a mancare quella netta cesura tra atti gestionali e atti organizzativi, in forza della quale si sarebbe potuto affermare sin dal principio che l'interesse pubblico non è l'interesse perseguito, con i poteri del privato imprenditore, dall'attività di gestione. Essa per converso, rappresenta per sé stessa *quomodo* la p.a. persegua l'interesse pubblico⁷⁶.

I poteri propri del datore di lavoro privato diventano fondativi e caratterizzanti il potere gestionale assegnato, dal nuovo quadro normativo - in via esclusiva - alla dirigenza, funzionalmente allo scopo del soddisfacimento dell'interesse pubblico, alla natura pubblica del datore di lavoro e alla natura pubblica degli interessi perseguiti dalla sua organizzazione.

È emblematico della titubanza sia l'iniziale sottrazione dell'alta dirigenza alla privatizzazione, sia più in generale, il susseguirsi di profonde modifiche in un breve volgere di tempo, undici in dieci anni; addirittura "due" privatizzazioni in un solo lustro.

L'impossibilità pratica di un sì radicale e subitaneo mutamento di ruoli e prospettive ha spesso determinato, nella ricostruzione e finanche, a volte, nella disciplina, il prevalere della natura dell'interesse dell'organizzazione su quello della gestione, invece della decisa separazione dei piani.

Ciò, in uno con la preesistenza della struttura organizzativa rispetto a quella gestionale, ha di necessità comportato che la regolamentazione privatistica del rapporto di lavoro si venisse sostituendo a quella pubblicistica, con un processo di infiltrazione nella disciplina pubblicistica, senza rinunciare ad autonome regolamentazioni né a commistioni.

Il prodotto è un sistema di gestione del rapporto non del tutto scevro da incrostazioni o (forse) oggettive necessità pubblicistiche. E ciò è stato probabilmente inevitabile, posto che non basta cambiare nome per cambiare natura⁷⁷ alle cose.

Il risultato finale di tale processo ha inciso sulla struttura del datore di lavoro pubblico, impedendo di risolvere le nuove questioni da esso portate,

⁷⁶cfr. CASSESE, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego* in Dall'Impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni (a cura di Bettini e Cassese), Milano 1997 p. 77 ss. Su questi temi cfr. pure MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità* in comm. CARINCI - D'ANTONA op. cit., pp. 1649 ss.

⁷⁷C. Stato 31 agosto 1992 n. 146, (parere sulla privatizzazione).

mercé il richiamo *tout court* alla 'nuova' disciplina privatistica', ovvero alla 'vecchia disciplina 'pubblicistica'.

Significativamente, la ricerca della legittimazione-competenza al licenziamento, nonostante la natura contrattuale del rapporto, viene ancora chiamata con il suo appellativo, assai poco contrattuale e assai pubblicistico, di competenza.

*

Ciò posto, si può ipotizzare che nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, i criteri di individuazione della legittimazione al licenziamento (o criteri di collegamento tra titolarità del potere e situazione disposta), obbediscano a regole loro proprie che, giustamente, sfuggono sia alla sistemazione privatistica sia a quella pubblicistica, e producono una legittimazione complessa: articolata in un sistema di poteri che partecipa della legittimazione (privatistica) e della competenza (pubblicistica).

Si dissente sul punto dall'impostazione di chi ritiene e affronta il problema della legittimazione contrattuale unicamente con la logica amministrativistica che presidia la disciplina della competenza⁷⁸. L'opzione ricostruttiva, corroborata dal riferimento alla giurisprudenza del consiglio di Stato, non convince laddove colloca sullo stesso piano – per confortarne le decisioni – le posizioni della giurisprudenza ordinaria sulla falsa rappresentanza⁷⁹ con quelle della giurisprudenza amministrativa sull'incompetenza. Ma i due termini non sono confrontabili, non solo in considerazione della critica qui formulata all'erroneo convincimento della Cassazione sulla retroattività della ratifica, posto che la competenza (nel diritto amministrativo) non radica la sua fonte in un rapporto di rappresentanza negoziale.

Per dimostrare l'ipotesi sopra enunciata gioverà enucleare le differenze e le somiglianze con il lavoro privato.

Una prima rilevante differenza risiede in ciò: l'indagine sulla legittimazione non può essere condotta utilizzando esclusivamente il criterio di collegamento ordinario della legittimazione nel rapporto di lavoro privato⁸⁰. Qui, infatti, non si tratta di risalire al soggetto *de facto* titolare del potere direttivo a prescindere dalla struttura organizzativa.

L'indagine all'opposto non può prescindere dalla valutazione della struttura organizzativo-ordinamentale. Deve individuare il titolare del potere direttivo in accordo – sul piano ordinamentale – con le speciali rego-

⁷⁸NOVIELLO - TENORE op. cit. pp. 161 ss., *specie* a pp. 170 e 171.

⁷⁹Per la disamina di tale questione si rinvia al par. 2.3.

⁸⁰Sul punto cfr. le diverse soluzioni ermeneutiche a proposito di interposizione al par. 2.2 e nel par. 2.7 e di lavoro domestico nel par. 2.5.

le di distribuzione della competenza amministrativa all'interno dell'ente pubblico.

L'operazione è diversa affatto da quella che si conduce nel rapporto di lavoro privato, ancorché relativo a strutture assai complesse. In quest'ultima realtà, materiale e giuridica, il potere di licenziare si appartiene, sempre, comunque e unicamente, al datore di lavoro; cosicché la ricerca della legittimazione, in testa a soggetti diversi dal datore di lavoro, costituisce un'indagine sulla rappresentanza⁸¹ e sul suo corretto esercizio.

L'eventuale esistenza di '*norme interne*' che, nel rapporto di lavoro privato, distribuiscano la '*competenza*' a diversi organi o collaboratori, non sarà mai di ostacolo per riconoscere che il datore di lavoro possa autonomamente licenziare o al contrario impedire che i soggetti delegati esercitino il detto potere di licenziamento.

Anche relativamente agli organi societari, la questione della legittimazione, come è stato osservato⁸², si risolve in un problema di rappresentanza, cioè nell'individuazione del contraente, al quale il principio di coincidenza riconosce la legittimazione⁸³.

In ciò, una radicale differenza con il settore pubblico, in cui, come si vedrà di qui a poco, i soggetti titolari del potere di licenziare, sono diversi dal capo dell'amministrazione. Essi ripetono la loro legittimazione direttamente dalla legge - siano o no i contraenti del contratto di lavoro - senza la mediazione della rappresentanza⁸⁴, *rectius*: della rappresentanza negoziale conferita dal capo (dell'amministrazione).

Ciò basta ad escludere che i criteri di collegamento tra soggetto titolare del potere e soggetto destinatario dell'esercizio del potere siano riconducibili alla posizione di capo e, dunque, siano quelli valevoli nel rapporto privato.

All'individuazione dei criteri di collegamento soccorre il richiamo al lavoro domestico e ai risultati ivi raggiunti⁸⁵.

Per quanto codesta fattispecie e il lavoro pubblico possano apparire distanti tra loro, v'è una somiglianza forte che merita di essere segnalata.

⁸¹ *Supra* al par. 1.1 e al par. 2.1.

⁸² *Supra* a pp. 48 e 49 ss.

⁸³ A ulteriore specificazione va evidenziato che l'impostazione non viene revocata dalla rappresentanza legale degli organi societari. Anche in tale ipotesi, infatti, il principio di coincidenza non viene meno; cosicché quando i poteri vengono delegati la questione diventa di rappresentanza, quando non lo vengono la questione rimane di titolarità del contratto di lavoro *a latere datoris*.

⁸⁴ In tale ultima ipotesi il potere originario non deriva dalla titolarità del contratto, così confermandosi, la differenza predicata nel testo.

⁸⁵ *Supra* par. 2.5.

In entrambe le fattispecie l'interesse dell'organizzazione, al cui soddisfacimento è volta la prestazione di lavoro, non coincide con l'interesse dell'impresa, né con la valutazione del suo capo.

In ambo le fattispecie viene in rilievo la natura primaria e non egoistica dell'interesse delle organizzazioni per sé considerate, a loro volta esponenziali di interessi costituzionalmente protetti⁸⁶.

Dunque, se non nel merito dell'individuazione del legittimato, certo, a livello della struttura del criterio di collegamento tra interesse e soggetto attivo, i risultati esegetici raggiunti, a proposito del rapporto di lavoro domestico, potranno trovare utile applicazione nella fattispecie in esame.

Si tratterà, infatti, come nel termine di confronto invocato, di individuare il soggetto titolare dell'interesse soddisfatto dall'atto di cui si cerca il legittimato⁸⁷.

La linea ricostruttiva trarrà conferma dall'analisi della diversificata attribuzione di poteri a più soggetti, in relazione alla natura del licenziamento: organizzativo (economico), disciplinare, del dirigente.

*

Riguardo alla legittimazione ad adottare il recesso non disciplinare, mette conto rilevare che gli artt. 35 e 35 bis del d. lgs. 29/1993 come modificato dall'art. 20 del d. lgs. 80/1998, (ora artt. 33 e 34 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165 – Norme generali sull'Ordinamento del Lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni – di seguito OLPA), sostituiscono integralmente le fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (non inerente alla persona del lavoratore) e del licenziamento collettivo.

La disciplina considerata, in verità, stabilisce la risoluzione automatica del rapporto allo spirare dei termini di disponibilità. Sicché la questione di legittimazione si deve spostare a monte: all'adozione degli atti che prevedono la messa in disponibilità: dalla *causa causata* alla *causa causantis*.

L'attività relativa alle eccedenze si profila come fattispecie complessa: né interamente gestionale, né interamente organizzativa. Essa è conseguente agli aggiornamenti periodici (ex art. 39 comma 1 l. 449/1997) delle dotazioni organiche del personale (ex art. 6 comma 4 del d. lgs. 29/93 come modificato dall'art. 39 del d. lgs. 387/1998, ora art. 6 OLPA);

⁸⁶Il riferimento è ai valori della famiglia e dell'interesse pubblico e perciò agli artt. 29, 97 e 98 della Costituzione.

⁸⁷Sotto tale profilo si evidenzia la contaminazione che l'interesse gestionale subisce da parte dell'interesse organizzativo; infatti, laddove l'esercizio del potere di gestione influenzerà l'organizzazione risentirà di necessità dell'interesse che quest'ultima persegue.

attività eminentemente organizzatoria che costituisce il presupposto della successiva attività gestionale in guisa non diversa da quella di qualsiasi altra attività contrattuale della p.a.

Esaurite le fasi cognitiva e organizzatoria (relative all'adozione delle dotazioni organiche, riservate dalla legge agli organi di vertice dell'amministrazione) non residua in testa all'organo politico altro potere⁸⁸.

La scelta della *struttura concreta* esaurisce l'interesse pubblico; la sua attuazione viene demandata ad atti di gestione esercitabili con i poteri del privato imprenditore.

Cosicché – in presenza di eccedenze risultanti dall'attività organizzatoria sulla dotazione organica del personale e conclamate in seguito all'esaurimento delle procedure gestionali di negoziazione sindacale – la legittimazione ad avviare il procedimento di messa in disponibilità, per i lavoratori non ricollocabili, dovrebbe riconoscersi unicamente in testa al dirigente al quale l'ordinamento dell'ente assegna la *competenza* sulla gestione del personale⁸⁹. Esaurito il biennio di attesa, la risoluzione è ritenuta un effetto automatico dello spirare del termine (Art. 34 comma 4 III periodo OLPA)⁹⁰.

Di tutta evidenza, sussiste in testa al dirigente la legittimazione formale, intesa all'attuazione dell'obiettivo risultante dall'adozione della dotazione organica.

La situazione giuridica sostanziale astratta sottesa al licenziamento è il criterio di collegamento per l'individuazione della legittimazione sostanziale. Il potere di adottare l'atto riorganizzativo della struttura dell'ente (ex art. 2 comma 1 OLPA) spetta al titolare del potere organizzatorio dell'amministrazione⁹¹. Esso è il presupposto indefettibile del procedimento di disponibilità, a sua volta causa dell'eventuale estinzione automatica del rapporto ex 34 comma 4 III periodo OLPA⁹².

Se ne può concludere una legittimazione complessa, ripartita tra amministrazione e dirigenza, secondo la natura organizzatoria o gestionale dell'interesse che il singolo atto del procedimento è inteso a realizzare.

Questa peculiare struttura della pubblica amministrazione datore di

⁸⁸Sulle procedimento di mobilità pubblica, per tutti MAINARDI, *Gestione delle eccedenze di personale e collocamento in disponibilità*, comm. CARINCI - D'ANTONA, cit. pp. 997 ss. e *ivi* ampia letteratura.

⁸⁹L'ufficio del personale e il suo dirigente non sono automaticamente competenti per i licenziamenti disciplinari, come sarà chiarito avanti.

⁹⁰In tale senso v. MAINARDI, op. ult. cit., p. 1022

⁹¹La quale risentirà degli effetti e potrà così disporre in senso contrario ad essi, ad esempio procedendo a nuove assunzioni, ricorrendone i presupposti.

⁹²Secondo la definizione di legittimazione qui accolta; cfr. pp. 43 ss.

lavoro, quale entità in cui gli interessi tipici che il contratto di lavoro è inteso a soddisfare non sono riconducibili in via esclusiva e finale a un unico soggetto, conferma la bontà della tesi che privilegia l'ipotesi dell'interesse come criterio selettivo, rispetto a quello dell'individuazione della natura, solo formalmente, gestionale od organizzativa dell'atto.

Come è stato dimostrato a proposito della legittimazione nel lavoro domestico⁹³ (in cui si manifesta da più risalente tempo un'analogia contitolarietà e dissociazione tra contraente e titolare dell'interesse soddisfatto dal contratto di lavoro), il criterio selettivo per individuare la legittimazione risiede nella autonomia e originarietà della titolarità, ancorché non esclusiva, dell'interesse soddisfatto dal contratto.

La distinzione proposta non è meramente formale, perché ha pesanti riflessi applicativi.

L'individuazione dell'organo, gestionale o politico, deputato ad adottare l'atto, integra una questione di riparto di competenza, all'interno della p.a., in senso squisitamente amministrativistico.

Posta tale distinzione, la legittimazione ordinaria spetterà al capo della funzione, che poi potrà delegarla ad altri soggetti, senza dunque perdere la legittimazione. Ne consegue che all'interno della competenza organizzativa, la delega di funzioni sarà sempre una forma di competenza amministrativa, mentre all'interno della competenza gestionale la delega di funzione (ad operare sul contratto di lavoro) sarà una delega negoziale. Con tutte le conseguenze in tema di sanzioni per i vizi dell'atto nei due ambiti considerati.

Prima di approfondire la questione occorrerà soffermarsi sulla legittimazione al licenziamento disciplinare.

*

L'ambito disciplinare è quello in cui si è manifestato lo scostamento strutturale più grande sia dal p.i. sia dal lavoro privato. È la materia in cui si manifesta evidente la dissociazione tra l'interprete dell'interesse violato dall'autore dalla violazione disciplinare e il destinatario delle conseguenze della violazione.

La separazione di piani che ne consegue non ha cittadinanza nel rapporto di lavoro privato. Essa si colloca alla base sia della iperprocedimentalizzazione disciplinare del p.i.⁹⁴ sia delle deviazioni del procedimento di-

⁹³ *Supra* par. 2.5.

⁹⁴ BATTINI, *Il licenziamento del dipendente nell'impiego pubblico e nell'impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni*, in *Dall'impiego*; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, comm. cod. civ. BUSNELLI cit. sub. Art. 2106 c.c. pp. 443 ss.e ivi ampia bibliografia.

disciplinare del lavoro pubblico privatizzato rispetto a quello alle dipendenze dell'impresa privata⁹⁵.

In quest'ultima, portatore dell'interesse dell'impresa, per quanto oggettivamente debba essere apprezzato e datore di lavoro sono lo stesso soggetto. All'opposto, nel lavoro pubblico, l'interesse dell'amministrazione non coincide con il mutevole vertice politico, né con lo stabile apparato burocratico.

Tanto che, com'è stato perspicuamente segnalato⁹⁶, la minuziosa regolamentazione del procedimento disciplinare nel p.i. e la terzietà dell'organo deputato all'irrogazione della sanzione sono la conseguenza del tentativo (fallito) di oggettivare, a monte, le ipotesi in cui la fiducia (paternale) e l'interesse pubblico, potessero dirsi traditi dal pubblico impiegato, considerato vero e proprio elemento costitutivo dell'amministrazione (organizzazione) stessa.

Tale oggettiva diversità rispetto all'impresa, in assenza dell'opzione per la cesura netta evidenziata *in limine* di paragrafo, e l'esigenza di terzietà della valutazione, non sono venute meno per il solo fatto che sia stato contrattualizzato.

Ne sono conseguiti, pur attenuati dalla semplificazione procedimentale⁹⁷, i medesimi problemi del rapporto di pubblico impiego, che hanno trovato nelle disposizioni degli artt. 54, 55, 56 OLPA (già artt. 58 bis, 59 e 59 bis del d. lgs. 29/1993 e successive modificazioni) le medesime e altresì attenuate soluzioni⁹⁸: almeno dal punto di vista concettuale.

Per l'indagine che si sta conducendo, le disposizioni che rilevano sono segnatamente quelle dell'art. 55 commi 3 e 4, volte alla preventiva (e stabile) individuazione dell'*ufficio competente per i procedimenti disciplinari*.

I problemi relativi alla terzietà dell'ufficio e alle attribuzioni esclusive o non di tale ufficio, ancora controverse, non sono qui significative, in quanto non modificano, quale che sia la risposta agli interrogativi ancora aperti, la legittimazione e le competenze dell'u.c.p.d., comunque individuato e composto.

Le disposizioni richiamate distribuiscono la materia disciplinare (e con-

⁹⁵MISCIONE, op. loc. ult. cit.; MAINARDI, op. loc. ult. cit.; NOVIELLO - TENORE op. loc. ult. cit.

⁹⁶BATTINI, op. loc. ult. cit., *specie ibi* a pag. 41, laddove fa propria la definizione dell'On. BARZILAI a proposito del progetto di Statuto di Giolitti: *dei 27 modi nei quali l'impiegato può perdere l'impiego*.

⁹⁷MISCIONE, op. loc. ult. cit.

⁹⁸Non a caso l'argomento prevalente dell'esame delle norme richiamate riguarda la terzietà dell'organo. Da ultimo per una ricognizione delle diverse posizioni NOVIELLO - TENORE, cit. pp. 165s.

seguentemente quella del licenziamento) su tre livelli, l'un l'altro in equilibrio osmotico: il livello procedimentale, riservato alla legge; quello sostanziale, riservato alla contrattazione collettiva; quello ordinamentale, riservato all'autonomia amministrativa.

Alla contrattazione collettiva spetta di individuare esclusivamente le fattispecie disciplinarmente rilevanti, con le correlative sanzioni, senza possibilità di modificare la struttura procedimentale fissata dalla legge.

Alle singole amministrazioni spetta – a pena dell'impossibilità di esercitare il potere disciplinare per l'applicazione di sanzioni più gravi del rimprovero verbale e della censura – di dotarsi, secondo i propri ordinamenti, dell'u.c.p.d.⁹⁹

Al detto ufficio il comma 4 dell'art. 55 OLPA assegna anche il potere conclusivo di infliggere la sanzione, e dunque in ipotesi di licenziamento disciplinare, il potere di determinare l'estinzione del rapporto.

Nella fattispecie si evidenzia, per differenza con l'ipotesi delle eccedenze, che la scelta estintiva non è conseguenza di una valutazione *ex ante* dell'assetto organizzatorio e della conseguente valutazione di modificarlo. All'opposto è conseguenza della valutazione, *ex post*, di mantenere, allo *statu quo*, la struttura organizzatoria con la quale il lavoratore, incolpato di responsabilità disciplinare, si trova in insanabile contrasto.

Da questo punto di vista la scelta di licenziare o non licenziare, non comporta una preliminare valutazione organizzativa circa il mantenimento in essere della posizione ricoperta dal lavoratore incolpato, ma si pone come atto di gestione del personale, inteso ad attuare e consolidare, con le capacità e i poteri del datore di lavoro privato, gli atti organizzativi già adottati dall'amministrazione.

Se ciò conduce a escludere che nella valutazione della '*gravità della condotta*' vi possa essere una qualche ingerenza dell'amministrazione, non risolve il problema dell'individuazione della coincidenza tra titolare dell'interesse soddisfatto dal licenziamento e soggetto che ha disposto di tale effetto.

Infatti, l'estinzione del rapporto, in seguito al licenziamento disciplinare, determina due problemi ermeneutici: l'uno concernente l'interesse perseguito dal licenziamento; l'altro concernente una situazione organizzativamente rilevante e speculare a quella dell'assunzione.

A differenza che nella procedura di disponibilità, il licenziamento de-

⁹⁹Non è questa la sede per indagare la portata della previsione, a livello legislativo, delle sanzioni del rimprovero verbale e della censura, in assenza della predeterminazione delle fattispecie disciplinari, in relazione alle quali esse possono essere inflitte direttamente dal capo struttura.

termina una vacanza nella dotazione organica e, dunque, è destinato a incidere su di essa.

La decisione di copertura del posto vacante, sia esso conseguente alla modificazione periodica della dotazione organica o a un licenziamento disciplinare, cioè l'indizione del concorso pubblico (o il ricorso al collocamento), resta un atto organizzatorio, sulla cui determinazione ha profondamente inciso l'atto 'gestionale' del licenziamento.

Non può essere obliterato che, nel caso del licenziamento disciplinare (concernente in buona sostanza la menomazione della fiducia) l'interesse pubblico riemerge dal limbo in cui era stato tenuto dalla separazione di organizzazione e gestione, come effetto finale dell'atto medesimo. Nonostante che esso non rilevi quale fine immediato degli atti di gestione con i poteri del privato imprenditore e, dunque, di certo non rilevi come fine immediato¹⁰⁰ nelle sanzioni conservative.

Alla luce di tali considerazioni contrasto devono essere esaminate le disposizioni che individuano le competenze degli organi dell'amministrazione.

Dell'insufficienza del criterio di riparto secondo la natura dell'atto organizzatorio o gestionale si è già detto. Vanno ora esaminate, in particolare sotto il profilo della legittimazione, le norme che riguardano il procedimento disciplinare.

Rileva, innanzitutto, che - come nel settore privato - la regolamentazione delle sanzioni disciplinari e del relativo procedimento, frutto dell'integrazione (qui necessaria) di legge e contratto, non contempla espressamente la fattispecie del licenziamento. È chiaro che non si potrebbe escludere l'applicazione delle norme in questione senza incorrere nella scure della Corte Costituzionale. Ma il problema non è questo.

Esso riguarda la c.d. 'competenza' esclusiva e necessaria dell'*ufficio competente per i procedimenti disciplinari*, al quale la legge (art. 55 OLPA) assegna la competenza generale per tutte le sanzioni più gravi del rimprovero verbale e della censura.

Posto che l'individuazione delle sanzioni è a sua volta materia di competenza esclusiva della contrattazione collettiva, qualora i contratti prevedano tra le sanzioni disciplinari, il licenziamento - come ovviamente accade - la competenza, anche per tale sanzione espulsiva, non potrà essere negata all'u.c.p.d. e la legittimazione al dirigente di tale ufficio.

Infatti, le conseguenze, le interferenze organizzatorie di tale licenziamento e la sussistenza dell'interesse, sono, per così dire, mediate dalla

¹⁰⁰Sul punto BELLAVISTA, op. ult. cit. pp. 89 ss. e 91 ss. .

contrattazione collettiva, attraverso la previsione delle fattispecie, in cui l'interesse pubblico si reputa insanabilmente violato.

Sicché, nel contratto collettivo - e dunque in quello individuale - si consacra la compatibilità degli effetti dell'attività gestionale nella sfera di valutazione propria di quella organizzativa¹⁰¹.

La valutazione dell'interesse organizzativo all'estinzione del rapporto, in presenza dei presupposti dati, è dunque nel contratto: cioè a monte del procedimento.

Per questa ragione non è dato di modificarla unilateralmente.

Apparirà chiaro che, solo nella ricorrenza della previsione della contrattazione collettiva, l'attività finale di licenziare si pone, formalmente e sostanzialmente, come espressione della legittimazione; poiché ripete dal contratto ogni elemento del potere.

L'unità ricostruttiva non si spezza nemmeno nelle ipotesi in cui il licenziamento sia disciplinare solo ontologicamente: quella in cui la valutazione del disvalore della condotta del lavoratore è addirittura nella legge, senza la mediazione del contratto.

Dove, invece, la costruzione entra in crisi è nelle ipotesi di rilevanza disciplinare della condanna penale (ex l. 25 marzo 2001 n. 97) o di altri fatti che, pur essendo irrimediabilmente lesivi del vincolo fiduciario (ex art. 2119 c.c.), non consistono in inadempimenti di obblighi contrattuali. *Id est* di interessi non preventivamente meditati e mediati dal contratto o dalla legge. Ovvero, ancora, nel licenziamento del dirigente in cui la responsabilità dirigenziale e la sua valutazione, hanno rilevanza centrale¹⁰².

Le due questioni, per quanto disomogenee, sono nondimeno interconnesse, proprio con riferimento al problema, qui affrontato, dell'individuazione del soggetto legittimato sostanzialmente al licenziamento; cioè del soggetto a cui è rimessa la valutazione della compatibilità con l'interesse pubblico della permanenza del rapporto. Valutazione estranea, in questa ipotesi, lo si ribadisce, alla mediazione del contratto.

Si tratta di casi in cui la valutazione dell'interesse che soddisfa il rap-

¹⁰¹Si è già evidenziato, in questo paragrafo e più avanti sarà ulteriormente esplicitato, che la valutazione della compatibilità del lavoratore con la p.a. ha pesanti influssi pubblicistici.

¹⁰²BOSACATI, *Verifica dei risultati. La responsabilità dirigenziale*. comm. CARINCI - D'ANTONA, cit. pp. 787 ss. *specie* p. 836 e 838, e autori ivi citati. E nella precedente edizione - con un quadro normativo completamente diverso - D'ORTA, *Verifica dei risultati. La responsabilità dirigenziale*. comm. CARINCI, cit. pp. 491. In generale cfr. le precise osservazioni di D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in Dall'impiego cit. p. 1 ss. *specie* 10.

porto di lavoro, non è volta a dare attuazione a un'attività di gestione ma, al contrario, sustanzia la valutazione della compatibilità con l'organizzazione della p.a. degli effetti contrattuali e del fatto posto a base del procedimento disciplinare.

È di tutta evidenza che la valutazione del disvalore disciplinare (del lavoratore comune) e del disvalore gestionale dirigenziale (del dirigente pubblico) riposano sul medesimo presupposto della valutazione che la struttura organizzativa fa della, in senso ampio, corretta condotta di gestione.

E questo è dato comune alle ipotesi congiuntamente considerate, del licenziamento del dirigente e del licenziamento per giudicato penale disciplinarmente rilevante.

In queste fattispecie la compatibilità del mantenimento del soggetto nella struttura, non è (o almeno non è solo) una questione di gestione imprenditoriale.

È una questione che attiene ai medesimi presupposti valutativi, speculari all'instaurazione del rapporto, *sub specie juris* di mutamento dello stesso.

Procede che la legittimazione all'adozione dell'atto finale risolutivo del rapporto, ferma la competenza dell'u.c.p.d. per l'istruzione, non può essere individuata nel *suo* dirigente. Infatti, in tal caso il licenziamento è direttamente attuativo e soddisfacente, non di un interesse gestionale – i cui riflessi organizzatori sono stati preventivamente mediati dal contratto – ma di un interesse prevalentemente organizzatorio; e ciò ancorché l'atto estintivo conservi natura contrattuale.

Anche qui la risultante dell'indagine sulla legittimazione ancora non si esaurisce nella individuazione della natura dell'atto (istruzione, audizione...), né in quella dell'interesse, (organizzatorio, gestionale), ma procede dal coordinamento funzionale di entrambi.

In definitiva, nel lavoro pubblico la legittimazione a licenziare sarà riconducibile in testa all'organo esponenziale dell'interesse che il licenziamento persegue in via immediata.

Conclusivamente, può osservarsi, che la legittimazione non si pone come surrogato civilistico della competenza amministrativa, ma quale effetto negoziale della competenza (amministrativa) dell'organo e ne costituisce l'effetto¹⁰³.

Le conseguenze sono evidenti in punto di regime dell'atto viziato.

La nullità dell'atto, conseguente al difetto di legittimazione formale, si

¹⁰³Cfr. le osservazioni di D'ANTONA, *op. loc. ult. cit.* p. 18 s.

potrà avere soltanto in caso di violazione della *summa divisio* conseguente alla regola di riparto della competenza¹⁰⁴.

La violazione delle regole di legittimazione sostanziale determinerà o l'inefficacia *tout court* o le conseguenze del difetto di rappresentanza.

In ultimo, resta ulteriormente da specificare: a) il criterio di collegamento tra la competenza amministrativa e la legittimazione sostanziale non può essere individuato nella rappresentanza negoziale, ad onta della privatizzazione; b) esso continua a risiedere nel rapporto di immedesimazione organica con l'ente del legittimato; c) a lui i poteri – per l'ambito delle proprie attribuzioni – derivano direttamente dalla legge.

Nella fattispecie considerata si possono segnare le seguenti conclusioni:

- Le attività di istruzione, contestazione, audizione, irrogazione della sanzione conservativa (sono sempre attività che, *in adiectis* a essere intrinsecamente gestionali, soddisfano interessi della medesima natura e devono essere attribuite alla competenza esclusiva dell'u.c.p.d., a ciò deputato dalla legge,) non pongono problemi di sovrapposizione con i poteri organizzatori;
- l'adozione dell'atto finale di irrogazione della sanzione espulsiva, nelle ipotesi in cui ci sia un'espressa previsione del contratto o della legge, pur avendo effetti che si sovrappongono al potere organizzatorio, rimane espressione di esclusiva attività gestionale, poiché, la rilevanza della sovrapposizione è stata preventivamente esclusa dalla mediazione contrattuale;
- l'adozione dell'atto finale di irrogazione della sanzione espulsiva nelle ipotesi: di giudicato penale; di altri fatti assimilati disciplinarmente rilevanti; di illecito disciplinare conseguente a responsabilità dirigenziale;

sono atti di *gestione dell'organizzazione*; cioè atti di autoorganizzazione. Essi devono essere riservati al titolare del potere di organizzazione, individuato dai rispettivi ordinamenti dei vari enti pubblici.

In tali ipotesi, infatti, non vi sono state preventive valutazioni in sede contrattuale. Lo stesso atto espulsivo è destinato perciò a soddisfare proprio l'interesse organizzatorio dell'amministrazione.

¹⁰⁴Da ultimo con nitore la ricostruzione Cass. 5 febbraio 2004 n. 1446, Mass. giur. lav. 2004, 528 con nota di BARBIERI, *Sulla competenza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari a carico di dipendenti pubblici privatizzati*, ivi 535.

2.7 Conseguenze del difetto di legittimazione.

Secondo la più recente e qui accolta dottrina, l'inefficacia¹⁰⁵ dell'atto compiuto dal soggetto incompetente; non invece la nullità o l'inesistenza di esso.

Il licenziamento quale atto giuridico intimato in difetto di legittima-

¹⁰⁵Così correttamente Cass. 26 maggio 2000 n. 6926; Cass. 16 giugno 1998 n. 5995, F. it. 1998, I, 3583. La questione è rettammente impostata da Cass. 22 maggio 1999 n. 4996 (stando almeno alla massima in Giust. civ. Mass. 1987, fasc. 3). Non possono essere condivise le pronunce della giurisprudenza che considerano tale atto giuridicamente inesistente – così, Cass. S.U. 21 marzo 1997 n. 2517, in Mass. Giur. Lav. 1997, 851 con nota di CAMMALLERI, e in Riv. It. dir. lav. con nota di CARINCI M.T., Cass. 11 settembre 2000 n. 11957 in Riv. It. dir. lav. 2001, II, 253 con nota di ZILIO GRANDI. Tampoco quelle che lo considerano nullo – così Trib. di Bari 20 ottobre 2000, Riv. It. dir. lav. 2001, II, 635 con nota di CATTANI. L'atto in questione in quanto dotato di tutti i requisiti formali (comunicazione per iscritto) e sostanziali (volontà, oggetto, causa, giustificazione) non solo non è nullo, perché non contrasta con alcuna norma imperativa, *a fortiori* non può essere inesistente, ravvisandosi in esso più di un attributo per l'individuazione della fattispecie (anzi vi sono tutti gli elementi della fattispecie). Esso è semplicemente irrilevante, o perché deficiente della coincidenza (v. nota e) iniziale e finale: non è cioè rivolto al lavoratore (difetto della legittimazione passiva) o perché non è intimato dal datore di lavoro (difetto della legittimazione attiva, principale o derivata). Di difficile classificazione appare la massima di Cass. 26 marzo 1987 n. 2952, secondo cui *con riguardo al divieto di interposizione nella prestazioni di lavoro sancito dall'art. 1 della l. 23 ottobre 1960 n. 1369, ove il rapporto di lavoro con l'interposto sia cessato per recesso di quest'ultimo, il lavoratore licenziato può pretendere la continuità del rapporto stesso nei confronti del datore di lavoro reale qualora abbia tempestivamente fatto valere la novazione legale conseguente all'interposizione fittizia ex art. 1 cit. al momento in cui il soggetto interposto abbia manifestato il recesso, provvedendo all'immediato inizio dell'azione giudiziaria o all'impugnativa stragiudiziale del licenziamento nei modi e nei termini previsti dalla legge n. 604 del 1966*. La stessa pare affermare l'efficacia del licenziamento del non legittimato e la sua riconduzione a ipotesi tipiche (ex l. 604) di illegittimità. L'affermazione non può condividersi e si rinvia al capitolo sulle conseguenze dell'inefficacia, *infra* par. 4.7. L'infelice massimazione di Pret. Foggia 22 gennaio 1998 in Lav. Giur. 1998, 693 rende oscura la ragione sottesa alla massima. Tuttavia correttamente il Pretore afferma, che in caso di azione di reintegrazione non vi è litisconsorzio necessario tra datore di lavoro reale e fittizio. Per il caso particolare in cui il datore di lavoro reale sia la p.a. (prima della privatizzazione) la giurisprudenza amministrativa è orientata per affermare la necessaria impugnazione giudiziale nel termine decadenziale ex art. 21 l. 1034/1971 della domanda di caducazione del licenziamento-atto amministrativo; TAR Abruzzo L'Aquila 19 agosto 1985 n. 349. La posizione è criticabile, in quanto trasferisce la legittimazione dal datore di lavoro privato interposto, alla p.a. interponente; cioè da un soggetto a un altro, in assenza di collegamenti riconducibili alla rappresentanza. Non prende netta posizione sulla qualificazione Cass. 5 giugno 1991 n. 6385, Riv. Giur. Lav. 1991, II, 456 che, però, pare adombrare la necessità dell'impugnazione del licenziamento intimato dal datore di lavoro fittizio; foss'anche nei soli confronti di quest'ultimo.

zione, ovvero rivolto a un soggetto che difetta della legittimazione passiva, non potrà raggiungere lo scopo suo proprio, che è quello della estinzione del rapporto di lavoro al quale accede.

Tale effetto fa sì che il rapporto di lavoro sottostante sarà sempre considerato in essere e privo di disfunzionalità giuridiche¹⁰⁶. Quantunque inefficace, rispetto allo scopo suo proprio, il licenziamento fatto è invece foriero di una pluralità di effetti, tutti rilevanti quali fatti giuridici. Essi sono:

il rifiuto della prestazione lavorativa successiva, connessa con l'estromissione del lavoratore dall'azienda;

l'omissione della corresponsione della retribuzione e della contribuzione, conseguentemente;

il pagamento (indebito) del TFR e della altre provvidenze connesse con la (supposta) cessazione del rapporto;

l'obbligo delle comunicazioni e annotazioni conseguenti alla cessazione del rapporto

Altri effetti, per brevità, si omettono, non essendo funzionali allo studio.

Il licenziamento potrà perfino assurgere a presupposto di altri atti giuridici, quali, ad esempio, l'assunzione di altro lavoratore, in sostituzione di quello licenziato; ovvero la presentazione della domanda, per la concessione del trattamento di disoccupazione¹⁰⁷.

Nell'ipotesi di difetto di legittimazione fin qui considerate, la tutela potrà essere assicurata anche dalla disciplina dei licenziamenti. Ciò a condizione che, per il concreto atteggiarsi del licenziamento atto e fatto, la manifestazione espulsiva possa essere ricondotta al datore di lavoro reale e così sussunta nell'art. 2 l. 604.

Questo accade, ad esempio, nei fenomeni interpositori incrociati, nelle società di fatto tra più imprenditori individuali, nel collegamento societario fittizio.

Diversamente, nell'ipotesi in cui nella condotta del legittimato non sia ravvisabile alcuna volontà espulsiva, (ad esempio licenziamento *prohibente vel ignorante domino*), le conseguenze del difetto di legittimazione dovranno essere esclusivamente quelle dell'inefficacia di diritto comune. Gli effetti

¹⁰⁶Se del caso vi potrà essere asimmetria degli interessi protetti, v. al par. 1.2.

¹⁰⁷In tutte le ipotesi di difetto di legittimazione considerate le conseguenze dell'inefficacia del recesso potranno essere assicurate dalla normativa sui licenziamenti, sia in caso di stabilità reale sia in caso di stabilità obbligatoria, qualora al datore di lavoro reale, per il concreto atteggiarsi del licenziamento atto e fatto, possa essere ricondotto un licenziamento inefficace ex art. 2 l. 604, - ciò sostanzialmente accade nei fenomeni interpositori.

risarcitori, pertanto, saranno regolati dalle norme generali, con riferimento alla corrispettività del contratto.¹⁰⁸

Infatti, in questa ipotesi, non si può ravvisare alcun atto datoriale suscettibile nella fattispecie di cui all'art. 2 della l. 604, e *a fortiori* in quella dell'art. 18 s.l.¹⁰⁹

Nell'ultimo aspetto considerato manca l'autore dell'atto, a cui riferire la normativa lavoristica, la quale presuppone un datore di lavoro che abbia intimato un licenziamento. Qui l'atto tipico non c'è.

La condotta del non legittimato rileva, perciò, non come atto, ma come fatto giuridico; questo è produttivo di obbligazioni ex art. 1173 c.c., ma è inidoneo a modificare il rapporto di lavoro sul piano della funzionalità giuridica.

La responsabilità conseguente agli effetti che, di fatto, il recesso del non legittimato ha prodotto sul rapporto, cadrà sul il datore di lavoro reale solo in presenza di (sua) colpa; mentre cadrà sul non legittimato sotto il profilo del *neminem laedere*.

Le fattispecie concernenti la legittimazione al licenziamento sono, in conclusione, estranee alla regolamentazione speciale. Ciononostante l'inefficacia, che è categoria descrittiva degli effetti comuni di fattispecie diverse, può avere un valore aggregante, sotto l'aspetto della dinamica e sotto l'aspetto della sistematica.

¹⁰⁸V. al par. 1.2

¹⁰⁹Non sembra ipotizzabile un'applicazione dell'art. 18 s.l., in virtù della teorica della *vis expansiva*, giacché della stessa non ricorrono i presupposti adottati dalla nota C. COST. 204/82 [tml.it, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1982 204]. Sul punto cfr. *infra* le considerazioni al par. 5.5. Per altro la stessa Corte Costituzionale nelle sentenze 23 novembre 1994, n. 398 e 30 dicembre 1994, n. 465 attribuisce valori diversi al medesimo concetto di inefficacia del licenziamento.

Inefficacia e divieti di licenziamento

3.1 Violazione dei divieti di licenziamento e inefficacia. Tratti comuni ed elementi distintivi. Oggetto e funzione del regime sanzionatorio nelle ipotesi di matrimonio, gravidanza e puerperio.

Le discipline della nullità dei licenziamenti a causa di matrimonio¹ e della gestante e puerpera², possono costituire un utile banco di prova per la verifica dell'opzione di principio,³ secondo cui, nel diritto del lavoro, le deviazioni di disciplina, rispetto al diritto comune, non avvengono mai a livello di sanzione per il vizio dell'atto; piuttosto si manifestano a livello di attuazione delle conseguenze della sanzione sul rapporto obbligatorio.

¹DE CRISTOFARO, *Licenziamento per causa di matrimonio e tutela del lavoratore*, Dir. Lav., 2000, II, 262, ALIBRANDI, *Nullità del licenziamento a causa di matrimonio e diritto della lavoratrice alla retribuzione*, Mon. trib., 1966, 1157; ZANINI, *Valore dei limiti temporali nella presunzione del licenziamento "per causa di matrimonio"*, Mass. giur. lav. 1968, 520; VIDIRI, *Sul divieto di licenziamento delle lavoratrici che contraggono matrimonio gestanti e puerpere*, Dir. giur. 1975, 321; CORRIAS, *La presunzione di nullità del licenziamento intimato a causa di matrimonio*, Mass. giur. lav., 1968, 510, TRAVERSA, *Questioni vecchie e nuove sul licenziamento a causa di matrimonio*, Mass. giur. lav. 1973, 394; In giurisprudenza Cass. 10 maggio 2003 n. 7176, Cass. 3 novembre 1995 n. 11488, Mass. giur. lav., 1996, 251; Cass 30 maggio 1997 n. 4809, Mass. giur. lav., 1997, Trib. Padova 9 maggio 2000 Dir. lav., 2000, II, 261; Cass 9 aprile 2002 n. 5065, Mass. Giur. lav. 2002, 466 con nota di GRAMICCIA e in Fam. dir. 2002, 345 con nota di NUNIN, in Riv. crit. dir. lav. 2002, 680 con nota di FRANCESCHINIS, in Dir. lav. 2002, II, 573 con nota di MARCELLI.

²MINALE COSTA, *Il testo unico sui congedi parentali*, Gior. dir. lav. rel. ind., 2002, 63; DEL PUNTA, *La nuova disciplina dei congedi parentali familiari e formativi*, Riv. it. dir. lav., 2000, I, 149, GOTTARDI, *La tutela della maternità nel contratto a tempo determinato*, Mass. giur. lav., 2002, 658, MATTAROLO, *Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre*, Riv. it. dir. lav., 1991, II, 724, ID. *Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro*, Riv. dir. lav., 1980, I, 478; VACCARO *La nullità del licenziamento della lavoratrice madre e i suoi effetti dopo la decisione della corte costituzionale n. 61 del 1991*, Lav. prev. oggi, 1992, 225

³Formulata nei paragrafi 1.1 e 1.3.

Nonostante gli interventi *armonizzatori* della Consulta⁴, (confluiti nel d. lgs. 151/2001), il sistema mantiene un elevato grado di specialità sia al suo interno sia rispetto alla disciplina del diritto generale delle obbligazioni; finanche quando la tutela che offre quest'ultimo appare prevalente.

Sotto il medesimo paragrafo (con le dovute eccezioni) si accomunano fattispecie che, non del tutto assimilabili nella disciplina, certo presentano un rilevante grado di omogeneità, quanto all'oggetto di tutela⁵ e al regime sanzionatorio.

In primo luogo, si tratta di fattispecie, in cui si realizza la protezione di diritti non immediatamente professionali del lavoratore. La posizione di lavoratore – anzi - rischia di interferire con l'estrinsecazione di diritti protetti, sia a livello costituzionale sia a livello individuale sia in quella particolare formazione sociale che è la famiglia.

Entrambe le discipline mirano a neutralizzare le interferenze della disciplina normale del rapporto di lavoro con la tutela della famiglia ex art. 29 comma 1 Cost.⁶

In secondo luogo, a livello sanzionatorio, la protezione di tali diritti si realizza, oramai, sempre con la nullità dell'atto contrario al diritto protetto, o solo potenzialmente lesivo di esso. Cioè con misure sanzionatorie che hanno effetti automatici e definitivi sul rapporto di lavoro.

È da osservare che la particolare intensità di tutela accordata al rapporto, è strumentale alla necessità di assicurare la più incisiva tutela del bene sociale protetto direttamente dal divieto. Essa, infatti, coinvolge diritti di

⁴C.COST. 8 febbraio 1991 n. 61 in tml.it, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1991 61

⁵Sottolineato anche da C.COST. 61/1991 tra divieti di licenziamento per maternità e per matrimonio.

⁶Un dialogo, quello tra il diritto del lavoro e l'art. 29 comma 1 cost., che sarebbe qui fuor di luogo approfondire, anche limitatamente alla tematica dei licenziamenti, in un lavoro dedicato alle sanzioni. V., comunque, gli interessanti spunti di ALES, *Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali*, Dir. lav. 1996, I, 405; ID, *Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale*, Dir. lav., 1999, I, 153; DELLA ROCCA, *Condizioni personali del lavoratore e distribuzione delle tutele*, Dir. lav. 2001, I, 265. Avanti lettera: SAETTA, *Il padre lavoratore e la sentenza 1/1987 della corte costituzionale*, Mass. giur. lav., 1987, 155; ID., *Sui limiti della tutela costituzionale del lavoratore padre*, Mass. giur. lav., 1994, 297, ID., *Il ruolo del padre lavoratore nella evoluzione della giurisprudenza della corte costituzionale*, Mass. giur. lav., 1993, 143. Si tralascia volutamente la Carta di Nizza per i non ancora risolti problemi di coerenza. Cfr., sul punto della funzione della definizione di diritti fondamentali da parte della Costituzione, ZAGREBELSKY, *Intervento*, Atti delle Giornate di Studio Aidlass, Pesaro - Urbino 2002.

terzi rispetto al rapporto di lavoro:⁷ il nascituro, il bambino, il coniuge, la famiglia come ente tutelabile a sé inteso.

L'inversione dei piani di tutela, tra lavoratore e persona, si evidenzia sia nella scelta relativa alla restrizione dell'autonomia privata del soggetto protetto sia nelle ragioni che hanno indotto il Giudice delle leggi a ritenere insufficiente la previsione della mera inefficacia, alla protezione della madre e del bambino. Laddove la cassazione vi aveva scorto la sufficienza, sulla base della considerazione della temporaneità del divieto e della funzione dello stesso.

L'alterità prospettica della Corte Costituzionale è fondamentale, per giustificare il giudizio di sufficienza della tutela. È fondamentale per evidenziare che il rapporto di lavoro esalta la funzione di tutela di diritti del lavoratore-persona, quale dinamica equilibrata degli interessi consacrati nel contratto. Anche nel contesto della disciplina dei licenziamenti, essa, è presente in forma più o meno estesa, ma non è mai assente⁸.

Vi è una chiara adesione al principio di funzionalizzazione della sanzione⁹; vi è una chiara adesione all'opzione secondo la quale sanzione non funzionale al raggiungimento della tutela oggetto della norma protetta, realizza una tutela insufficiente a prescindere dalla forza della sanzione stessa.

È ancora interessante evidenziare che la Consulta rinviene il seme dell'inversione di prospettiva nella disciplina speciale ex l. 7/63. Anzi, il richiamo argomentativo a tale ipotesi di nullità finisce per arricchire di contenuti la disciplina complessiva, non potendosi ignorare (almeno nei costumi di quarant'anni or sono) il legame matrimonio maternità, il legame prole madre, l'opzione privilegiata per la famiglia matrimoniale e per l'educazione femminile della prole¹⁰.

⁷A differenza che dalla necessità di tutelare il lavoratore in un momento contingente di particolare debolezza contrattuale come nella altre ipotesi di cui all'art. 2110 c.c. cfr. esaustivamente DEL PUNTA, *Malattia, infortunio, maternità, servizio militare. Artt. 2110 - 2111, Commentario del codice civile*, (ora) diretto da Francesco D. BUSNELLI, Milano 1992 nonché Id., *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992

⁸Sicché si ripropone l'interrogativo se sotto tale prospettiva la tutela accordata nell'area debole sia quantitativamente sufficiente. Cfr. *infra* al par. 7.3

⁹*infra* al par. 7.2 Conseguenze che possono essere applicate ad altri istituti del licenziamento; su tale punto *infra* ai paragrafi 7.2, 7.3 e 7.5. In giurisprudenza: Cass. 30 maggio 1989 n. 2617; Cass. 20 ottobre 1987 n. 7747; Cass. 27 marzo 1985 n. 2165; Cass. 14 gennaio 1988 n. 252; Cass. S.U. 21 agosto 1990 n. 8535 Giust. civ. 1991, I, 318, Riv. giur. lav. 1991, II, 3. *Contra, ante* S.U., Cass. 14 luglio 1984 n. 4144, Mass. giur. lav. 1984, 642, ma incidentalmente.

¹⁰Per una concezione ultrattiva di tali costumi cfr. la discutibile Trib. Padova 9 maggio 2000.

In terzo luogo, la nullità determina l'inefficacia iniziale e definitiva dell'atto, quale effetto tipico dell'invalidità-nullità di diritto comune, con una deviazione, invece e infine, quanto al regime risarcitorio-restitutorio conseguente al suo accertamento. Esso è regolato diversamente da ognuna delle fattispecie produttive della suddetta invalidità

*

Dopo l'individuazione degli elementi che hanno permesso di accomunare nella sanzione della nullità le due tutele, è necessario indagare le differenziazioni di disciplina, sul piano dell'attuazione degli effetti di tale sanzione.

Innanzitutto, vi è una differenziazione della valenza dello stato soggettivo delle parti. Rilevante per i fini retributivo-risarcitori.

Corollario è: le conseguenze patrimoniali della nullità derivano dalla responsabilità del datore di lavoro e non dall'inefficacia conseguente alla nullità.

Nella normativa a tutela del matrimonio, la richiesta delle pubblicazioni e la celebrazione del matrimonio sono conseguenze dell'agire, necessariamente consapevole e volontario, del soggetto protetto. Conseguenze che gli radicano la consapevolezza dell'operare del divieto e degli effetti della sua violazione. Stato soggettivo che potrebbe essere ben ignoto al datore di lavoro o a lui addirittura taciuto.¹¹

Nel caso della maternità, invece, lo stato iniziale di gravidanza è sempre ignoto perfino alla stessa gestante e potrebbe continuare a restarlo anche per un periodo relativamente lungo. Donde, la specificazione legale della rilevanza puramente oggettiva del divieto. La sottolineatura è di carattere politico, posto che l'estensione del divieto fin dall'inizio del periodo di gravidanza è tale per sé; e la sua violazione non muta al mutare dello stato soggettivo dell'autore della violazione.¹² Ovviamente sul piano squisitamente civilistico¹³ della sussistenza del vizio e della correlativa sanzione.

Rispetto alla conoscenza del divieto, le due discipline hanno presupposti diversi ed effetti uguali: nella maternità la conoscenza del divieto è irrilevante; nel matrimonio è rilevante, ma presunta.

¹¹E le ragioni possono essere le più ovvie e più storicamente diverse. Diversamente prima della costituzione del rapporto, su cui V. Cass. 6 luglio 2002 n. 9864, Lav. giur., 2002, 1066, con nota di PIOVESANA.

¹²Sul punto cfr. le osservazioni *supra* par. 1.2.

¹³Non pare tuttavia che la recente depenalizzazione della condotta muti i termini della questione, essendo esclusa anche per le sanzioni amministrative la responsabilità oggettiva.

Nell'un caso non è neppure rilevante che sia conoscibile, mentre nell'altro è rilevante (e la presunzione opera) solo se sia conoscibile. La conoscibilità procede dalla *denuntiatio* della lavoratrice, che ha l'effetto della pubblicità dichiarativa; essa rende opponibile al datore di lavoro lo stato di gravidanza. La prova della conoscenza, comunque, la lavoratrice la può dare con ogni mezzo. Le pubblicazioni di matrimonio, invece, sono costitutive della presunzione.

Ferma restando la nullità del recesso, la conoscenza del divieto determina un differente trattamento risarcitorio da invalidità – nullità – inefficacia.

Nella tutela del *matrimonio* non pare esserci alcuna possibilità di limitare il diritto alla corresponsione della retribuzione, dal licenziamento all'invito al ripristino del rapporto. Nella tutela della maternità, all'opposto, le conseguenze patrimoniali della nullità paiono essere operative solo dalla presentazione della relativa certificazione medica da parte della lavoratrice.

Si ha però motivo di dubitare sia della sopravvivenza di tale norma dopo l'intervento della Corte Costituzionale sia della sua compatibilità con il d. lgs. 151/2001.¹⁴ Ma in ogni caso resta ferma l'insussistenza dell'obbligazione retributiva in assenza di offerta di prestazione e nell'ignoranza del divieto.

Nella disciplina della *maternità* il sistema sanzionatorio del divieto in argomento opera su più livelli.

Al primo livello opera la continuità giuridica del rapporto. Effetto di carattere reale comune all'ipotesi della mera inefficacia e all'ipotesi della nullità. Nell'una e nell'altra fattispecie cambia solo l'estensione temporale dell'effetto della sanzione.

Al secondo livello abbiamo la tutela ripristinatoria, attuativa dell'effetto reale della sanzione, procedimentalizzata dal regolamento di attuazione.

Al terzo livello si pone la tutela retributiva, conseguente al sistema di *denuntiatio* della gravidanza, quale fattispecie produttiva dell'obbligo ripristinatorio e retributivo.

Di tutta evidenza tale sistema è la logica conseguenza dell'opzione per la temporanea inefficacia, conseguente alla conoscenza dello stato oggettivo

¹⁴NICOLINI, *Congedi parentali*, Milano, 2000; MIGUIDI, *Congedi parentali familiari e formativi*, Milano, 2001; DEL PUNTA, MINALE COSTA, cit.; NUNIN, *Diritti dei padri lavoratori ed esigenze dell'impresa: primi interventi della giurisprudenza a tutela della fruizione dei congedi parentali*, Lav. giur., 2001, 957 ID. *Congedi parentali e tutela dei diritti del padre lavoratore: novità normative ed orientamenti della giurisprudenza*, ibidem, 1055, ID., *La direttiva n. 96/34/Ce sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano*, Dir. lav. 2000, I, 207, BELLOMO, *Riordino possibile con la delega sui congedi parentali*, Dir. giust., 2000, 18, 53. Sulla vecchia disciplina SAETTA.

di gravidanza; sicché, l'attività partecipativa della lavoratrice costituiva la veicolazione del presupposto di inefficacia.¹⁵

La limitazione degli effetti economici dell'inefficacia del recesso, al solo periodo intercorrente tra la *denuntiatio* e la cessazione dell'interdizione, non poneva problemi di ordine ricostruttivo.

Invero, nel meccanismo originario il licenziamento era comunque valido e differitamente efficace. Si trattava, infatti, - per quanto riguarda l'efficacia del licenziamento anteriore alla conoscenza dello stato di interdizione - del normale esplicarsi degli effetti del recesso, non ancora in contrasto sostanziale con il divieto.

Salvo solo il mero riconoscimento, *ex post*, della continuità giuridica del rapporto ai fini dell'anzianità.

Del pari, non suscita perplessità la configurazione del diritto nascente dal ripristino del rapporto come diritto alla retribuzione. Si tratta proprio del normale effetto del rapporto.

Tra differimento di efficacia e rilevanza puramente obiettiva, non vi è lo spazio per una colpa datoriale nell'inadempimento dell'obbligazione retributiva. Colpa che, in assenza della prestazione di lavoro, conseguente alla temporanea efficacia del licenziamento, possa fondare una responsabilità ex art. 1218 c.c.

L'opzione costituzionale per la nullità non è idonea a sovvertire le regole che governano il risarcimento da atto invalido nel contratto a prestazioni corrispettive.

Infatti, il permanere dell'obbligazione (solo nominalmente) retributiva, fino alla riammissione in servizio, e di quella risarcitoria, per il periodo di inadempimento successivo, si fonda sulla colpa datoriale.

La *denuntiatio* si atteggia come condizione di efficacia di alcuni effetti dell'invalidità, ma non può essere determinante del ripristino del rapporto, che non si è mai interrotto. Essa fissa il momento iniziale del ripristino della continuità di fatto del rapporto medesimo. Per il futuro, può costituire fonte dell'obbligo retributivo conseguente alla utilizzazione della prestazione nel rapporto, la cui funzionalità di fatto è stata ricostituita (o equivalente effetto della mora¹⁶). Per il passato, invece, non può valere a esonerare il datore di lavoro dall'obbligazione risarcitoria da atto illecito, qual è un licenziamento vietato.

¹⁵Su questa struttura cfr. le conclusioni raggiunte a proposito di art. 2 l. 604 *infra* al par. 4.5

¹⁶Sulla mora del creditore nel diritto del lavoro, per tutti GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, GHERA - LISO, voce: *Mora del creditore (dir. lav.)*, Enc. dir. Vol. XXVI, p. 977 Milano 1976.

Sicché, l'esonero dalle conseguenze dell'inconsapevole violazione del divieto, al pari di quanto accade in ipotesi di illegittima apposizione del termine, vanno sussunte nella fattispecie dell'inadempimento (incolpevole) nel contratto a prestazioni corrispettive. Esso deriva, perciò, dalla sospensione integrale dell'obbligazione retributiva per mancanza di messa a disposizione¹⁷. Mentre restano salvi, in quanto fatto giuridico, solo gli effetti dell'anzianità¹⁸. Ciò sempre che la lavoratrice non provi che il datore di lavoro conosceva lo stato di gravidanza prima o in assenza della *denuntiatio*.

Emerge una differenza sostanziale rispetto all'ipotesi della tutela del matrimonio: l'obbligazione (nominalmente) retributiva, connessa alla violazione del divieto di licenziamento, opera di diritto, senza una preventiva *denuntiatio*. È come se la norma imponesse ai datori di lavoro, anzi glie lo impone, di verificare, prima di procedere a un licenziamento, non solo lo stato coniugale, ma anche l'imminente matrimonio.¹⁹ Cosicché è dall'omessa verifica che deriva il permanere dell'obbligazione retributiva.

La presunzione legale, dunque, opera non solo in punto di causa del recesso, ma anche in punto di conoscenza del divieto. Solo in presenza di una delle quattro ipotesi di liceità del recesso, la presunzione assoluta di conoscenza del divieto non opererà; *rectius*: sarà irrilevante e quella semplice sarà vinta.²⁰

Il meccanismo è tale, dunque, che o vi è una delle fattispecie risolutive ammesse o vi è la presunzione assoluta di violazione del divieto²¹ per colpa, ancorché presunta.

¹⁷Arg. ex Cass. SU 508/1999

¹⁸SAETTA, *Sull'indennità di anzianità*, Palermo 1979, Id. *Sospensioni del rapporto di lavoro non espressamente disciplinate e anzianità*, Mass. giur. lav., 1980, 56; GARILLI, *Prime riflessioni sulla riforma dell'indennità di anzianità*, Riv. giur. lav. 1982, I, 333. V. anche Ghezzi, *Sul rapporto tra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali*, Riv. (it.) dir. lav. 1968, I 255 ss.

¹⁹È da dire che con l'introduzione del divorzio il meccanismo protettivo potrebbe operare più volte nel corso del rapporto.

²⁰Sull'operare delle presunzioni nel diritto del lavoro VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova 1988 p. 67ss. e 75ss.

²¹Da ultimo Cass. 5065/2002, in Dir. Lav. 2002, II, 573 nota MARCELLI e in D.L. Riv. critica dir. lav. 2002, 680 nota FRANCESCHINIS. Al di là della opinabile ricostruzione in termini di specialità della fattispecie, attribuita dall'autore alla Corte – ma sembra che la Corte anzi abbia escluso tale profilo ricostruttivo – rileva che il superamento del comporta è una ragione di legittimo recesso non contemplata dalla l. 7/63; e nonostante la sua legittimità astratta si rivela semplicemente un fatto idoneo a vincere la presunzione. Non deve essere confusa la sussistenza della motivazione lecita del recesso con la violazione del divieto e con il relativo accertamento.

Le conseguenze patrimoniali, anche qui, deriveranno dalla colpa, dunque dalla responsabilità. Al pari di quanto accade nella maternità in cui l'eventuale stato di colpa procede dalla *denuntiatio*.

Un chiaro esempio di come l'inefficacia non abbia *ex se* effetti patrimoniali diretti, automatici e svincolati dalla colpa.

3.2 Segue: dimissioni a causa di matrimonio e della gestante e puerpera.

Il trattamento delle dimissioni è diverso nelle due ipotesi considerate in questo paragrafo.

Nella tutela del matrimonio l'atto della lavoratrice si presume nullo salvo conferma.

Nella tutela della maternità è prevista la convalida come condizione di efficacia.

La differenza è evidente per il periodo intercorrente tra la comunicazione dell'atto e la dichiarazione davanti all'ufficio della direzione provinciale del lavoro.

Nel primo caso, la ripetizione della volontà in presenza dell'ufficio ha valore meramente confermativo, di un atto che acquisisce così efficacia (o definitiva inefficacia in caso di mancata conferma) fin dal momento della comunicazione, ove ciò avvenga nel termine di un mese, dunque con effetto retroattivo.

Nel secondo caso, invece, le dimissioni non hanno alcuna efficacia fino alla convalida da parte dell'ufficio. Si è in presenza di una condizione di efficacia e segnatamente di un'autorizzazione,²² per l'ottenimento della quale non è fissato alcun termine di scadenza.

Alla convalida non può attribuirsi natura di *condicio juris*²³ sospensiva, dell'efficacia dell'atto (o addirittura di fattispecie complessa di condizione risolutiva del rapporto), perché la p.a. convalidante non ha alcuna discrezionalità. Dunque, l'evento dedotto in condizione non ha il necessario requisito incertezza²⁴. Vi è ancora l'oggettiva difficoltà di individuare la parte che ha interesse all'avveramento della condizione.

L'attività di controllo del servizio ispettivo, poi, non potrà mai sosti-

²²AURICCHIO, voce: *Autorizzazione*, Enc. dir. Vol. IV Milano 1959 pp. 502ss., BIANCA, *Il contratto*, p. 67

²³BIANCA, *Il contratto*, p. 562

²⁴Diversamente, se alla convalida si attribuisse il significato di ricognizione o quello di conferma già previsto nella l. 7/1963.

tuirsi alla volontà delle parti e la convalida non potrà essere negata in presenza di una conferma – ancorché immotivata - del lavoratore.

Ad onta poi della improprietà tecnica e linguistica della norma, che parla di “richiesta di dimissioni”, si deve escludere la configurabilità di un’ipotesi di proposta di risoluzione consensuale del rapporto.

Infatti, la “richiesta di dimissioni” è diretta al servizio ispettivo, la cui convalida le rende *ex nunc* efficaci, senza che occorra – ovviamente – nessuna accettazione del datore di lavoro.

Peraltro all’Ufficio del lavoro, il lavoratore chiede la convalida e non le dimissioni, così come il servizio ispettivo convalida le dimissioni e non la “richiesta delle dimissioni”. Né la necessità del consenso del datore di lavoro è ricavabile da alcuna disposizione, tanto più che il lavoratore è pure esonerato dal preavviso.

Cosicché la convalida con effetto *ex nunc* consiste proprio nella rimozione di un ostacolo di efficacia di un atto valido, cioè di un’autorizzazione.

Dunque le dimissioni potrebbero restare indefinitamente inefficaci, benché spirato il termine di validità del divieto. La norma prescrive, infatti, la convalida per tutte le dimissioni richieste (*recte*: rassegnate) durante l’interdizione e non già che la convalida giunga in tale periodo.

Se il rapporto giuridico non è interrotto, non per questo l’inefficacia in questione determinerà automaticamente conseguenze patrimoniali.

Nella tutela della maternità il trattamento degli atti di recesso del datore di lavoro e del lavoratore non è dunque simmetrico come lo è nella tutela del matrimonio.

Nella maternità non vi è né la comminatoria della nullità delle dimissioni né il medesimo regime di inefficacia; e infatti il licenziamento nullo è, rispetto all’obbligazione retributivo risarcitoria, efficace fino alla partecipazione al datore di lavoro dello stato di interdizione.

Le dimissioni, per converso, non hanno efficacia fino alla convalida²⁵.

Sicché, l’eventuale abbandono del posto di lavoro in seguito a dimissioni non convalidate, salvi i problemi di prova connessi a questo aspetto, potrà dare luogo a un licenziamento per giusta causa e alla sospensione

²⁵Pret. Chieti 23 settembre 1977, in Riv. giur. lav. 1978, II,627 secondo cui le dimissioni rassegnate dalla lavoratrice madre non producono l’effetto risolutivo del rapporto in carenza del requisito di efficacia costituito dalla convalida dell’ispettorato del lavoro, prescritta dall’art. 11 del d.p.r. 25 novembre 1976, n. 1026, contenente il regolamento di esecuzione della legge 30 dicembre 1971, n. 1204, sulla tutela delle lavoratrici madri. È pertanto interesse del datore di lavoro accertare che le dimissioni presentate dalla lavoratrice posseggano i requisiti di validità e di efficacia richiesti dalle disposizioni legislative ed in tal senso la convalida dell’ispettorato si pone come remora ad una accettazione *illice et immediata* del recesso (sic!) da parte dello stesso datore di lavoro.

dell'obbligo retributivo giustificato dalla corrispettività del contratto di lavoro.

La scelta di non prevedere alcun termine per la convalida è stata infelice; tanto più che il lavoratore non ha l'obbligo del preavviso. Anche il ricorso al licenziamenti per giusta causa appare dubbio, senza il preventivo invito da parte del datore di lavoro a confermare le dimissioni davanti all'ufficio.

3.3 Malattia, comportamento e inefficacia del licenziamento.

Le relazioni della malattia con le tecniche sanzionatorie dei licenziamenti sono di due ordini.

Per il primo ordine, la malattia rileva quale fattispecie di inefficacia temporanea del recesso²⁶.

Secondo la prevalente interpretazione delle norma, infatti, la malattia – *recte*: l'assenza per malattia - non incide sull'atto, né sulla sua efficacia, fisiologica, destinata all'estinzione del rapporto di lavoro; al pari di quanto avviene con l'obbligo del preavviso²⁷. Incide semplicemente sul momento di inizio dell'efficacia estintiva.

Il postergarsi della cessazione del rapporto, originariamente fissata con il licenziamento, non sarebbe, secondo detto assunto, una conseguenza diretta del divieto, quanto un effetto della natura reale del preavviso e della sua conseguente sospensione per malattia. Sicché, in definitiva, la malattia

²⁶DEL PUNTA, op. loc. cit. *supra* e ICHINO, *Il contratto di lavoro, III*, Milano 2003 pp. 81ss e 516; VALLEBONA, *Sulla sistemazione del licenziamento per scadenza del periodo di comporto*, Dir. lav. 1983,I,16. GHERA, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto*, Lav. giur., 2000, 62, VENETO, *Malattia, eccessiva morbilità e licenziamenti*, Giur. it., 1981, IV, 233, TERZAGO, *Sul licenziamento per giusta causa per inidoneità al lavoro*, N. dir., 1971, 472, Id. *La malattia quale causa di licenziamento del lavoratore*, *ibidem*, 466, DE AMBRI CORRIDONI, *Malattia del lavoratore e giustificato motivo di licenziamento*, Riv. giur. lav. 1972, II, 106 PERA, *Licenziamento per superamento del periodo di comporto*, Giust. civ. 1981, I, 1464. In giurisprudenza, sulla temporanea inefficacia, *ex multis*, Cass. 20 giugno 2003 n. 9896; Cass. 4 luglio 2001 n. 9037, Not. giur. lav. 2001, 766; Cass. 24 gennaio 1997 n. 716, Riv. it. dir. lav. 1998, II, 129 con nota di MARRA; sulla nullità in caso di errato computo del comporto, *ex multis*, Cass.. 26 ottobre 1999 n. 12031, Cass. 26 ottobre 1999 n. 12031, Mass. giur. lav. 2000, 61 con nota di FIGURATI; Cass. 21 settembre 1991 n. 9869, Riv. giur. lav. 1992, II,1030 con nota di BERGIANTI; sulle prescrizioni di forma del licenziamento per superamento del periodo di comporto, *ex multis*, Cass. 24 gennaio 1997 n. 716, in Mass. giur. lav. 1997, 257 con nota di CAMMALLERI e in senso conforme, da ultimo, Cass. 17 febbraio 2000 n. 1753; ma v. anche per la negativa Cass. 28 gennaio 1987 n. 837 e, ambiguamente, Cass. 13 agosto 1996, n. 7525

²⁷LEVI, *Preavviso non lavorato e risarcimento danni*, Dir. Lav. 2002, 425

non determinerebbe, nel licenziamento, né un vizio né un'alterazione. Dunque, la postergazione dell'effetto, cioè la temporanea fisiologica inefficacia, non rappresenta una tecnica sanzionatoria nel senso di questo studio.

Tale temporanea inefficacia, infatti, non opera né *ex post*, come reazione dell'ordinamento alla contrarietà della fattispecie alla violazione di un divieto; né *ex ante*, come reazione all'incompletezza della fattispecie. Opera come mero termine di latenza dell'effetto estintivo; effetto dilatorio reale del solo termine di preavviso.

Il contrasto di posizioni manifestatosi²⁸ deriva dalla mancata distinzione tra permanenza degli effetti e loro attuazione. Affermare l'efficacia reale in caso di svolgimento della prestazione e negarla nel caso contrario, non è che una modo per escluderla in ogni caso di preavviso non lavorato.

L'effetto della fattispecie o è reale o è obbligatorio, secondo il tipo. Non è possibile che un effetto muti in relazione al contegno delle parti; semmai, il comportamento delle parti, laddove l'effetto sia disponibile, può incidere sui diritti conseguenti.

Per il secondo ordine, invece, la malattia assume la veste di vera e propria ragione del licenziamento. Il licenziamento per superamento del periodo di comportamento ex art. 2110 c.c., è fattispecie di particolare rilievo, per via dei non pochi problemi di coordinamento con la disciplina limitativa del recesso.

Se si aderisse alla tesi secondo cui dopo la legge 604, il superamento del comportamento non può costituire in se una ragione "speciale" di recesso, il permanere dell'impossibilità della prestazione, dopo lo scadere del comportamento, deve essere valutata alla stregua di un g.m.o.²⁹

In tale caso non ci sarebbe tema di discussione in ordine al regime applicabile a detto licenziamento: di necessità, quello previsto per il g.m.o..

²⁸Cass. 1 giugno 1991 n. 6178, Cass. 6 agosto 1987 n. 6769 e, indirettamente, anche Cass. 6 febbraio 2004 n. 2318. *Contra*: da ultimo Cass. 19 gennaio 2004 n. 741 sulla scia di S.U. 29 settembre 1994 n. 7914 Foro it. 1994, I,3012 (per lo più sulla base della natura non retributiva dell'indennità di preavviso); invece, Cass. 16 febbraio 2004 n. 2931 ne afferma la natura retributiva. Sugli effetti dell'accettazione dell'indennità di preavviso BELLAVISTA, *Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso*, Giur.it. 1989, I, 1, 1889. V. anche VALLEBONA, *Il problema dell'acquiescenza del lavoratore al licenziamento illegittimo nel caso di accettazione senza riserve delle indennità di fine rapporto*, Mass. Giur. lav. 1978, 180. Sulla necessità di distinguere tra effetto dell'atto e attuazione dell'effetto *infra* nel testo *passim*. Un chiaro esempio di confusione dei piani in Trib. Milano 17 giugno 2002, Lav. giur. 2003, 567.

²⁹Per questa posizione e per le altre questioni poste nel testo relativamente alla forma ci si permette di rinviare anche per la bibliografia a CAMMALLERI, *Forma e motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comportamento*, Mass. giur. lav. 1997, 257.

Parallelamente a quanto accade nell'ipotesi di eccessiva morbilità in caso di comportamento secco³⁰.

E tuttavia, l'opinione – pur se non del tutto convincentemente nelle motivazioni³¹ - è superata dal diritto vivente. Per questo motivo, in questa sede dedicata alle sanzioni, si porrà a base dello studio l'ipotesi dominante della liceità di tale ragione giustificatrice del recesso; fattispecie ulteriore rispetto alla giusta causa e al giustificato motivo³².

Questa elezione ermeneutica comporta due ordini di problemi: il primo riguarda la natura del vizio, con le relative conseguenze sul piano sanzionatorio; il secondo la disciplina di forma anche qui con le relative conseguenze sul piano sanzionatorio.

In ordine al primo problema è da dire che l'opinione dominante³³ è che il licenziamento intimato in violazione del divieto sia nullo se motivato con il superamento del periodo di comportamento; ovvero solo temporaneamente inefficace, se intimato per altre ragioni³⁴.

In ordine al secondo problema, la specialità della norma ha posto alcune questioni di forma. Quella dell'applicabilità dell'obbligo della forma scritta del licenziamento e quella della relativa motivazione, ove richiesta dal lavoratore; quella dell'estensione dell'obbligo di motivazione in ordine all'indicazione delle assenze per malattia, della loro causa e del periodo di comportamento di riferimento. Questioni che, allo stato, hanno trovato risposta positiva.³⁵

In particolare, è stato ritenuto che il rinvio dell'art. 2110 c.c. all'art. 2118 c.c. integrasse un rinvio *pro rata*, formale per la sola parte non avente una disciplina propria e materiale quanto a libertà di recedere.

³⁰CAMMALLERI, op. ult. cit. p. 264

³¹CAMMALLERI, *ibidem*

³²Cass. 8 maggio 2003 n. 7047.

³³In giurisprudenza Cass. 26 ottobre 1999 n. 12031; Cass. 21 settembre 1991 n. 9869 in Mass. giur. lav. 1991, 693 e in Riv. giur. lav. 1992, II,1030 con nota di BERGIANTI che accoglie la tesi di DEL PUNTA, cit. , dopo tale ricostruzione non sono stati proposti nuovi temi idonei a confutare la ricostruzione in parola. La tesi di ICHINO, *Il contratto* p. 516 s., apporta nuovi argomenti, in relazione alla teorica elaborata dall'a. del superamento della *soglia massima della perdita attesa* come spiegazione del giustificato motivo oggettivo, per l'affermazione dell'unicità concettuale del superamento di comportamento come fattispecie predeterminata di giustificato motivo obiettivo. Non è questa la sede per chiedersi come tale assimilazione si rapporti al diritto di ripescaggio, posto che viene assunto il mero dato temporale come fattispecie di inutilizzabilità e dunque se debba o no riferirsi alla prova del nesso di causalità. Tuttavia approda ai medesimi risultati del DEL PUNTA, op. loc. ult. cit., come osserva lo stesso autore.

³⁴*Ex multis* Cass. 26 settembre 1994 n. 7868

³⁵Cass. 24 gennaio 1997 n. 716 in Mass. giur. lav. 1997, 257

Si è sostenuto³⁶ che la spiegazione della regola della specialità parziale, non poteva fondare l'applicazione *pro quota* della legge l. 604 al licenziamento ex art. 2110 c.c.. Perché il vero problema di coordinamento tra le due fonti consiste nel rinvio dell'art. 2110 c.c. all'art. 2118 c.c., con la conseguenza che andava individuata la natura formale o materiale del rinvio. E solo in funzione di tale natura si poteva affermare o negare l'applicazione della legge 604 nella sua interezza. Nonostante si sia oggi maturato il convincimento della necessità di rivedere alcune posizioni lasciate in chiave dubitativa³⁷, si resta convinti che la strada per arrivare al risultato della Cassazione non sia quella – certamente lineare e applicativamente sbrigativa – da essa segnata. Come allora, così oggi, a maggior ragione si ritiene che la chiave di coordinamento stia nella rivoluzione sistematica portata dalla legge 108/90.

La tesi è che dopo la legge 108/90, il riferimento alla libera recedibilità, come fattispecie generale di recesso, sia venuto meno, sicché il licenziamento ex art. 2110 c.c. dovrebbe sempre essere motivato di per sé.

Pare lecito dubitare che la teorica del rinvio materiale sia sopravvissuta alla novella del '90, perché, per procedere al raffronto delle normative applicabili al licenziamento ex art. 2110 c.c., occorrerebbe che ambedue le normative fossero contestualmente applicabili al rapporto considerato. Se il rinvio fosse stato considerato effettivamente in senso materiale, il problema di coordinamento e di sfere di applicazione avrebbe dovuto avere ad oggetto l'art. 2118 c.c. e l'art. 2119 c.c. e non la legge 604/66.

Rimanendo in un'ottica di rinvio materiale, non è superabile l'obiezione per la quale anche il "non ambito" di disciplina (della forma nell'art. 2118 c.c.) è un ambito; è ambito di libertà di forma.

Non è dunque corretto dire che l'art. 2110 nulla dispone sulla forma del licenziamento, perché l'art. 2110 c.c. rimanda all'art. 2118 c.c. e l'art. 2118 c.c. consente il licenziamento orale e senza specificazione dei motivi.

Viceversa, affermando che l'ambito della forma esula dall'art. 2110 c.c. ed è regolato dall'art. 2 della legge 604/66, si opera, senza neppure dirlo, un rinvio formale.

Quando si dice che la forma del licenziamento è sempre e comunque regolata dall'art. 2 della legge 604/66, in realtà si afferma che l'art. 2118 c.c. non può essere norma di riferimento (come se fosse stato formalmente abrogato).

Quando ancora si afferma che l'art. 2110 c.c. va integrato e coordinato

³⁶CAMMALLERI, op. loc. cit. p. 259

³⁷Op. ult. cit..

con la legge 604/66 novellata, non per inferirne una prescrizione di forma derivante dall'applicazione diretta della singola disposizione, ma derivante dal complesso normativo, si opera ancora una volta un rinvio formale all'art. 2118 c.c.. Il che equivale a dire che il rinvio è, in negativo, alla non applicazione dell'art. 2119 c.c. e alla l. 604/66 che l'art. 2119 c.c. assume, con gli effetti suoi propri, nel suo *corpus juris*.

Solo a questo punto della elaborazione si può porre il problema del conflitto di norme e dunque di applicazione del criterio di specialità. Il conflitto in questo caso sarebbe tra due discipline parimenti applicabili.

A queste condizioni potrebbe dirsi che le due discipline prevedono distinte *causae resolutionis*. L'una che prevede il superamento del comportamento, l'altra il giustificato motivo e la giusta causa.

Ne conseguirebbe una secca alternativa: o il licenziamento per superamento del periodo di comportamento costituisce, ancor oggi, una fattispecie di recesso ai sensi dell'art. 2118 c.c.; o il detto licenziamento deve accomunarsi a un qualsiasi vizio del licenziamento.

Nella prima ipotesi la fattispecie si va ad aggiungere alle residuali ipotesi contemplate dalla legge 108/90: consequenzialmente si sottrarrebbe all'applicabilità di qualsiasi norma della legge 604/66; Nella seconda ipotesi prende materiale forma nel superamento del periodo di comportamento e perciò è sempre sanzionato con le norme della legge 604/66³⁸.

Con la novellazione della legge n. 604 del 1966, trova argomento la ricostruzione³⁹ proposta. Il significato del rinvio dell'art. 2110 c.c. all'art. 2118 c.c. è quello di escludere che il superamento del periodo di comportamento potesse integrare, a parte quella di cui all'art. 1464 c.c., la fattispecie ex art. 2119 c.c.⁴⁰ Con la conseguenza che, venendo meno la libertà di recesso

³⁸Il che corrisponde anche agli effetti della ricostruzione di ICHINO, op. loc. ult. cit.

³⁹A distanza di quasi sette anni dall'ipotesi formulata, il cammino giurisprudenziale verso il c.d. parallelismo delle tutele per il sentiero tracciato dalle S.U. 4877/95 e rimarcato da Cass. 11497/96 si è interrotto. Così non si può più sostenere l'ipotesi che per tale via anche la fattispecie di violazione dell'art. 2110 c.c. si sarebbe potuta ricondurre all'art. 8 della legge 604/66. Allo stesso modo l'arresto di tale ardito cammino impedisce che si possa aggiungere tale fattispecie, assumendone la natura di *tertium genus* rispetto alle fattispecie del giustificato motivo e della giusta causa. L'epilogo ricostruttivo è che, continuare a mantenere le medesimezza di sanzione, per la mancanza di una qualsiasi delle tre giustificazioni, giustificato motivo, giusta causa, superamento del comportamento, determina la revoca della premessa specialità della norma.

⁴⁰Cfr. sull'estensione del concetto di giusta causa MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano 2002, p. 573, ID., *Accertamenti sanitari eccessiva morbilità e contratto di lavoro*, Gior. dir. lav. rel. ind. 1983, 25, NAPOLI, *La stabilità reale nel posto di lavoro*, Milano 1980, p. 353 ss

come *tertium comparationis*, il superamento del periodo di comportamento deve essere riconducibile nel giustificato motivo e nei suoi vizi.

A parziale emenda di quanto già sostenuto in precedente scritto⁴¹, nel quale si concludeva dicendo «e, dunque, attualmente anche, il giustificato motivo», si precisa oggi che la questione dell'esclusione del giustificato motivo oggettivo era costì posta nel senso che il rinvio alle fattispecie giustificanti fosse integrale, quale conseguenza del rinvio materiale operato dalla giurisprudenza; cosicché si conferma che l'applicazione della l. 604 o è integrale o non si può fare.

In conclusione - ma il discorso deve ancora restare sul piano della enunciazione⁴² - si manifesta già a questo livello la portata sistematica della legge 11 maggio 1990 n. 108.

Se non si vuole sostenere che si possa arrivare per via interpretativa a un'ipotesi di eccezione alla disciplina generale, non resta che affermare l'integrale rinvio alla legge 604 e trasporre la questione del coordinamento all'interno della fattispecie giustificante, cioè a livello di sussistenza del giustificato motivo obiettivo.⁴³

Talché, relativamente all'inefficacia per omessa comunicazione o insufficiente specificazione dei giorni di assenza, si deve fare interamente riferimento alla omessa o insufficiente comunicazione della motivazione. Pertanto l'eventuale sanzione per i vizi del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, non dovrà essere diversa da quella riservata, genericamente, al licenziamento illegittimo.

Ne consegue, che la risoluzione delle questioni inerenti alla forma del licenziamento considerato, devono essere affrontate con i medesimi strumenti ricostruttivi che governano l'esegesi dell'art. 2 l. 604.

⁴¹ *Forma e motivazione* cit.

⁴² Per il suo svolgimento v. al par. 6.3

⁴³ Il che esula del tutto dal tema di studio e ripropone ancora una volta la tesi di ICHINO, op. loc. ult. cit.

L'inefficacia dell'art. 2 della l. 604/66

4.1 I vizi della forma e della motivazione. Distinzione tra I e II comma: critica. L'inefficacia come conseguenza della nullità: critica.

Le questioni ricostruttive¹ dell'inefficacia del licenziamento viziato nella forma e nella motivazione potrebbero essere oggetto di considerazione uni-

¹ DE CRISTOFARO, cit. 235; LUNARDON, *Il licenziamento orale tra il diritto comune dei contratti ed il diritto speciale del lavoro*, Giur. It., 1999, 687; MAZZIOTTI, *Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno*, Dir. lav., 2001, I, 415, NOGLER, *La Corte costituzionale dinanzi alla razionalizzazione della disciplina di tutela contro i licenziamenti: un colpo alla botte ed uno al cerchio*, Resp. civ. e prev., 1995, 516; TULLINI, *Forma e riconoscibilità del recesso: un caso di fattispecie a formazione progressiva*, Riv. it. dir. lav., 1992, II, 277, ID., *Sugli effetti del vizio formale del licenziamento intimato nelle imprese minori: un problema ancora aperto*, Riv. it. dir. lav. 1996, II, 881; BOLLANI, *Forma scritta e licenziamento*, Riv. it. dir. lav. 1996, II, 623; BRIDA, *Inefficacia del licenziamento per omessa comunicazione dei motivi e sue conseguenze*, Giur. it. 2000, I, 1828; CASCIARO, *Il licenziamento immotivato nell'area della tutela obbligatoria. Efficacia (o inefficacia?) dell'atto di recesso*, Dir. lav. 1997, II, 312; M.G., *Legittimità del licenziamento motivato per relationem*, Dir. lav. 1985, II, 425; M.N.B., *Recesso non validamente motivato dell'impresa assicuratrice ed accordo nazionale agenti*, Dir. lav. 1985, II, 428; MANGANARO, *Gli effetti della mancata indicazione dei motivi del licenziamento*, Or. giur. lav. 2000, I, 176; ORSI VERGIATI, *Licenziamento inefficace per intempestiva comunicazione scritta dei motivi*, Riv. it. dir. lav. 1984, II, 682; PELAGGI, *Licenziamento irrituale in regime di tutela obbligatoria: si profila un nuovo ; intervento delle Sezioni Unite*, Mass. giur. lav. 1997, II, 283; QUATTROMINI, *Risoluzione del rapporto di lavoro: licenziamento verbale o dimissioni? Il punto sull'eterno dilemma*, Riv. crit. dir. lav. 1996, II, 507; SPAGNUOLO, *Modalità di trasmissione della lettera di contestazione degli addebiti e prova della sua ricezione*, N. giur. civ. comm. 1989, I, 103; VALLEBONA, *Inefficace significa efficace: gli eccessi di tutela generano il paradosso*, Riv. it. dir. lav. 1997, II, 371; ID, *Appunti sul secondo licenziamento*, Riv. it. dir. lav., 1994, II, 409; D'ANTONA, *Licenziamento nullo per vizio di forma e tutela cautelare*, Riv. giur. lav. 1979, II, 1125; MARINO, *Il vizio di forma nel licenziamento*, Riv. it. dir. lav. 1992, I, 518; ID., *La comunicazione scritta del licenziamento nell'interpretazione della Corte di cassazione*, Riv. it. dir. lav. 1998, II, 392; PAGNI, *Rinnovabilità del licenziamento irritualmente intimato e tempestività dell'impugnazione del secondo recesso*, Riv. it. dir. lav. 1995, II, 109;

taria, se non altro per la unificazione di regime fatta dal terzo comma dell'art. 2 l. 604.²

Dispone tale norma, infatti, che il licenziamento intimato senza l'osservanza della disciplina dei commi 1 e 2 è inefficace. Due i precetti, unica la sanzione.

Tuttavia non sono mancate, in dottrina e in giurisprudenza, posizioni contrastanti sul significato da dare all'inefficacia e sulle conseguenze della inefficacia medesima, partitamente nelle due ipotesi considerate³.

La dicotomia ricostruttiva si incentra nella distinzione tra inefficacia (da mancanza di forma scritta) e inefficacia (da mancanza, tardività o genericità dei motivi).

²Già scrutinato dalla dottrina più risalente: ARDAU, *L'efficacia del licenziamento non motivato*, Or. giur. lav., 1968, 535; CANNARSI, *Nullità e inefficacia del licenziamento nella legge 15 luglio 1966, n. 604*, Giur. it., 1969, IV, 29; TERZAGO, *Inefficacia del licenziamento e sua impugnazione*, Foro pad., 1972, I, 737; SCIRÈ, *In tema di comunicazione dei motivi del licenziamento, di non recettività di tale comunicazione, di determinazione del periodo di sospensione a seguito del ricorso all'ufficio provinciale del lavoro, nonché in tema di conseguenze del licenziamento inefficace*, Proc. civ., 1976, 193; ALIBRANDI, *Considerazioni sulla motivazione del licenziamento*, Arch. civ., 1978, 3; SIMONAZZI, *Escalation della Cassazione verso l'inesistenza del licenziamento verbale nella più recente giurisprudenza*, Inf. Pirola, 1978, 235; GIRARDI, *Inefficacia e nullità del licenziamento (Rassegna di giurisprudenza sugli artt. 2 e 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604)*, Not. giur. lav., 1978, 759; MAZZOTTA, *Licenziamento inesistente, continuità del rapporto e adempimento dell'obbligo retributivo*, Foro it., 1979, I, 1698; *Id.*, *Licenziamento orale immotivato di lavoratore*, Foro it., 1976, I, 1619; BIANCHI D'URSO, *Estinzione del rapporto di lavoro e sua prosecuzione di fatto*, Dir. Giur., 1970, 628; FIDANZA, *Considerazioni in tema di licenziamento per fatti concludenti*, Riv. trim. civ., 1974, 230; CESSARI, *Nullità del licenziamento*, Studi Bonaiuti, 265; PAPALEONI, *Sulla comunicazione dell'atto di licenziamento*, Giust. Civ., 1981, I, 1274; ANGIELLO, *Sulle conseguenze dei licenziamenti invalidi ed inefficaci*, Atti conv. Stat. lav., 1971, 15; D'AURIA, *Sulla nullità del licenziamento inefficace*, Riv. giur. lav., 1978, II, 939;

³ Cass. SU 21 febbraio 1984 n.1236, F. it. 1984, I, 2552; e poi Cass. 18 febbraio 2003 n. 2392 e Cass. 27 febbraio 2003 n. 3022 affermano espressamente la nullità; Cass. 20 dicembre 2002 n. 18194 e Cass. 16 settembre 2002, n. 13543 si limitano a richiamare l'inefficacia; Cass. 14 gennaio 2003 n. 454 secondo cui in caso di licenziamento disciplinare non è «configurabile un obbligo del datore di lavoro di rispondere ad una» ... «richiesta di motivi, esterna a tale procedimento». Cass. 26 agosto 2002 n. 12529 afferma che ai fini del rispetto della forma scritta «è idoneo allo scopo l'invio al lavoratore di copia della comunicazione datoriale del licenziamento inoltrata alla sezione circoscrizionale del lavoro e della massima occupazione»; Cass. 5 gennaio 2001 n. 107 sulla natura eventuale della richiesta dei motivi; Cass. 20 maggio 2002 n. 7316 anche in ordine ai requisiti contentutistici della motivazione. Da ultimo ritornano sull'argomento Cass. 3 agosto 2004 n. 14873, Or. giur. lav. 2004, I, 672 e Cass. 5 febbraio 2003 n. 9022 in Riv. it. dir. Lav. 2004, I, 147 con commento in parte critico di RUGGIERO, *Licenziamento inefficace per mancata comunicazione dei motivi nell'area della tutela debole*, *ibidem*.

Si assume che la prima ipotesi integri nullità⁴, in quanto la forma sarebbe elemento costitutivo della fattispecie; che la seconda determini mera inefficacia⁵ (dunque non invalidità) essendo invece attinente alla giustificazione del licenziamento.⁶ Così distinguendo si attribuisce alla motivazione – più o meno consapevolmente – natura di elemento esterno alla fattispecie⁷.

Si tratta di un aspetto topico della questione. Essa ha pesanti riflessi

⁴Cfr. le diverse indicazioni di cui alle note 3 e 6.

⁵ Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497 in Not. Giur. Lav. 1997, 408 per la quale i motivi del licenziamento non sono parte dell'atto, non sono previsti a pena di nullità, sono un elemento esterno alla fattispecie con la conseguenza che la mancanza degli stessi determina la mera impossibilità di far valere la giustificazione, con conseguente – al pari di quanto accade in caso di vizio formale nel licenziamento disciplinare intimato nell'area della tutela obbligatoria - applicazione della speciale tutela prevista dell'art. 8 della l. 604/66 per il licenziamento privo di giustificazione. Cfr. pure la dottrina citata alla nota - *specie* TULLINI op. cit., VALLEBONA cit., BOLLANI cit.- LUNARDON cit. MAZZIOTTI cit.

⁶ L'ultimo precedente significativo è il più volte citato Cass. 23 dicembre 1996 n. 11497 in Giur. it. 1997, I, 1, 1483 con nota di DI FRANCESCO e in Mass. giur. lav. 1997, 283 con nota di PELAGGI la quale afferma che *l'inefficacia ... del licenziamento ... sancita in conseguenza della mancata comunicazione dei richiesti motivi non può ... determinare le conseguenze di una nullità di diritto comune, non essendo una tale nullità per detta omissione configurabile*. Ciò sulla scia di Cass. 28 maggio 1983 n. 3699 che – in contrasto con Cass. S.U 18 ottobre 1982 n. 5394, Giust. civ. 1983, I, 869 – già affermava che la «*mancata comunicazione scritta del licenziamento del lavoratore comporta, a norma dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, l'inefficacia del licenziamento stesso, ma non l'illegittimità o la nullità di tale atto del datore di lavoro, sicché la questione relativa a tale inefficacia, ove non espressamente riproposta al giudice di appello, incorre nella sanzione (di decadenza) ex art. 346 c.p.c. (e nella conseguente preclusione alla sua proposizione in sede di legittimità), senza che a tale riguardo possa equivalere la richiesta di declaratoria di illegittimità o di nullità del licenziamento a norma dell'art. 1 della citata legge del 1966, trattandosi di ipotesi di originaria invalidità dell'atto diversa - anche per le conseguenze - dalla richiamata inefficacia del licenziamento*». Non ci si può esimere dall'osservare che delle due posizioni è certo la seconda a essere coerente con la lettera e lo spirito della legge, che non distingue inefficacia da invalidità. La prima, invece, (per altro smentita da Cass. S.U. 27 luglio 1999 n. 508 in Riv. Crit. dir. lav. 1999, 889 con nota di MUGGIA) propone *distinguo* artificiosi, i cui argomenti non sono tali da superare la regola *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Va precisato che ciò che si critica – v. *infra* nel testo - non è la negazione sola della nullità in sé e per sé, ma soprattutto la distinzione delle conseguenze sanzionatorie della violazione della forma dell'atto e della forma dei motivi dell'atto. In dottrina vedi i commenti alla citata sentenza di BRIDA, ORSI VERGIATI, MANGANARO, cit., e di PAPALEONI, Mass. Giur. Lav., 1999, 1061, ZAVALLONI Lav. Giur., 1999, 955, OGRISEG, Riv. It. Dir. Lav., 2000, II, 145, MOCELLA, Dir. Lav., 2000, II, 359, AVONDOLA, ADL, 2003, 357.

⁷Su tale questione e sulla pertinenza della sanzione dell'inefficacia, ma con riferimento al licenziamento collettivo, v. ANGIELLO, *La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo*, Dir. lav. 2004, I, 947

enormi sia sulla strutturazione dell'apparato sanzionatorio contro il licenziamento disciplinare viziato nella forma nell'area della tutela obbligatoria, sia con riferimento alla adeguatezza di tutela della ingiustificatezza. Va qui anticipato che la questione del confronto e della uniformazione dell'apparato sanzionatorio, dell'art. 2 l. 604 e dell'art. 7 s.l., nell'area della tutela obbligatoria, è adeguatamente colto e validamente giustificato dalla teorica del parallelismo delle tutele.

Ciò che non è accoglibile (come sarà dimostrato avanti⁸) è l'individuazione del fondamento dell'equiparazione delle tutele: a) nella non essenzialità della motivazione a fini estintivi del rapporto; b) nell'adeguamento al ribasso (troppo) delle tutele per entrambi i vizi; anche quando vi sono pluralità di violazioni della disciplina dei licenziamenti.

Il vizio della motivazione cos' costruito renderebbe il licenziamento illegittimo, con conseguente applicazione della tutela relativa all'ingiustificatezza, prevista dall'art. 8 l. 604⁹, invece che della tutela risarcitoria relativa alla non esecuzione del rapporto.

Un'altra posizione ha sostenuto che la distinzione tra il I e il II comma attenga solo a un diverso trattamento processuale, con riferimento alle preclusioni e alla rilevanza *ex officio*.¹⁰

Nella dicotomia ricostruttiva si può individuare un fondamentale errore di metodo.

Infatti, la funzione e la struttura dei motivi devono accordarsi con il contenuto della sanzione prevista per la loro mancanza e non viceversa¹¹.

Inoltre, le ricostruzioni sopra riassunte, indubbiamente suggestive, non appaiono appaganti rispetto alla ricostruzione sistematica della sanzione, con riferimento al dato positivo letterale, che parla di inefficacia per i vizi della forma tanto dell'atto quanto della motivazione.

La postulazione della nullità per vizio di forma *ad substantiam*¹², non-

⁸ *Infra*, paragrafo 6.2.

⁹ Esattamente così Cass. 11497/1996.

¹⁰ Cass. 28 maggio 1983 n. 3699.

¹¹ V. al par. 1.2

¹² Da ultimo Cass. 27 febbraio 2003 n. 3022 per cui *Il licenziamento privo di forma scritta è affetto da una nullità di diritto comune*. Cass. 16 settembre 2002 n. 13543, nel *licenziamento intimato oralmente, l'inefficacia dell'atto consegue alla sua nullità per mancanza della forma scritta ad substantiam*. Per una fattispecie particolare relativa alla nullità presupposta del patto di prova cfr. Cass. 14 aprile 2001 n. 5591 in Mass. giur. lav. 2001, 700 con nota di GRAMICCIA, secondo cui in caso di *nullità assoluta dell'assunzione in prova e la sua immediata ed automatica conversione in assunzione definitiva ... ove il datore di lavoro non comunichi al lavoratore licenziato, nel termine di sette giorni, i motivi del licenziamento, lo stesso deve considerarsi inefficace ai sensi dell'art. 2, comma 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, rimanendo irrilevante la mancata*

dimeno la sua *ratio*, tutta nell'affermazione di esigenze di certezza del rapporto giuridico,¹³ devono risultare funzionali non alla sola forma dell'atto ma a entrambe le fattispecie di cui all'art. 2 l. 604/66.

Va quindi, preliminarmente, esaminata la possibilità di mantenere l'ipotesi della nullità e della conseguente inefficacia definitiva che essa determina.

L'inefficacia, come conseguenza della nullità, esprime l'inidoneità iniziale e definitiva dell'atto a raggiungere lo scopo: provocare la mutazione della realtà a cui è destinato. Cosicché tutto rimane *quo ante*, pur in presenza di un atto socialmente riconoscibile come tale.

Nulla è quell'atto al quale l'ordinamento non accorda la sua protezione ai due livelli statico e dinamico. A livello statico la protezione consiste nell'efficacia dell'atto. A livello dinamico consiste nell'attuazione coattiva dell'effetto non raggiunto spontaneamente.

Se si tratta di nullità, non vi è differenza tra effetti a livello statico e effetti a livello dinamico. Gli effetti che il vizio del licenziamento atto produce sul rapporto sottostante, non saranno diversi, sia che ci si limiti all'osservazione dell'effetto descritto (inefficacia) sia che si risalga alla fonte (nullità) che produce quell'effetto.

richiesta da parte del lavoratore, nel termine di quindici giorni . . . In ordine alla rinnovazione del licenziamento nullo cfr. Cass. 27 giugno 1998 n. 6396 che, ammettendo la rinnovazione del licenziamento inficiato di nullità o comunque inefficace, distingue tale fattispecie dalla convalida e dalla sanatoria del negozio nullo, vietata dall'art. 1423, cod. civ. Tale orientamento è oramai consolidato e risale a Cass. S.U. 18 ottobre 1982, n. 5394 in Giust. civ. 1983, I,869, in Mass. giur. lav. 1982, 806, in Lavoro e prev. oggi 1983, 781, in Foro it. 1983, I,2206. In questa sentenza, le SU, risolvendo un contrasto in seno alla sezione lavoro hanno affermato che *l'efficacia prevista per il licenziamento orale equivale ad una nullità del negozio per difetto della forma scritta ad substantiam e l'impugnazione di tale licenziamento non è sottoposta al termine di decadenza di sessanta giorni dalla comunicazione, potendo il lavoratore sempre proporre l'ordinaria azione di accertamento della inefficacia del licenziamento, con il solo vincolo dei termini prescrizionali per i diritti consequenziali*. Al riferito principio è saldamente adeguata la giurisprudenza di merito, ma non in ordine alle conseguenze di detta nullità. Cfr. Trib. Milano, 30 dicembre 1997 in Or. Giur. Lav. 1997, 1070 e Pret. Macerata, 8 febbraio 1991 in Foro it. 1992, I, 275, che affermano nullità e risarcimento, mentre Trib. Napoli, 13 dicembre 1989 in Giur. merito 1991, 558 afferma nullità e riassunzione ex art. 8 l. 604 1966. Per i riferimenti di dottrina v. le note precedenti di questo paragrafo.

¹³In tal senso C.COST. 398/1994 – che però si riferisce al solo obbligo di forma scritta del licenziamento, con riferimento alla certezza del decorso del termine di impugnazione. Sulla portata sistematica di tale sentenza titolo di commento non poteva essere più felice di quello di NOGLER, *La Corte costituzionale dinnanzi alla razionalizzazione della disciplina di tutela contro i licenziamenti: un colpo alla botte ed uno al cerchio*. La motivazione è stata criticata anche da PERA, il quale ne rilava l'interna incoerenza.

La ricostruzione della *ratio* della nullità, generalmente ricondotta all'esigenza di certezza dell'esistenza del rapporto,¹⁴ non appare soddisfacente.

Infatti, l'affermazione trova la sua smentita nell'unilateralità della prescrizione di forma per il recesso, cioè nell'assenza di un'analogia norma di forma per le dimissioni¹⁵. Né, per la peculiarità della *ratio* che le governano, soccorrono le disposizioni sulle dimissioni della lavoratrice madre o nubente.

Procedendo in tale ultima direzione avremo che il minimo essenziale perché possa parlarsi di licenziamento (ancorché nullo) è che vi sia una volontà espulsiva del datore di lavoro, ancorché tacita o per comportamenti concludenti. Apparirà chiaro che lo stesso discorso può farsi per la individuazione delle dimissioni, per le quali occorrerà che vi sia una volontà abdicativa del lavoratore, ancorché tacita o per comportamenti concludenti. Nel recesso orale la mancanza della prova dell'espulsione o dell'abbandono, non seguite da una intimazione ad adempiere lascia il rapporto quiescente e non consente l'applicazione di alcuna sanzione. In difetto di tali minimi, non si può parlare di inefficacia, né di nullità, ma sovviene l'ipotesi dell'inesistenza¹⁶, cioè di un atto non licenziamento¹⁷.

Il considerevole contenzioso in caso di licenziamento orale circa la prova dell'esistenza del licenziamento è dimostrazione empirica che non viene assicurata alcuna certezza.

Non è da escludere, invece, la correlazione della forma con la disciplina applicabile, posto che il requisito di forma nasce dalla disciplina limitativa, già speciale all'art. 2118 c.c., e si accompagna alla sua applicazione: dove c'è limitazione del recesso, lì c'è la forma.

La correlazione, tra la forma e la giustificazione, *id est* tra contenente e contenuto, è funzionale a valorizzare la relazione tra motivazione e licenziamento.

Rapporto espresso dall'art. 1 l. 604 in termini di causa ed effetto o, visto dinamicamente, di strumento e fine.

¹⁴In dottrina l'assunto è comune e sostenuto fortemente e ripetutamente da PERA, *ex multis*, *Diritto del Lavoro* III ed. Padova 1988, v. comunque gli autori citati alla nota 1; in giurisprudenza non si riscontrano tentennamenti significativi; cfr. anche note 3 e 12.

¹⁵Sul punto cfr. QUATTROMINI, *Risoluzione* cit. ma anche TULLINI, cit.

¹⁶BIANCA, *Il contratto*, BETTI, *Teoria*, cit.; *contra* MESSINEO, *Il contratto in genere*, tratt. dir. civ. CICU - MESSINEO Vol. XXI t. 2 MILANO 1972, p. 184.

¹⁷Diverso è il problema della prova del recesso orale; essa avrà effetti diversi nelle ipotesi di licenziamento e di dimissioni. Nella prima ipotesi, scatteranno le tutele a presidio dei licenziamenti, nella seconda, il rapporto si estinguerà. Ancora un altro è il caso degli effetti dell'apparenza. Questi ultimi aspetti esulano dall'oggetto di studio. Sul punto VALLEBONA, *L'onere* . . . , cit.

Si tratta di verificare se la possibilità di scindere atto e motivazione sia determinante al fine di distinguere: l'inefficacia (per violazione del comma 1); dall'inefficacia (per violazione del comma 2).

Per ricostruire unitariamente la natura della inefficacia sarà necessario partire dalla natura e della funzione della sanzione, che assiste le regole della comunicazione scritta dei motivi.

4.2 Relazioni tra l'inefficacia e la giustificazione. Formulazione dell'ipotesi.

La sanzione dell'inefficacia – e ciò vale tanto per la forma dell'atto quanto per la sua motivazione – non è una sanzione neutra rispetto alla regola della giustificazione, ma ne costituisce strumento di pratica attuazione¹⁸.

Per la dimostrazione della tesi bisogna partire da una considerazione empirica. Fin quando il licenziamento non sia ritualmente conoscibile nei suoi elementi costitutivi positivi (volontà e giustificazione), non viene ammesso a tutela. Non viene nemmeno sottoposto al vaglio giudiziale per la verifica della sussistenza di quella causa legittima, in mancanza della quale, il licenziamento è ingiustificato.

Ovviamente il fatto produttivo del motivo estintivo è preesistente alla motivazione e la sua valutazione, come fattispecie potenzialmente estintiva, precede l'adozione dell'atto di licenziamento. Sicché la regola di forma si pone proprio come regola della veicolazione del licenziamento giustificato. Tanto che il licenziamento inefficace può essere reiterato nel rispetto delle prescrizioni formali¹⁹ e determinare così l'estinzione del rapporto.

A riprova di ciò si consideri che questa regola non aveva infatti ragioni d'essere nel licenziamento *ad nutum*. E ciò, non perché tali licenziamenti

¹⁸Cfr., pur nella peculiarità della fattispecie di diritto transitorio e nella oscurità di una massima asfittica, Cass. 8 novembre 1983 n. 6610 secondo cui *un licenziamento inefficace ai sensi del comma 3 dell'art. 2 della l. 15 luglio 1966 n. 604 e intimato in mancanza di giusta causa o di giustificato motivo non può qualificarsi nullo - ... - e, pertanto, ove intimato e operativo in data anteriore all'entrata in vigore dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, non può dar luogo che ai rimedi di natura obbligatoria alternativamente previsti dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, senza che, ai fini dell'applicabilità della tutela reale prevista dall'art. 18 citato, il rapporto di lavoro possa considerarsi non esaurito, e ancora in corso, per la perdurante possibilità del datore di lavoro di scegliere tra le due sanzioni (riassunzione o pagamento dell'indennizzo) alternativamente previste dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966.*

¹⁹Sul punto VALLEBONA, *Appunti ... cit.*, ID., *Inefficace ... cit.*, TULLINI, *Forma*, cit. ID. *Sugli ... cit.*; alla nota 1 ulteriori riferimenti bibliografici; ma anche PAPALEDONI, *Ancora sulla reiterabilità del licenziamento disciplinare*, Riv. it. dir. lav., 1991, II, 452.

fossero senza motivo, ma perché i motivi negoziali, nel segno della migliore dottrina civilistica liberale, restavano confinati nel giuridicamente irrilevante.

Il motivo era unico e uguale per tutti i licenziamenti: la temporaneità dei vincoli obbligatori, cosicché era perfettamente inutile trovare in ogni recesso una quale che sia e diversa giustificazione. Da ciò l'ordinarietà del recesso.²⁰

L'unicità di trattamento, riservato al licenziamento orale e al licenziamento senza motivazione, trova fondamento nella disposizione dell'art. 1 della l. 604 – ancor più dopo la l. 108/90 – che subordina la possibilità stessa di licenziare alla presenza di una causa legittima. La novella rende la regola della giustificazione una fattispecie necessaria di ogni recesso datoriale, che soppianta la regola di principio dell'art. 2118 cod. civ., e finisce per escludere che un licenziamento senza motivo possa ancora chiamarsi recesso ordinario, ancorché limitatamente. Si è prodotta in tale guisa una fattispecie di recesso causale e di generale applicazione. Questa trasformazione fa sì che, detto atto – che da “speciale” diventa “generale” – abbia ragioni sue proprie di validità-invalidità.

Per mezzo della sanzione dell'inefficacia il legislatore impedisce che il datore di lavoro si sottragga al giudizio sulla giustificazione del licenziamento – foss'anche pagando una penale – e lo costringe a farne emergere il reale motivo.

Fin quando il licenziamento non è motivato, non può spiegare alcun effetto, nemmeno quelli minimi o provvisori degli atti invalidi.

Può, dunque, dirsi che la regola dell'inefficacia del vizio di forma è conaturata con l'aspetto essenziale del controllo della giustificazione. Aspetto che diventa maggiormente pregnante, quando il controllo, da necessitato – all'interno dell'area della disciplina limitativa – diventa *necessario*, senza alcun riferimento ad aree di applicazione, ma come requisito del licenziamento *tout court*.

È evidente il rovesciamento prospettico.

Il licenziamento *tout court*, non è più quello *ad nutum*, ma quello giustificato, ed è il recesso libero che ha la necessità di essere qualificato, per essere individuato come tale.

Ciò solo basterebbe a spiegare perché non deve apparire irragionevole che l'ordinamento impedisca a un licenziamento di realizzare l'effetto estintivo del rapporto di lavoro, pur in presenza di cause legittime di licenziamento. Irragionevole, invece, appare a taluni giudici di merito²¹, in ciò

²⁰ Cfr. MANCINI, *Il recesso ordinario e i rapporti di lavoro*, Padova 1962, *passim*

²¹ Pret. Parma cit., ivi con nota critica di VALLEBONA, Pret. Biella, 29 marzo

fuorviati da certa cassazione,²² a sua volta sostenuta da una parte della dottrina.²³

Qui si propone l'assunto che la norma impedisca l'effetto estintivo del licenziamento, senza curarsi dell'accertamento della sussistenza della giustificazione (cause legittime di estinzione in sé considerate), perché l'inefficiacia protegge la *possibilità del controllo concreto della giustificazione*, non invece la giustificazione purchessia.

Sarà utile verificare la proposta ricostruzione con riferimento alla equiparazione della motivazione generica alla mancanza di motivazione *tout court* e valutarne le conseguenze sul piano ricostruttivo.

4.3 Segue: mancanza della motivazione in senso formale e in senso sostanziale. Distinzione delle fattispecie e necessità della loro assimilazione.

Da un punto di vista strettamente letterale la sola mancanza di motivazione a essere prevista dall'art. 2 l. 604 è quella mancante materialmente, senza apprezzamenti logici della sua consistenza.

Al contrario l'equiparazione della motivazione generica alla mancanza di motivazione, è frutto della condivisibile scelta ermeneutica di tenere distinti tra loro i concetti di motivazione e di giustificazione.

Anche se non pare che tutte le implicazioni di tale risolutivo postulato siano state colte.²⁴

Giustificazione e motivazione, invero, nel sistema della legge sui licenziamenti, non possono essere considerate sinonimi, dato che la stessa fonte stabilisce tra loro una relazione di contenuto (art. 1 e 3 l. 604) e contenen-

1994, ord. Lav. prev. oggi 1994, 1755 di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'inapplicabilità dell'art. 8 alle violazioni dell'art. 2 della legge 604, alla Corte Costituzionale. Questione respinta. CORTE COST., 23 novembre 1994 n. 398, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1994 398, Dir. lav. 1994, II, 507 con nota di MOCELLA, in Resp. civ. e prev. 1995, 513 con nota di NOGLER, in Riv. it. dir. lav. 1995, II, 3 con nota di PERA.

²²Citata alla nota 5.

²³*E pluribus* PERA, *Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento*, a proposito della sentenza di Cass., 23 dicembre 1996 n. 11497, Giust. civ. 1997, I, 938 ID. *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*, a proposito di C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398 cit.; ICHINO, *Il contratto* pp. 511 ss. cit., PELAGGI, cit.

²⁴Per la verifica delle conseguenze dell'equiparazione fuori dall'aspetto strettamente formale, *infra* al par. 6.3

te (art. 1). Inoltre, la previsione del sindacato giudiziale sul contenuto²⁵ è di tipo costitutivo, quella sul contenente²⁶ è di tipo dichiarativo.

Se, al contrario, si volesse *motivazione* sinonimo di *giustificazione* e conseguentemente *motivazione insufficiente* sinonimo di *giustificazione insufficiente*, ne deriverebbe che il trattamento sanzionatorio della insufficienza (o genericità della motivazione), dovrebbe essere quello specificamente adottato dall'art. 8 l. 604 per il licenziamento ingiustificato o non compiutamente giustificato²⁷.

Questo risultato però contraddirebbe la premessa secondo cui la motivazione generica o insufficientemente chiara deve considerarsi omessa.

I contenuti sostanziali della motivazione, dunque, a) confermano la natura e la funzione di onere strumentale all'esercizio del sindacato sulla giustificazione del licenziamento; b) costituiscono elemento essenziale per la produzione dell'effetto estintivo tipico, ancorché in ipotesi illegittimamente; c) sono fondamentali nella enucleazione dell'oggetto del controllo giudiziale; d) conducono dall'esistenza di una motivazione formale e alla causalità estintiva della giustificazione veicolata dalla motivazione.

Spostando il giudizio dall'esistenza di una motivazione plausibile, al nesso causale tra giustificazione ed estinzione, ne esce rafforzato l'ipotesi iniziale, che funzionalizza la motivazione alla possibilità del controllo della giustificazione²⁸.

²⁵ *Infra* al par. 6.5, al par. 6.6 e al 6.2.

²⁶ FAZZALARI, voce: *Sentenza civile*, Enc. dir. vol. XLI Milano 1989 p. 1247 ID., *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1989, 363 ss secondo cui La sentenza di accertamento, alla quale gli art. 24 comma 1 cost., 2907 c.c. e 99 c.p.c. conferiscono, secondo la *communis opinio*, sicura autonomia concettuale ed operativa anche al di fuori, per così dire, delle ipotesi tipiche di cui agli art. 949, 1079, 1012, 2653 n. 1 e 2691 c.c., rinviene il proprio *ubi consistam* nella rimozione dello stato d'incertezza attorno ad un diritto soggettivo o interesse legittimo. Per Cass. 15 luglio 1987 n. 6192 il *petitum* immediato della domanda d'accertamento si estende alla richiesta di rimozione dello stato d'incertezza anche attorno ad una mera situazione di fatto prodromica alla produzione di diritti; CASCIARO *In tema di azione dichiarativa nel processo del lavoro*, Mass. giur. lav., 1985, 90.

²⁷ È il tentativo della più volte citata Cass. 11467/1996 riportata alla nota 5 e rigettata da C. Cost. 398/94 citata alla nota 21, con i riferimenti bibliografici.

²⁸ *Amplius infra* al par. 6.3.

4.4 Segue: conseguenze dell'equiparazione della motivazione generica alla motivazione mancante sulla ricostruzione della fattispecie.

In questa sede saranno presi in considerazione i soli aspetti formali. Mentre i pesanti risvolti sistematici che l'equiparazione in discussione ha sulla giustificazione e sull'annullamento del licenziamento, a prescindere dall'area di tutela in cui ricade il rapporto ad esso relativo, saranno esaminati nel capitolo VI.

Da un punto di vista analitico-ricostruttivo, la mancanza materiale e la mancanza sostanziale sono, per la loro stessa natura, fatti diversi, che dipendono da diversi atteggiamenti psicologici dell'agente. Sicché, la loro eventuale equiparazione giuridica, *quoad effectum*, nulla toglie alla diversità di fonte di produzione del vizio. In ultima analisi resta necessaria la verifica della correttezza dell'unificazione del vizio formale-sostanziale con il sistema dato.

L'equiparazione degli effetti di tali diverse fattispecie, in quanto non espressamente prevista dalla legge, deve riposare su una base comune. Solo l'individuazione della base condivisa consente la semplificazione descrittiva delle diverse fattispecie vizianti sotto la comune sanzione.

Infatti, la motivazione generica è fattispecie che è stata assunta uguale a quella mancante solo per via ermeneutica.

L'equiparazione, di forma e di sostanza, che pur non trovando cenno nell'art. 2 comma 2 e nell'art. 3 l. 604, è pacifica nell'interpretazione della norma. Essa si spinge fino a comprendere nell'insufficienza o nell'inadeguatezza della motivazione, la giustificazione resa con formula, che non consenta di individuare - con chiarezza e precisione - la causa del provvedimento espulsivo²⁹.

Ciò, esprime il concetto per il quale, fino a quando non sarà possibile scrutinare i motivi del licenziamento, questo, intimato che sia stato, potrà procedere a spiegare i suoi effetti solamente quando si sarà verificata la condizione della esternazione di motivi giustiziabili.

Si tratta dello stesso concetto di "reiterazione del licenziamento", o

²⁹Pacifico, in giurisprudenza, almeno da Cass. 2634/85 in poi; così perfino Cass. 11497/96, cit. A proposito di tale equiparazione, deve essere osservato che facendo propria tale distinzione, Cassazione ult. cit. cade in palese contraddizione. Infatti, l'esatta premessa che non basta una motivazione generica per integrare una motivazione, è logicamente incompatibile con l'affermazione che il licenziamento è perfetto, anche senza la motivazione, con le note conseguenze in tema di regime applicabile. Ma su ciò *infra* nel testo.

di “secondo licenziamento”³⁰. In questo caso la giustificazione è quella medesima del primo licenziamento; è perciò un’unica giustificazione. Solo che essa originaria giustificazione diventa giustiziabile, per mezzo di una motivazione, che assume una forma congrua allo scopo di veicolare la giustificazione.

La comunicazione preventiva della motivazione ha, dunque, la primiera *funzione di emersione del motivo dell’atto*. Poiché il legislatore ha deciso che tutti i motivi del licenziamento sono giuridicamente rilevanti (il che non significa “giustificanti”), non è possibile accordare tutela all’atto che si ribella all’ordine dato. In quanto mancante di giustificazione, il licenziamento non può essere giudicato invalido; anzi semplicemente, non può essere giudicato. Secondo la concezione funzionalistica della sanzione, qui accolta³¹, gli è negata anche quella tutela parziale che l’ordinamento assegna all’atto invalido, fino a quando non si sarà conformato all’ordinamento.

Si tratta, dunque, di una *regola di effettività interna* al sistema dei licenziamenti giustificati. Ad essa corrisponde una *regola di effettività esterna* che – secondo l’insegnamento di D’ANTONA³² – consiste nelle *tecniche di attuazione dell’effetto*. Questa duplicità di angolo visuale è più evidente, ad esempio, nel caso di applicazione dell’art. 18 s.l., ma non è diverso nelle altre fattispecie.

La regola di effettività interna serve da chiusura del sottosistema “contenuto del licenziamento”. Il valore contenutistico che essa presidia è un valore fondamentale, ben lungi dall’essere formalistico. La regola rende la conoscibilità della giustificazione del licenziamento, non già obbligato-

³⁰Cfr. la dottrina citata autori alla nota 19.

³¹*Amplius* al par. 1.2

³²Cfr. esaurientemente D’ANTONA, *La reintegrazione ...* p. 20, cit. Egli osservava: *Era già viva tra i giuristi più sensibili che la tutela contro i licenziamenti arbitrari non poteva essere integralmente affidata alla sanzione della invalidità (negoziale) del licenziamento: si cominciava a parlare di altri mezzi di sanzione, del loro grado di effettività*. Cfr. pure MANCINI, *Il progetto di legge sulla «giusta causa» e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato*, Riv. Giur. Lav. 1966, I, 111 per il quale la predisposizione di limite reali in assenza di strumenti attuativi, era una «situazione assurda». Entrambi gli autori si riferivano, tuttavia, all’effettività della materiale tutela del posto di lavoro. Il senno del poi, - su com’è andata nella prassi applicativa (non come imperativo, tuttavia) - porterà a riconoscere che il significato ulteriore che porta seco la *reintegrazione*, per usare i concetti dantoniani, è stata ridotta all’immanenza del rapporto giuridico, cioè a un effetto proprio del limite reale. [Cfr. quanto riportato al par. 6.1.] Si potrebbe convenire che tale assetto applicativo ricostruttivo potrebbe aver tradito lo spirito della reintegrazione, ma ciò è vero solo in parte, se si presta attenzione al diverso regime processuale della riforma della sentenza di reintegrazione, rispetto a quello della mera nullità, annullabilità, inefficacia.

ria, ma necessaria per la esistenza della fattispecie, quale che sia il regime sanzionatorio applicabile alla sua violazione.

Ciò, tuttavia, non significa, di per sé, che l'unico rimedio conformativo possibile sia la nullità dell'atto, con la sua conseguente inefficacia iniziale e definitiva. Del resto, il legislatore non dice che il licenziamento sia nullo.

È sufficiente allo scopo una sanzione con effetti reali in funzione propulsiva. È sufficiente la non ammissione a tutela, fino a quando non ci sarà stata la conformazione al tipo: cioè temporaneamente.

Va ancora aggiunto – prima di procedere alla ricostruzione funzionale – che, a stretto rigore, la regola di inefficacia in discussione, non riguarda l'*esistenza* di una giustificazione per licenziare; giacché ogni agire umano ha una giustificazione. Né riguarda l'*esistenza* di una giustificazione razionale, giacché l'agire umano è - normalmente - razionale. Riguarda, invece, la conoscibilità della giustificazione³³. Infatti, soltanto alcune giustificazioni (art. 1 l. 604), tra le tante razionali possibili, sono ritenute meritevoli di tutela per conseguire l'effetto tipico dell'estinzione del rapporto.

In definitiva, l'inefficacia sanziona l'occultamento della motivazione. Perciò quando questa emerge l'inefficacia può cessare, se non ci sono ragioni – e non ve ne sono – che giustifichino l'ultrattività dell'effetto sanzionatorio.

4.5 Ricostruzione della natura del vizio della motivazione.

Per verificare che l'oggetto della forma è la conoscibilità del licenziamento motivato, al fine del controllo, sarà giovevole la lettura parallela dei comma 1 e 2 dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966.

In entrambi i commi non si parla mai di atto che deve essere redatto per iscritto: né per il licenziamento né per i motivi.

Invece, in entrambi i casi, si parla di *comunicazione per iscritto* di un atto o di un atto motivato; non vi è accenno né a scrittura del licenziamento, né a scrittura della motivazione. Di scritto, nella norma, c'è la sola comunicazione³⁴.

Il primo comma, in particolare, stabilisce che scritta debba essere la *comunicazione del licenziamento*, e non il licenziamento stesso: l'atto di volontà è esistente e perfetto con la sua adozione. È la veicolazione al destinatario della volontà estintiva che è affidata alla prescrizione di forma.

³³Si tratta di un'anticipazione del tema relativo alla ricettività e ai termini di comunicazione dei motivi, sui cui *amplius infra* al par. 4.6

³⁴ Estensivamente cfr. Cass. 26 agosto 2002 n. 12529 e Cass. 14 gennaio 2003 n. 454 riportate alla nota 3.

Come in tutti gli atti recettizi la conoscibilità dell'atto, da parte del suo destinatario, è elemento di efficacia della fattispecie; sicché, finché l'atto non sia stato reso conoscibile nelle forme previste dalla legge (o dalle parti), esso non sarà efficace³⁵.

La pubblicità dell'atto al destinatario, di regola, soggiace alla libertà di forma³⁶, ma nel caso del licenziamento motivato è prevista espressamente la forma scritta.

Consegue che l'inefficacia del licenziamento ex art. 2 l. 604 dipende da un vizio della sua comunicazione.

Il licenziamento orale, infatti, è inefficace al pari di un licenziamento scritto non comunicato o, pur scritto, comunicato oralmente; o comunicato per iscritto, ma a un indirizzo sbagliato.³⁷

Si può segnare un primo passo. Se l'inefficacia è conseguenza del difetto

³⁵CARRARO, voce: *Dichiarazione recettizia*, *Nss. dig. .it.*, Vol. XV, Torino 1957 pp. 597s.; *contra*: GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano 1959, *Id.*, voce: *dichiarazione recettizia*, *Enc. dir.* Vol. XII, Milano 1964 pp. 384ss, *specie* §. 5 ma non nel senso della efficacia piuttosto, per l'A. la comunicazione *si atteggia a coelemento di rilevanza giuridica della stessa dichiarazione: compiuta e perfetta quoad auctorem con l'emissione, la dichiarazione recettizia, in quanto tale, diviene giuridicamente rilevante per i terzi - o, se si vuole, acquista compiuta rilevanza esistenziale - soltanto con la ricezione.*

³⁶Cass. 9 aprile 1984 n. 2262 afferma che . . . salvi i casi in cui una forma determinata sia espressamente prescritta per legge o per volontà delle parti, deve ritenersi idoneo, . . . qualsiasi strumento di comunicazione...al fine di rispettare la recettività.

³⁷ Cass. 21 novembre 1996 n. 10260, *Mass. giur. lav.* 1997, 82. La massimazione non è chiara sul punto. In effetti la questione era se il lavoratore che in seguito a una contestazione disciplinare avesse dichiarato di impugnare *la decisione dell'impresa di risolvere il rapporto sulla base dell'ingiusta contestazione dell'assenza* potesse avvalersi di tale impugnazione contro il licenziamento che, successivamente (alla c.d. impugnazione), gli era stato intimato. Il lavoratore assumeva che *sebbene la legge disponga che il termine per l'impugnazione del licenziamento comincia a decorrere dal giorno in cui il lavoratore ne ha avuto comunicazione, tuttavia non può essere ritenuta priva di efficacia la volontà di impugnare il provvedimento anche prima della sua formale comunicazione, qualora il dipendente abbia comunque conoscenza o abbia sicura certezza dell'adozione del provvedimento stesso da parte del datore di lavoro.* Ovviamente la Corte ha deciso che, conformemente al *tenore letterale della disposizione di legge, corrispondente alla sua ratio, si evince che l'impugnazione deve riguardare un licenziamento che sia stato intimato e comunicato all'interessato. Id est*: prima dell'efficacia, il licenziamento non c'è. In dottrina FERRARO, voce: *Acquiescenza (acquiescenza del lavoratore)*, *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. I; PAPALEONI, *Profili processuali e sostanziali della sentenza di invalidazione del licenziamento*, *Giust. civ.*, 1981, I, 2522; PROIA, *Impugnazione del licenziamento e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso*, *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 858; SPEZIALE, *L'impugnazione del licenziamento inefficace ed i suoi effetti secondo la l. n. 604 del 1966, nell'elaborazione giurisprudenziale*, *Riv. it. dir. lav.*, 1983, I, 275, VALLEBONA, *Licenziamento <inefficace> e termine di impugnazione*, *Giust. civ.*, 1983, I, 874.

di comunicazione scritta, essa è solo temporanea. Dura, cioè, finché la comunicazione scritta non venga effettuata.

La reiterazione del licenziamento orale nullo, pacificamente ammessa, con un ulteriore licenziamento efficace *ex nunc*, non è che una forma rappresentativa del fenomeno attraverso cui l'inefficacia cessa.

Se il primo licenziamento fosse nullo, il secondo non reitererebbe alcunché. Sarebbe *il* licenziamento.

Discutere di reiterazione significa ancorare il secondo licenziamento al primo; nel senso di dare alla prima volizione la forma che la legge richiede per spiegare efficacia. Nel momento in cui tutti i requisiti formali si compongono nell'atto l'efficacia si produce.³⁸

L'analisi del secondo comma condurrà ai medesimi risultati funzionalizzanti.

I motivi, quali fatti giustificanti (inadempimento, ragione economica, etc.), preesistono alla comunicazione e sono intrinseci all'adozione dell'atto. Si tratta, infatti, di una parte dell'atto stesso e ne integrano la causa.³⁹ Sono i motivi, infatti, ad avere determinato l'adozione dell'atto, cioè la volizione di esso; sono essi che devono essere comunicati per iscritto.

Anche in questo caso non sfugge a un'attenta osservazione che la forma scritta è richiesta per la comunicazione.

Per la esistenza giuridica dei motivi non si richiede la loro consacrazione in un atto formale: basta che siano voluti. È meramente la loro opponibilità al lavoratore che necessita della forma scritta.

La disposizione sanzionatoria del comma 3 conferma l'assunto. Unica sanzione: l'inefficacia per tutte le violazioni inerenti alla forma delle comunicazioni, e si sottolinea il termine comunicazioni.

Orbene, si ricorda che l'inefficacia è lo stato dell'atto recettizio non conoscibile⁴⁰. Sicché vi è una perfetta simmetria tra la sanzione testuale e la tipicità del vizio alla quale è riferita. Già per effetto di questa corrispondenza, si potrebbe escludere la necessità dell'esegesi della natura di tale inefficacia.

Infatti, questa sanzione esprime, già testualmente, la (temporanea) non

³⁸Cass. 14 novembre 1997 n. 11310, in Riv. it. dir. lav. 1998, II, 332 con nota di MARINO, cit., secondo cui: *È integrato il requisito della forma scritta, che condiziona la validità del licenziamento (ex art. 2 l. n. 604 del 1966) nel caso in cui il datore di lavoro invii al lavoratore copia della comunicazione del licenziamento inoltrata all'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione.*

³⁹Sui motivi rilevanti come elementi che integrano la causa del negozio giuridico BIANCA, *Il contratto*, p. 461ss. specie 462, V. pure 452ss.

⁴⁰BIANCA, *Il contratto* cit.; CARRARO op. cit. e GIAMPICCOLO op. cit.

attitudine di un atto valido a produrre gli effetti tipici della fattispecie, in attesa della realizzazione della conoscibilità.

Pertanto, che all'inefficacia dell'art. 2 l. 604 possa riconoscersi, attraverso la descrizione del suo effetto tipico, la valenza di nullità non è mai stato dimostrato, né dalla giurisprudenza, né dalla dottrina (cfr. le indicazioni alle note che precedono). In particolare, gli argomenti utilizzati per l'affermazione della nullità, sono stati incentrati sul richiamo al combinato disposto dell'art. 1325 c.c. e dell'art. 1418 c.c..

L'art. 1325 c.c., però, non fa altro che prescrivere la forma quale requisito dell'atto quando essa è prevista dalla legge. L'art. 1418 c.c. commina la nullità, quando al forma prevista dalla legge manchi.

Tuttavia, la legge non dice "nullità", ma dice "inefficacia" della comunicazione (recettizia).

L'affermazione della nullità è stata perciò derivata dalla sovrapposizione della "forma scritta" e della "inefficacia", che è descrittore di alcuni effetti della nullità, ma non di tutti. Ma la ricostruzione della natura così prodotta è inutile.

Infatti essa - a prescindere dalla funzione - presuppone la necessità di classificazione, in funzione del fatto che la disposizione sanzionatoria non individua testualmente la ragione dell'inefficacia. Ma ciò non è vero. Si osserva che l'inefficacia dell'art. 2 l. 604 ha già il suo fondamento testuale nella ricettizietà dell'atto non comunicato, al quale fanno espresso riferimento tanto il precetto quanto la sanzione. Si aggiunge che se dovesse privilegiarsi, nella interpretazione della natura dell'inefficacia sanzione, l'ipotesi della nullità che la produce, allora non ci sarebbe stato bisogno, nel caso del licenziamento della gestante e puerpera, di una pronuncia di incostituzionalità, perché anche lì all'inefficacia si sarebbe dovuto assegnare il valore di descrittore dell'effetto della nullità.

In conclusione, l'art. 2 l. 604 presuppone un licenziamento motivato, adottato ed esistente, e ne subordina l'efficacia alla comunicazione per iscritto. Solo dalla comunicazione il licenziamento sarà efficace e l'estinzione del rapporto procedibile.

L'estinzione del rapporto di lavoro, che è l'attuazione funzionale della causa del recesso, si realizza solo a fronte della comunicazione scritta del licenziamento motivato da un giustificato motivo o da una giusta causa. Il licenziamento scritto e sorretto da motivazione generica scritta non è mai è "ingiustificato". Esso è, in ogni caso, "inefficace", proprio perché, quantunque scritto, non consente la conoscibilità della giustificazione.⁴¹

⁴¹Sul punto v. al par. 4.4

L'efficacia estintiva del licenziamento è in definitiva subordinata alla *conoscibilità* del *licenziamento* e della *motivazione*.

Quindi, non si tratta di due vizi distinti né dell'atto né della comunicazione, unificati sotto un'unica sanzione. Si tratta, invece, di due modalità di assolvimento dell'onere di comunicazione dell'unico atto tipico. Non vi sono due atti: uno il licenziamento e l'altro la motivazione. Vi è un unico atto: il licenziamento motivato. Esso deve essere conoscibile nella sua interezza, cioè nella volontà e nella motivazione.⁴²

Questo onere di conoscibilità, di *tutti* gli elementi costitutivi della fattispecie estintiva, per espressa previsione dell'art. 2 l. 604, può essere assolto in due modi diversi. Il primo è quello della comunicazione del recesso motivato, ciò che l'art. 6 l. 604 definisce motivazione contestuale⁴³. Il secondo è quello della comunicazione in fasi successive.⁴⁴

Qui, si assiste alla formazione progressiva della fattispecie: "comunicazione del licenziamento motivato". Prima viene comunicato il licenziamento (adottato per un motivo quale che sia), poi viene comunicato il motivo. Ma l'atto giuridico è sempre uno.

Mancando l'una o l'altra di tali comunicazioni scritte, il licenziamento sarà inefficace, giacché il contenuto dell'atto non si reputa integralmente conoscibile dal destinatario.

Ciò non autorizza a ritenere che dalle superiori affermazioni si possa inferire che il licenziamento, senza la comunicazione contestuale dei motivi, non è ancora efficace; o che lo diverrà solo dopo la loro comunicazione, o solo dopo l'acquiescenza del lavoratore, ex art. 6 l. 604.

In realtà l'efficacia del licenziamento scritto, del quale non siano stati richiesti i motivi, è solo un effetto provvisorio e temporaneo. Effetto destinato a non consolidarsi nel momento in cui la motivazione non dovesse emergere nelle forme e nei tempi stabiliti.

La dimostrazione di questa affermazione necessita dell'esame della funzione dei termini di interpellato e di risposta previsti dall'art. 2 l. 604.

⁴²cfr. TULLINI, *Forma* . . . op. loc. ult. cit.

⁴³Anche se inconsapevolmente, ciò è quanto affermato dalle sentenze citate alla nota 34. Nel caso di licenziamento con contestuali motivi, infatti, non potrà mai aversi l'inefficacia per vizio di forma. Il fatto che il licenziamento motivato possa essere reso conoscibile in fasi successive, con efficacia fin dal primo atto, non revoca il postulato. Come sarà avanti dimostrato nel testo, la retroattività degli effetti della comunicazione tempestiva della motivazione è conseguenza necessaria della scelta di rendere disponibile la conoscibilità dei motivi in sede stragiudiziale.

⁴⁴*Idem* nota 34.

4.6 Funzione ed effetti dei termini di richiesta e di comunicazione dei motivi. Definizione dell'inefficacia.

È necessario a questo punto verificare come interferisca la disciplina del termine di richiesta e di comunicazione dei motivi con la ricostruzione unitaria dell'inefficacia, quale conseguenza della non conoscibilità dell'atto completo.

Se è abbastanza agevole individuare in termini di decadenza la natura dei termini di richiesta e di comunicazione dei motivi, non altrettanto può dirsi per la loro funzione. Non ci si riferisce alla funzione di certezza, connessa con ogni decadenza, perché ciò nulla aggiunge all'analisi funzionale della specifica sanzione di inefficacia comminata per la sua inosservanza.

La comunicazione successiva del motivo ha l'effetto di completare la fattispecie estintiva, rendendola efficace fin dall'origine, come se i motivi fossero stati comunicati contestualmente, e definitivamente. L'unica differenza con la motivazione contestuale è una diversa decorrenza del termine di impugnazione ex art. 6 l. 604/66

Tale possibilità di integrazione della fattispecie con effetto retroattivo è limitata dal termine di risposta all'interpello, se questo vi sia stato.

Superato il termine, l'effetto retroattivo è precluso, ma non è preclusa l'attitudine estintiva del fatto e dell'atto non ancora completo nei requisiti di efficacia.⁴⁵

Inoltre, nulla esclude che la motivazione possa essere comunicata al lavoratore indipendentemente da una sua richiesta, anche se è abbastanza improbabile che ciò accada. Dovesse accadere l'unico effetto sarà quello di rendere immodificabili i motivi.⁴⁶

⁴⁵ Cass. 24 febbraio 1982 n. 1179 secondo cui *In mancanza della richiesta, da parte del lavoratore licenziato, della comunicazione suppletiva prevista dal 2° comma dell'art. 2 l. 15 luglio 1966, n. 604, le ragioni del licenziamento, non indicate nella relativa lettera, possono essere legittimamente espone, dal datore di lavoro, in sede contenziosa e devono essere valutate dal giudice per stabilire la legittimità del licenziamento intimato.* Cass. 26 febbraio 1982, n. 1261, Not. Giur. Lav., 1982, 428 per la quale *ove le generiche espressioni della lettera di licenziamento non si prestino ad essere intese come esauriente individuazione specifica dei motivi del provvedimento, questo non è, di per sé, invalido, in quanto l'art. 2 l. 15 luglio 1966, n. 604, attribuisce al lavoratore la facoltà di richiedere una apposita comunicazione ulteriore del datore di lavoro, in mancanza della quale il recesso di costui diviene inefficace; conseguentemente, quando tale richiesta non sia stata fatta, il datore di lavoro ha la possibilità di indicare le ragioni specifiche del suo provvedimento nel giudizio d'impugnazione promosso dal lavoratore e le stesse devono essere valutate dal giudice del merito per accertare la legittimità o meno del licenziamento.*

⁴⁶Sul punto cfr. Cass. 5 gennaio 2001 n. 107.

Occorre ora aprire una parentesi argomentativa ed effettuare un'indagine comparativa tra l'ipotesi formulata e l'ipotesi ricostruttiva della rinnovazione del licenziamento inefficace. Rinnovazione in forza della quale, il medesimo fatto-giustificazione potrà essere oggetto di un *nuovo* licenziamento con efficacia *ex nunc*.

Nel caso di rinnovazione, ciò che è effettivamente nuovo è la motivazione, che prima non c'era o non poteva essere considerata tale. La riformulazione della volontà estintiva è una mera ripetizione, ma non una nuova volizione, posto che si basa sui medesimi fatti. Vi è semmai l'immanenza della volontà di far valere tali fatti a fini estintivi.

Nella rinnovazione così analizzata si colgono due aspetti interessanti. Uno è che si verifica il completamento della fattispecie ora per allora: i fatti sono quelli remoti, ma l'estinzione è un effetto attuale. Un altro, che è conseguenza del primo, è che il completamento (tardivo) della fattispecie estintiva si distingue da quello tempestivo solo per la mancanza dell'effetto retroattivo del completamento della fattispecie medesima. Chiusa parentesi.

In altri termini, l'inefficacia iniziale del licenziamento immotivato cessa con il completamento successivo della fattispecie, che così, con il costrutto proposto, potrebbe avvenire in ogni tempo.

Di tutta evidenza, il termine di risposta all'interpello non assolve alla funzione di porre un limite temporale alla possibilità di completamento successivo della fattispecie, altrimenti non dovrebbe essere neppure ammissibile la rinnovazione dell'intero atto per i medesimi motivi. La fattispecie estintiva è, infatti, sempre la stessa; diversamente non potrebbe trattarsi dello 'stesso' licenziamento 'ripetuto'.

La funzione del termine decadenziale è quella di porre un limite temporale all'effetto retroattivo del completamento, in fasi successive, della fattispecie *licenziamento motivato comunicato*.⁴⁷

La comunicazione fuori termine, così come la declinazione della motivazione per la prima volta in giudizio⁴⁸, non sarà allora *inutiliter data*, né il licenziamento potrà essere considerato irrimediabilmente inefficace. Del resto in tutti gli atti recettizi l'efficacia dell'atto coincide con la conoscibilità dell'intero contenuto dell'atto.

Nel caso del licenziamento, la retroattività delle conseguenze successive, è espressamente prevista dalla legge come effetto della possibilità di scindere la partecipazione di *atto volontà* e di *atto contenuto* in due momenti distinti.

⁴⁷Cfr. TULLINI, *Forma* . . . , cit.

⁴⁸Si richiamano i precedenti di cui alla nota 45 e la dinamica degli effetti ivi descritta.

Superando i termini, ciò che si perde è il solo effetto retroattivo del completamento della fattispecie in fasi successive, ma non l'attitudine estintiva del fatto oggetto di giustificazione.

Lo dimostra anche la constatazione che, nel caso in cui il lavoratore non dovesse valersi del termine per l'interpello e dovesse impugnare il licenziamento, tale impugnazione determinerebbe il duplice effetto: a) di onerare comunque il datore di lavoro del completamento della fattispecie a pena di inefficacia; b) di permettere l'effetto retroattivo, di cui si discute, posto che con la propria condotta omissiva, il lavoratore non avrà fatto altro che fissare un termine più lungo al datore di lavoro, per il completamento (tempestivo e perciò retroattivo) della fattispecie licenziamento motivato.

Ulteriore conferma discende dalla disponibilità dell'effetto. Infatti, il lavoratore potrebbe non eccepire l'inefficacia e in giudizio contestare solo la giustificatezza, senza poi potere, ovviamente, tornare indietro; né far valere detto vizio in altro giudizio. Non così se si trattasse di nullità.⁴⁹

Nel giudizio di impugnazione del licenziamento, del quale non siano stati comunicati i motivi, per difetto di richiesta del lavoratore, il datore di lavoro conserva intatto l'onere (che in questo caso diventa di allegazione) di fare emergere i motivi del licenziamento, al fine di consentire il controllo giudiziale sulla giustificazione.

Invero, in caso di contumacia la pronuncia del giudice non potrà mai essere di ingiustificatezza, come accade nell'ipotesi di motivazione generica; non essendovi motivazione da giudicare.

In caso di tardiva costituzione, invece, l'effetto sostanziale del completamento della fattispecie si sarà verificato. La preclusione istruttoria nella quale incorrerà il datore di lavoro non gli permetterà di provare la

⁴⁹Il principio è risalente e pacifico in giurisprudenza. Arg. anche da – tra le ultime – Cass. 17 febbraio 2003 n. 2363 secondo cui *Qualora il lavoratore abbia dedotto, con il ricorso introduttivo di primo grado, l'illegittimità del licenziamento per difetto di giusta causa, costituisce domanda nuova quella proposta nel corso del giudizio per ottenere l'accertamento della nullità del medesimo licenziamento per l'inosservanza, a vario titolo, della procedura prevista dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori), in quanto tale ulteriore prospettazione comporta la deduzione di un'altra, diversa causa petendi, con l'inserimento di un fatto nuovo a fondamento della pretesa e di un diverso tema di indagine e di decisione, né tale nullità può essere rilevata dal giudice, ex art. 1421 c.c., poiché il principio della rilevanza d'ufficio, in ogni stato e grado, della nullità deve essere coordinato con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato; inoltre, anche se la motivazione è alquanto apodittica, cfr. Trib. Palermo in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > merito > tribunale > cerca > rilevanza ufficio. Relativamente alla nullità il principio è però avversato dalla migliore dottrina, per tutti BIANCA, *Il contratto*, p. 628 e i ivi altri riferimenti.*

giusta causa o il giustificato motivo. Così egli soccombendo nel merito si precluderà la possibilità di rinnovare il licenziamento.

Il termine di costituzione in giudizio segna anche il termine ultimo entro cui si può verificare l'effetto retroattivo del completamento successivo della fattispecie. Perciò, la tardiva costituzione equivarrà a una tardiva declinazione di motivi; con la derivata temporanea efficacia del licenziamento fino alla costituzione. Ne consegue la responsabilità risarcitoria - aggiuntiva rispetto a quella relativa all'ingiustificatezza - per l'inattuazione del rapporto dal licenziamento alla costituzione tardiva.

La ricostruzione proposta non è scalfita dal fatto che il termine di retroattività è solo eventuale, nel senso che dipende dalla richiesta del lavoratore.

Infatti, il termine entro cui richiedere i motivi ha il solo scopo di fissare un altro termine: quello entro cui si dovrà manifestare l'effetto retroattivo della comunicazione della motivazione. Non ha invece l'effetto di fissare il termine entro cui esercitare (o completare) il diritto di recesso per i fatti-motivi, di cui il lavoratore chiede la comunicazione.

In verità, nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non dovesse rispondere nei termini e dovesse invece intimare un nuovo licenziamento -(per i medesimi motivi che hanno già formato oggetto della comunicazione tardiva o che avrebbero formato oggetto della comunicazione omessa), il licenziamento non sarà precluso, né per ciò solo sarà invalido né inefficace. Sarà solo irretroattivo rispetto al primo.

Due sono le ipotesi possibili: a) quella di determinare gli effetti del licenziamento, a partire dal completamento della fattispecie; b) quella di far iniziare gli effetti del licenziamento a decorrere dalla reiterazione (successiva) della fattispecie.

Tra queste due ipotesi passa una sola differenza: quella di richiedere la ripetizione dell'atto di volontà, che si basa sui medesimi fatti e la medesima motivazione, per ottenere lo stesso effetto.

Ma può realmente affermarsi che si tratti di una 'nuova' volontà? O piuttosto è più consono ritenere che si tratti di 'ricognizione formale' dell'atto in forma legittimante?

Si inclina per una risposta affermativa al secondo interrogativo.

Il secondo licenziamento ha l'evidente scopo di opporre al lavoratore gli effetti che il primo, per difetto di forma, non può spiegare contro di lui. Al pari di quanto accade nella ricognizione del contratto.

Qui si tratta di atto unilaterale, sicché il lavoratore è, al pari dei terzi, estraneo alla struttura dell'atto e non ne è parte

Per aversi l'efficacia dell'atto perfetto basta la ricognizione del negozio nella forma legittimante.

La giurisprudenza,⁵⁰ ritiene sussistente tale aspetto ricognitivo nella ripetizione del negozio, non ravvisando nel secondo negozio alcun elemento di novità rispetto al primo, se non il conferimento della forma per renderlo opponibile al terzo. Qual è il lavoratore.⁵¹

Così, la richiesta dei motivi non contestualmente comunicati, assolve al solo scopo di limitare l'efficacia retroattiva della comunicazione-completamento. Essa evita che la retroattività si estenda fino alla costituzione in giudizio; termine ultimo per il datore di lavoro, entro cui fornire e provare la giustificazione. Né, come già visto, l'omessa richiesta vale a rendere definitivamente efficace il licenziamento intimato senza contestuali motivi e poi impugnato giudizialmente; né tampoco vale a renderlo giustificato.

La ricostruzione è immediatamente esportabile al licenziamento orale immotivato o motivato. Alla stessa maniera, si deve ritenere che la memoria costitutiva del datore di lavoro nel giudizio di impugnazione del licenziamento orale, possa valere a fissare il momento di cessazione dell'inefficacia del licenziamento e a fissare il *dies a quo* dell'effetto estintivo.

Sicché, conclusivamente, nel caso in cui il licenziamento sia legittimo, il giudice dovrà comunque accogliere la domanda risarcitoria per il periodo che va dal licenziamento orale alla comunicazione dello stesso, qui compiutasi mercé la memoria di costituzione.⁵²

In caso di accertamento nel merito dell'ingiustificatezza, si potranno sommare le pronunce relative all'inefficacia con quelle relative all'ingiustificatezza. Diversamente, se si ritiene nullo il licenziamento, la pronuncia si dovrebbe arrestare alla declaratoria di (nullità) inefficacia, senza procedere all'accertamento nel merito della giustificatezza. Ad essa dovrebbe dedicarsi un secondo giudizio sul secondo licenziamento.

Nella soluzione proposta, l'accertamento nel merito della giustificatezza del licenziamento, contestualmente al giudizio sull'inefficacia (temporanea), non sarebbe di alcun pregiudizio – oggettivo - per il lavoratore. Il

⁵⁰Cass. 30 marzo 1981 n. 1811. *Contra*: sul punto della distinzione tra ricognizione e ripetizione BIANCA, op. ult. cit., p. 293 e ivi ampia letteratura, che assegna alla ripetizione l'effetto di una nuova manifestazione di volontà.

⁵¹Si richiamano i risultati raggiunti in tema di retroattività della ratifica *supra* al par. 2.3

⁵² Potrebbe obiettarsi che occorrerebbe almeno la domanda riconvenzionale di risoluzione o la notificazione personale della memoria. Ma si tratta di questioni squisitamente processuali che, oltre a non dovere essere qui risolte, qualunque sia la loro soluzione, non mutano i termini della soluzione adottata.

quale riceverebbe esattamente la stessa tutela del doppio giudizio. Da un lato, è vero, senza il 'valore aggiunto' di tirare in lungo il primo giudizio, ma da un altro lato con il minore dispendio – per tutti - di tempo e di risorse. Ciò che, di tutta evidenza, accade quando il giudice si trovi a pronunciare la sentenza nell'unico giudizio – o nei due giudizi riuniti - in cui il lavoratore avrà impugnato tanto il licenziamento orale quanto quello rinnovato.

A questo punto, con questa costruzione, può apparire incongruo richiedere una (solo formalistica) reiterazione dell'atto-volontà, che sarebbe valido, e che, dalla mancata comunicazione dei motivi, non sarà, dunque, reso invalido: ma è solo lasciato temporaneamente inefficace.⁵³

La qualificazione dell'inefficacia si atteggia quindi a *rimedio temporaneo*. Nella specie, tale rimedio temporaneo si potrebbe definire *condizione di procedibilità sostanziale dell'effetto tipico*. Avuto riguardo: quanto a *condizione* allo stato di evento futuro e incerto; quanto a *procedibilità* all'assimilabilità di tale condizione agli effetti della condizione di procedibilità nel processo; la quale appunto impedisce il procedere della domanda verso il processo e la sentenza, ma non impedisce l'esercizio dell'azione; quanto a *sostanziale* al fatto che la stessa è orientata a un effetto che è la situazione giuridica presupposta al processo; quanto a *effetto tipico* alla funzione a cui assolve, cioè all'emersione del motivo in funzione del giudizio, piuttosto che in funzione della caducazione dell'atto (che non è il suo effetto tipico, essendolo dell'invalidità).

La superiore ricostruzione, deve essere sottoposta a verifica con riferimento alla disciplina dell'impugnazione del licenziamento⁵⁴.

⁵³Ne è caso *ante litteram* Cass. S.U. 22 maggio 1991 n. 5794, per la quale, *la previsione dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e dell'art. 14 del regolamento HAFSE, che prevede che il licenziamento di un lavoratore a statuto locale, debba, per essere efficace, risultare da due atti scritti, uno in lingua italiana e l'altro in lingua inglese, provenienti dal datore di lavoro e rivolti al lavoratore, non implica la necessità che tali scritti siano contemporanei, configurandosi la comunicazione di detto licenziamento come fattispecie e formazione progressiva, che si perfeziona nel momento in cui al lavoratore, che abbia già ricevuto l'atto in lingua inglese, sia consegnato anche quello in lingua italiana, con la conseguenza che è a detto momento che occorre aver riguardo, per stabilire la data del licenziamento e per esaminare, con riguardo alle implicazioni processuali e sostanziali che ne derivano, le questioni relative al numero dei dipendenti ed alla stabilità del rapporto del lavoratore licenziato.*

⁵⁴VALLEBONA, *Licenziamento inefficace e termine di impugnazione*, Giust. civ. 1983, I, 874. Cass. S.U. 5391/1982 cit.

4.7 Relazione tra l'inefficacia del licenziamento come rimedio temporaneo e l'onere di impugnazione.

L'elemento aggregante delle diverse decorrenze del termine di impugnazione si rinviene sempre nel momento perfezionativo dell'efficacia del licenziamento.

La dimostrazione di tale affermazione sarà conferma della sistemazione proposta nel precedente paragrafo.

L'art. 6 l. 604/66 àncora il *dies a quo*, della decorrenza del termine decadenziale di impugnazione del licenziamento, al momento in cui viene comunicata la fattispecie completa, cioè: (4.7.1) dal licenziamento, se motivato contestualmente; (4.7.2) dalla motivazione, se successiva.

Le prime due ipotesi sono piane, il termine decorre esattamente dal momento in cui la fattispecie è completa ed efficace.

Ma quando i motivi non vengano comunicati contestualmente, è necessario verificare se il termine decorra comunque in caso di: (4.7.3) mancata risposta; (4.7.4) tardiva risposta; (4.7.5) omessa richiesta; (4.7.6) tardiva richiesta; (4.7.7) comunicazione successiva spontanea non richiesta dal lavoratore; (4.7.8) comunicazione in seguito a interpello tardivo del lavoratore.

In tutte le superiori ipotesi il termine di impugnazione inizierà a decorrere dal momento perfezionativo dell'efficacia a prescindere dall'effetto retroattivo sopra riconosciutogli. Non potrebbe, infatti, farsi retroagire la decorrenza di un termine di decadenza. Poiché la retroattività è dell'efficacia del licenziamento e non della fattispecie che in effetti si completa nel momento in cui la motivazione viene fatta emergere.

Se così non fosse, il criterio ricostruttivo dovrebbe essere abbandonato, non riuscendo a dare risposta certa al decorso del termine decadenziale previsto dal medesimo complesso normativo. Invece, esso è idoneo a rispondere in termini di certezza a tutte le ipotesi sopra formulate.

4.7.1 Licenziamento comunicato per iscritto con i contestuali motivi

Rispetto all'ipotesi in rubrica, la regola dell'efficacia consente di escludere rilevanza tanto alla richiesta dei motivi fatta dal lavoratore, quanto all'eventuale risposta reiterativa del datore di lavoro, ai fini del decorso del termine di impugnazione. Infatti tali atti successivi alla comunicazione del licenziamento contestualmente motivato, non modificano il regime di efficacia dell'atto.

Parzialmente diversa è l'ipotesi in cui la seconda motivazione sia in parte o del tutto innovativa rispetto alla prima.

Una soluzione potrebbe derivare dalla immodificabilità dei motivi. L'innovazione dovrebbe sempre intendersi priva di rilevanza, tanto quale fatto su cui fondare la giustificazione del licenziamento, quanto come fattispecie produttiva di una dilazione del termine di impugnazione. Di certo non potrebbe essere fattispecie produttiva di un nuovo onere di impugnazione. Onere che non sussiste neppure nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia impugnato, nelle more della ricezione della motivazione, il licenziamento non contestualmente motivato. È stato infatti escluso che l'impugnazione debba essere reiterata.

Tuttavia si tratta di materia disponibile, ove il lavoratore impugni anche i nuovi motivi, il giudizio dovrà essere esteso anche su tali fatti.

Una seconda soluzione potrebbe consistere nel riconoscere alla seconda motivazione natura di revoca implicita del primo licenziamento. Ma ciò - deve notarsi - può essere possibile solo allorquando la "nuova motivazione" contenga anche una nuova e distinta, pur implicita, volontà estintiva.

In tale caso il secondo licenziamento è condizionato dalle sorti del primo.⁵⁵ Se il primo licenziamento è nullo o inefficace al momento dell'intimazione del successivo, il secondo potrà vivere di vita propria. Ma se il primo licenziamento non è né nullo né inefficace il secondo sarà privo di oggetto e dunque nullo: di una nullità non contemplata dalla l. 604 e non soggetta a impugnazione nel termine decadenziale.

La revoca in senso stretto dell'atto unilaterale recettizio conosciuto non viene ritenuta ammissibile, stante che la conoscenza dell'atto determina *ipso jure* la sua irrevocabilità. Procedo che la revoca contenuta nell'atto nuovo dovrà essere accettata dal lavoratore.⁵⁶ In caso di accettazione, il secondo licenziamento diverrà efficace (se non vi ostano altre cause) fin dall'accettazione della - proposta datoriale - di revoca. E ovviamente solo da tale momento potrà decorrere il termine di impugnazione.

⁵⁵Cfr. autori a nota 19.

⁵⁶In generale sulla revoca del licenziamento *ex multis* ZOLI, *Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione*, Riv. it. dir. lav., 1998, II, 359; SAETTA, *Ancora su revoca del licenziamento e risarcimento del danno*, Mass. giur. lav. 1988, 692; ID., *Revoca del licenziamento e risarcimento del danno*, Mass. giur. lav. 1985, 191; AVIO, *Appunti sulla revoca del licenziamento*, Riv. it. dir. lav., 1998, II, 346.

4.7.2 Mancata risposta all'interpello.

La norma non contempla espressamente tale ipotesi, la quale tuttavia trova agevole soluzione con la regola dell'efficacia. La mancata risposta all'interpello del lavoratore nei termini del comma 2 dell'art. 2 determina l'inefficacia del licenziamento dovuta all'omesso perfezionamento del requisito della conoscibilità della fattispecie completa. Né – una volta chiesti tempestivamente i motivi – si può fissare la decorrenza del termine al momento della comunicazione del licenziamento o alla scadenza del termine per la comunicazione dei motivi. Si tratterebbe di due termini che non sono punto contemplati nell'art. 6 l. 604 la quale prevede solo due decorrenze: la comunicazione contestuale o la comunicazione successiva; mancando l'una e l'altra, non vi è il presupposto della decorrenza. Trattandosi di norma decadenziale, cioè eccezionale, la stessa deve essere di strettissima interpretazione e non ammette interpretazioni estensive né sistematico-adequatrici.

Si tratta di una fattispecie, in cui non viene ad esistenza il *dies a quo* della decadenza, sicché il termine non inizierà mai a decorrere.

4.7.3 Tardiva risposta all'interpello

In questa ipotesi la regola dell'efficacia consente di avere una risposta articolata, che garantisce la funzione di certezza assicurata dal meccanismo impugnatorio, senza sacrificare l'interesse del lavoratore a far valere l'inefficacia.

Mette conto evidenziare che, secondo la ricostruzione proposta, la declinazione tardiva del motivo completa la fattispecie e rende efficace il licenziamento, ma non ha l'effetto retroattivo.

Dunque il lavoratore, a prescindere dall'impugnazione del licenziamento, potrà far valere le conseguenze risarcitorie, relative all'inefficacia, fino alla comunicazione dei motivi. Ma se vorrà far valere anche l'ingiustificatezza del licenziamento dovrà impugnarlo entro sessanta giorni dalla comunicazione dei motivi, ancorché tardiva.

Nell'ipotesi considerata, infatti, c'è il *dies a quo* certo, c'è l'atto scritto, c'è la protezione del lavoratore a non dilatare il tempo entro cui il datore di lavoro possa fare conseguire efficacia a un licenziamento immotivato.

Ritenere la definitiva inefficacia, in caso di tardività, significherebbe dilatare l'effetto della sanzione oltre il raggiungimento dello scopo.

La tardività, in conclusione, trova già adeguata e autonoma sanzione nell'inefficacia *medio tempore*, cioè nella perdita della retroattività.

4.7.4 Omessa richiesta dei motivi.

Nessun ostacolo vi è nell'affermare che in questo caso l'onere di impugnazione sussista e che il relativo termine decorra dalla comunicazione del licenziamento.

Infatti l'art. 6 l. 604, invero, pospone la decorrenza del termine di impugnazione solo nell'ipotesi in cui i motivi vengano successivamente comunicati, e non anche per la ipotesi in cui tale comunicazione sia mancata.

In tal caso l'opzione ricostruttiva consiste nella risoluzione di un'apparente antitesi: o non essendovi motivazione contestuale, né successiva, il termine non decorre; o decorre dalla comunicazione del licenziamento.

La soluzione dipende ancora una volta dalla regola dell'efficacia.

Il licenziamento di cui non siano stati chiesti i motivi, non è un licenziamento inefficace, potrà divenirlo solo in caso di mancata o tardiva costituzione nel successivo giudizio di impugnazione.

Invece, pendente il termine di impugnazione, il licenziamento non solo non è inefficace ma, la motivazione che dovesse essere adottata successivamente allo spirare del termine di interpello, e fino alla costituzione in giudizio, avrà, come visto, l'effetto di mantenere *ex post* efficace (ancorché eventualmente invalido) il licenziamento fin dalla comunicazione scritta⁵⁷.

4.7.5 Tardivo interpello

La richiesta dei motivi fuori termine non determina in testa al datore di lavoro l'onere di comunicare al lavoratore i motivi in sede stragiudiziale. Spirato il termine di interpello la comunicazione dei motivi perde la caratteristica della ricettività e varrà solo ai fini della giustificazione del licenziamento.

Ne consegue che, se la comunicazione dei motivi non è più elemento della ricettività dell'atto, questo sarà efficace anche senza la loro comunicazione e, dunque, il termine di impugnazione decorrerà dalla comunicazione del licenziamento che, ancorché immotivato, è efficace *ex ante*⁵⁸.

⁵⁷Per un caso analogo Cass 6 luglio 1983 n. 4546, per la quale il giustificato motivo di licenziamento, ai sensi degli art. 1 e 2 della legge n. 604 del 1966, non deve essere necessariamente specificato dal datore di lavoro con l'atto scritto di intimazione del licenziamento medesimo, ... le motivazioni tuttavia devono essere menzionate in sede conciliativa e contenziosa, nelle quali è necessario altresì precisare i fatti già contestati con lettera o a richiesta del prestatore di lavoro, senza possibilità alcuna di modificarli, essendo solo consentito di specificarli ulteriormente, senza mutarne l'oggettiva consistenza storica. Cfr. pure a nota 37.

⁵⁸Del resto si ammettesse la non perentorietà del termine per chiedere i motivi, la

4.7.6 Comunicazione successiva dei motivi non richiesti dal lavoratore

Potrebbe darsi il caso che il datore di lavoro declini i motivi, in un momento successivo alla comunicazione del licenziamento, senza che ciò gli sia stato sollecitato dal lavoratore.⁵⁹

Occorre qui verificare che cosa accade se la comunicazione dei motivi avviene prima o dopo lo spirare del termine per la richiesta.

Nel primo caso, il termine di decadenza dovrebbe decorrere dalla effettiva comunicazione dei motivi, come prescrive la seconda parte dell'art. 6 l. 604, posto che l'atto spontaneo del datore di lavoro è comunque successivo alla comunicazione del licenziamento e vale a integrare la comunicazione, conferendogli efficacia da quel momento con effetto retroattivo.

Se così non fosse il datore di lavoro impedirebbe al lavoratore di utilizzare tutto il termine di sessanta giorni dalla conoscenza dei motivi per decidere se impugnare o no.

Nel secondo caso, invece, il lavoratore aveva già abdicato al diritto di conoscere i motivi prima di procedere all'impugnazione, rendendo ex post efficace il licenziamento, sicché la decorrenza del termine di impugnazione per lui era quella della comunicazione del licenziamento, come al punto 4.7.5 - più sopra.

Con lo spirare del termine per l'interpello, il termine decadenziale ha avuto i suoi dies a quibus ac ad *quos*, sicché non può valere la condotta delle parti a modificare il corso della decadenza, salva la rinuncia tout court a farla valere in giudizio.

4.7.7 Comunicazione dei motivi richiesti tardivamente dal lavoratore

La soluzione di questa ipotesi è assimilabile a quella testè esaminata, anche se richiede un percorso più articolato, posto che la comunicazione nonostante la tardività dell'interpello, include un giudizio in ordine alla eventuale rinuncia datoriale alla decadenza. E in effetti la declinazione dei motivi, sollecitata dal lavoratore, dopo che il termine per l'interpello sia infruttuosamente decorso, comporta senza dubbio la rinuncia a far valere la decadenza.

richiesta tardiva sortirebbe l'inammissibile effetto di interrompere il decorso del termine decadenziale e ciò fuori dalle ipotesi eccezionalmente consentite (richiesta tempestiva) e in violazione di ogni norma sulla decadenza che appunto non contempla l'interruzione (art. 2964 c.c.).

⁵⁹ Cfr. la giurisprudenza a nota 45; nonché *infra* nel testo.

Anche se, non essendo il datore di lavoro obbligato a rispondere, i motivi potranno essere esternati in qualsiasi momento, anche successivamente al termine di sette giorni dalla richiesta, senza che ciò determini l'inefficacia del recesso.

A ben vedere si ripropone la versione prima esaminata ai paragrafi 4.7.5 e 4.7.6; decorso il termine di interpello la comunicazione dei motivi perde il carattere della ricettività e dunque l'efficacia dell'atto al quale i motivi accedono non è subordinata alla conoscibilità del contenuto.

Nulla vieta, ancora una volta, la rinuncia *tout court* a far valere la decadenza, ma ciò non potrà essere un effetto automatico della declinazione non dovuta dei motivi.

4.7.8 Motivazione generica contestuale o successiva

In caso di motivazione generica l'esclusione dell'onere di impugnazione procede sia dalla mancanza di efficacia del licenziamento, sia dalla equiparazione della fattispecie a quelle *sub* 4.7.3, 4.7.4 e 4.7.5.

Rispetto a tali fattispecie si apprezza la coerenza del sistema di inefficacia temporanea proposto.

Infatti, poiché la comunicazione di una motivazione generica non è in condizione di completare la fattispecie e di renderla efficace, il licenziamento non dovrà essere impugnato nel termine decadenziale. Ma il datore di lavoro potrà porre fine alla situazione di incertezza, specificando la motivazione o costituendosi nel giudizio di impugnazione del licenziamento. Questo è anzi ciò che accade normalmente. Così determinando il completamento della fattispecie e l'efficacia del licenziamento.

In tal caso il giudice, utilizzando la proposta ricostruzione, ferma restando la pronuncia sull'inefficacia *medio tempore*, potrebbe pronunciarsi sulla giustificatezza del licenziamento. Porrebbe così fine alla situazione di incertezza, determinata da una motivazione apparente, senza che ciò sia di pregiudizio per il lavoratore, il quale resterebbe comunque esposto alla rinnovazione del licenziamento.

In definitiva, tutte le fattispecie esaminate confermano la ricostruzione proposta. Tale costrutto si rivelerà passaggio determinante nella sistemazione delle conseguenze, nell'area della tutela obbligatoria, del licenziamento disciplinare viziato nella forma.

4.8 Il problema della gradualità della sanzione e il parallelismo delle tutele. Rinvio.

Gli effetti reali dell'inefficacia ex art. 2 l. 604 (che nella ricostruzione tradizionale sono anche definitivi), sono stati oggetto di critica, sulla base della già riferita⁶⁰ incoerenza di un sistema, che determini conseguenze più gravi per le violazioni formali di quanto non commini per le violazioni sostanziali più gravi.

Questo problema è comune alle conseguenze del licenziamento disciplinare, viziato nella forma, nell'area della tutela obbligatoria e, seppure con diversi effetti, alle conseguenze dell'annullamento ex art. 8 l. 604.

Appare, così, opportuno rinviare la riflessione in sede di conclusioni generali sulla coerenza e sufficienza di tutela offerta dal regime obbligatorio⁶¹.

Qui può anticiparsi che l'addotta incoerenza deriva vieppiù, non dall'inefficacia, ma dalla sua definitività. Dunque, per ragioni di causa ed effetto, deriva dalla ritenuta, e si ritiene confutata, natura di nullità della sanzione di cui all'art. 2 l. 604.

⁶⁰ *Supra* al par. 4.1 nonché le osservazioni di NOGLER, e PERA, opp. cit.

⁶¹ *Infra* par. 7.1

L'inefficacia del licenziamento disciplinare

5.1 Le sanzioni per i vizi di forma del licenziamento disciplinare nell'area della tutela generale obbligatoria: posizione del problema e ragioni che hanno portato all'applicazione dell'art. 8 l. 604 a tali violazioni.

Le fattispecie produttive del vizio formale saranno qui considerate secondo al ricostruzione generalmente accolta.

Pertanto, presupposta l'adesione alla teorica della natura ontologica del licenziamento disciplinare, saranno considerati necessariamente dovuti gli adempimenti di cui all'art. 7 s.l.

Esulano dalla presente indagine le questioni dell'ambito di applicazione del comma 1 dell'art. 7 s.l., della qualificazione del licenziamento e, in generale, dei problemi di merito in ordine alla sussistenza del vizio.

Dato un vizio anteriore all'intimazione, esso produrrà una sanzione; su questo aspetto ci si soffermerà.

Con la legge 11 maggio 1990 n. 108 la giurisprudenza si trovò a dovere affrontare diffusamente questioni che concernevano vizi procedurali del licenziamento disciplinare nell'area della tutela generale obbligatoria; nell'area cioè delle piccole imprese, dove mancava un'abitudine alla osservanza delle rigide norme sul procedimento disciplinare.

L'applicazione della nullità a tali licenziamenti, assertivamente giustificati, venne ritenuta paradossale. Si adduceva l'esempio di lavoratori che, pur avendo commesso gravi mancanze, ad esempio furti, venivano di fatto reintegrati, sol perché il procedimento disciplinare era stato violato.

Ma si osserva che il paradosso, se di paradosso di tratta, si verifica allo stesso modo anche nella tutela reale. Il paradosso in sé non si attenua nell'area di tutela forte e non si aggrava nell'area di tutela debole. Il paradosso non cambia. O c'è o non c'è. Non è l'area di tutela che può confondere la disciplina della fattispecie. Il problema vero, forse dietrologico, è l'insofferenza verso misure sanzionatorie forti, con effetti reali, fuori dall'ambito dell'art. 18 s.l.

Ci fu un ricco fiorire di dichiarazioni di nullità, anche a fronte di licenziamenti che, se fossero stati esaminati nel merito, con molta probabilità, sarebbero stati dichiarati legittimi.

La questione interpretativa ben presto apertasi è nota: se per la violazione di forma dovesse applicarsi il regime di diritto comune, ovvero quello di diritto speciale dell'art. 8 l. 604.

In verità, lo stesso porsi il problema in questi termini, non è che la conseguenza del disinteresse ricostruttivo verso la natura e la funzione delle sanzioni dell'atto. Questione, questa, sopita e assorbita dal regime unificante dell'art. 18 s.l.

L'allargamento repentino, della platea di possibili destinatari di provvedimenti diversi da quelli previsti dall'art. 18 s.l., fece emergere la convinzione che, fuori dall'art. 18 s.l., non vi fosse spazio per tutele diverse da quelle dell'art. 8 l. 604. Questa venne assunta a unità di misura e a parametro di sufficienza di ogni tutela che dovesse essere differenziata da quella dell'art. 18 s.l., per ambito di applicazione.

Il fondamento della bipartizione di tutele, o forte o debole, germe del parallelismo, venne rinvenuto nell'esigenza di simmetria con la riduzione delle aree generali di tutela da tre a due, operata dalla legge 108/90.

Insomma, come se l'accertamento del regime sanzionatorio applicabile dovesse precedere l'accertamento del vizio dell'atto; come se l'art. 18 s.l. fosse una norma che istituisse le sanzioni per il vizio del licenziamento; come se l'art. 18 s.l. fosse anteriore all'art. 8 l. 604 e avesse disciplinato i vizi del licenziamento; come se alla tutela debole si arrivasse come residuo dell'art. 18 s.l.

Mentre è l'esatto contrario, alla sola considerazione della cronologia.

La ricostruzione dantoniana della reintegrazione, in termini di tecnica che sanziona la condotta illecita datoriale e assicura gli effetti della sanzione civilistica applicabile al licenziamento illegittimo, non è stata mai confutata. È assai strano, perciò, che si continui a considerare duplice il sistema di sanzioni all'atto di licenziamento, in ragione dell'applicabilità o non dell'art. 18 s.l. Ma il passaggio dalla legge 604 allo Statuto non aveva riprodotto la presupposta dicotomia art. 2118 c.c. – l. 604, con un prima di libertà e un dopo di restrizioni. Nel passaggio dalla l. 604 all'art. 18 s.l., la dicotomia tutela forte per la forma, tutela debole per la sostanza, già presente nella legge 604, si superò irrobustendo la tutela verso i vizi di giustificazione. Ciò è avvenuto verso l'alto, senza alcuna riduzione di tutela fuori dalle aree della sua applicazione.

Le S.U.¹ hanno affrontato *funditus* la questione della qualificazione del

¹ Cass. S.U. 26 aprile 1994 n. 3966 Foro It., 1994, I, 1708 con nota di AMOROSO,

vizio di forma e conseguentemente della sanzione applicabile. Fino ad allora l'orientamento prevalente della giurisprudenza era quello di ritenere una nullità di diritto comune, secondo la teorica della contrarietà a norma imperativa. Si era poi affacciato un nuovo orientamento che riteneva, invece, il vizio assimilabile all'ingiustificatezza.

La composizione del contrasto è avvenuta nel segno della teorica dell'applicabilità dell'art. 8 l. 604. Ciò è stato fatto, inevitabilmente, tenendo conto del concreto risultato prodotto dalla miscela dell'apparato sanzionatorio civilistico, fino ad allora adottato, con l'abnorme durata dei processi.

Questa scelta ermeneutica è stata considerata dalla dottrina più attenta² un'operazione di politica (giudiziaria) del diritto, dogmaticamente poco convincente.

Ma alla fine, il senso equitativo ha prevalso e i risultati sono stati accolti con favore,³ affermandosi che era decisivo assicurare la coerenza interna del sistema.

La coerenza invocata risultava, ovviamente, dalla indimostrata postulazione della necessità che la violazione della regola formale non producesse conseguenze più gravi delle violazioni delle regole sostanziali, del concreto controllo della giustificazione.

Si dirà subito che non si concorda con questa né con le altre ragioni che hanno condotto all'adozione dell'attuale sistemazione.

Essa è stata adottata sotto i falsi presupposti: a) dell'incoerenza del sistema; b) della mancanza di una sanzione testuale; c) della conseguente necessità di ricrearne (*rectius*: crearne) una. Né tampoco si concorda con la maggior parte del ragionamento classificatorio, largamente apodittico.⁴

Con anticipazione dei risultati, si osserva che il vizio di fondo risiede nel considerare l'inefficacia dell'art. 2 l. 604 come derivante da nullità.

Foro It., 1994, I, 2707 con nota di MAZZOTTA e gli ampi riferimenti in MAZZOTTA, *I licenziamenti*, pp. 139 ss. II ed. Milano 1999; NOGLER, *Sul c.d. ...*, cit.; SANDULLI, *Il licenziamento disciplinare ...*; MAGNANI, *Il licenziamento ...*; PAPALEONI, *Licenziamento ...*; TIRABOSCHI, *Area ...*, opp. cit.; MONTUSCHI, *Il licenziamento ...*, cit.; ZILIOGRANDI, *Corte costituzionale e licenziamento disciplinare*, Lav. dir., 1992, 99.

²MAZZOTTA, *I licenziamenti* cit. p. 141 e l'opinione è del tutto condivisibile, a differenza della scelta della riconduzione alla nullità *tout court*; ID., *La terra è piatta ...* cit. *contra criticamente*: PERA, *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*, cit. Riv. it. Dir. Lav., 1995, II, 3 il quale evidenzia l'incongruità logica del doppio regime, ma poi propende per l'estensione di quello debole.

³TIRABOSCHI, op. loc. ult. cit., PERA, opp. cit.; PELAGGI, cit.

⁴Cfr. ICHINO, cit., p. 511ss., PERA opp. cit.

Dunque definitiva, piuttosto che, come proposto, temporanea e finalizzata al completamento della fattispecie motivazione-giustificazione.

Funzione ed effetto che, come si dimostrerà, sono comuni anche alla fattispecie di forma prevista dall'art. 7 s.l.

5.2 Il fondamento logico della proporzionalità delle sanzioni: alcuni sillogismi.

La teoria del parallelismo delle tutele parte dall'osservazione, in sé logica, che in un sistema coerente, alla violazione formale di minore gravità, non possa corrispondere l'applicazione di una sanzione reale di maggiore gravità.

Detta teoria ritiene di potere ricondurre a coerenza il sistema sulla base dell'assioma secondo cui nella disciplina del licenziamento a vizio maggiore corrisponde sanzione maggiore e a vizio minore corrisponde sanzione minore.

Secondo questo ragionamento, applicare la vizio di forma, che è minore, la sanzione dell'inefficacia di diritto comune che è maggiore sarebbe illogico.

Questo modo di procedere – fortemente suggestivo – una volta applicato a ogni aspetto della disciplina dei licenziamenti si appalesa contraddittorio.

La dimostrazione che il sistema legale di inefficacia di diritto comune non viola alcuna regola della logica e che a essere viziato è il ragionamento parallelistico non necessita neppure che si provi la falsità del presupposto da cui muove. E' possibile fare applicazione dei principi di identità, di non contraddizione, e di transitività alla teorica del parallelismo.

La ricostruzione ermeneutica in discussione si basa sulle seguenti *coppie logiche*, alle quali è dato *valore assiomatico*: (a) vizio minore è uguale a sanzione minore; (b) vizio maggiore è uguale a sanzione maggiore.

Di necessità, da esse, derivano anche le seguenti altre: (c) a vizio uguale *corrisponde* sanzione uguale; (d) la reintegrazione è una sanzione maggiore; (e) l'inefficacia è una sanzione maggiore; (f) la nullità è una sanzione maggiore; (g) la riassunzione è una sanzione minore; (h) il vizio di forma è *diverso da* il vizio di sostanza; (i) il vizio di sostanza è *maggiore di* il vizio di forma; (l) a vizio di sostanza *corrisponde* la riassunzione; (m) a vizio di forma *corrisponde* inefficacia; (n) a ingiustificatezza *corrisponde* vizio maggiore; (o) l'inefficacia è *diversa da* la riassunzione; (p) l'inefficacia è *maggiore* della riassunzione; (q) la riassunzione è *minore* dell'inefficacia.

La *tesi* è la seguente: (t1) l'art. 18 s.l. è uguale a sanzione maggiore; (t2) l'art. 8 l. 604 è uguale a sanzione minore.

Applicando le *coppie logiche* alla *tesi*, tramite *sostituzione* dei termini corrispondenti, si costruiscono i *sillogismi* che seguono, rispetto ai due sistemi dell'art. 8 .604 e dell'art. 18 s.l..

Nell'art. 8 l. 604: (s1) la nullità è *uguale a* una sanzione maggiore; (s2) l'inefficacia è *uguale a* una sanzione maggiore; (s3) l'ingiustificatezza è *uguale a* una sanzione minore.

Donde vi sarebbe la verifica dell'ipotesi di illogicità, in quanto si sta applicando una sanzione minore (*riassunzione*) a un vizio maggiore (*ingiustificatezza*).

Nell'art. 18 s.l.: (s1A) l'inefficacia è *uguale a* sanzione maggiore; (s2A) la nullità è *uguale a* sanzione maggiore; (s3A) l'ingiustificatezza è *uguale a* sanzione maggiore.

L'illogicità si ripete anche nel *tertium comparationis* adottato. Infatti applicando i summenzionati principi avremo che: (tc1) l'inefficacia è *minore di* ingiustificatezza; (tc3) a vizio minore *corrisponde* sanzione minore; (tc3) reintegrazione è *uguale a* sanzione maggiore; (tc4) ingiustificatezza è *uguale a* vizio maggiore; (tc5) l'inefficacia è *uguale a* vizio minore.

L'applicazione delle *coppie assiomatiche*, per produrre un *risultato logico*, deve determinare che: l'inefficacia è una sanzione *minore* dell'ingiustificatezza.

Tuttavia essa produce: inefficacia è sanzione *uguale a* ingiustificatezza. Questo è un risultato illogico, in quanto determina l'applicazione di *sanzioni uguali per vizi diversi*.

La sostituzione potrebbe continuare con tutti i termini dimostrando ogni volta che l'*unificazione delle sanzioni* è *illogica*.

Anche se si volesse seguire come diverso criterio logico ordinatore quello del parallelismo e cioè unica sanzione in ogni area di applicazione delle tutele, sanzione maggiore dentro l'art. 18 s.l., sanzione minore fuori, la sostituzione produrrebbe le stesse illogicità, giacché in ogni caso:

La tesi sarebbe che: (1) ad art. 2 *corrisponde* vizio di forma; (2) ad art. 7 *corrisponde* vizio di forma; (3) a forma *corrisponde* sanzione minore. Questa tesi produce anche: vizio dell'art. 2. è *uguale a* vizio dell'art. 7.

Ipotesi del parallelismo: (ip1) al vizio ex art. 2 *deve corrispondere* una sanzione minore; (ip2) al vizio ex art. 7 *deve corrispondere* una sanzione minore.

La teorica – ipotesi del parallelismo - distingue, tuttavia, art. 2 e art. 7. Essa lascia il primo (art. 2) nel novero delle sanzioni maggiori (*nullità-inefficacia*). Cosicché i termini del sillogismo diventano: (ip1A) ad art. 2 *corrisponde una* sanzione maggiore; (ip2A) ad art. 7 *corrisponde una* sanzione minore.

Ineluttabilmente, però, risulta così che: vizio ex art. 2 è *diverso da* vizio ex art. 7 che contraddice la stessa tesi.

Dunque, una delle due ipotesi è falsa. O è falso che art. 2 e art. 7 siano entrambi vizi di forma o è falso che all'art. 2 si applichi la sanzione maggiore. Tale ultima possibilità è esclusa dalla previsione legale. Sicché, l'unica via per dimostrare l'ipotesi è che la violazione dell'art. 7 non integri un vizio di forma; poiché *tertium non datur* essa deve integrare un vizio di sostanza. Da ciò dovrebbe così derivare che la sua violazione dovrebbe condurre il giudizio verso il sindacato sulla fondatezza della giustificazione, nel merito. Ma se così fosse, il vizio di forma, perderebbe la cogenza che gli è propria. Infatti resterebbe privo di rilevanza, dato che in ogni caso di licenziamento disciplinare viziato nella forma si dovrebbe giudicare la sostanza. Quest'ultima ipotesi, ovviamente, non è stata neppure formulata.

Queste aporie e altre, derivano dalla anteposizione del risultato al ragionamento. Ovvero dalla comparazione di due sistemi che, in tesi, non devono produrre risultati analoghi, perché diversi. Per tale diversità non dovrebbero essere comparati. Oppure, ancora, occorre praticare la strada del *tertium genus* tra forma e sostanza; ma anche in questo caso verrebbe meno il presupposto per effettuare la comparazione degli effetti, tra vizi di forma e vizi di sostanza.

Come volevasi dimostrare la logica del parallelismo è falsa.

5.3 I percorsi ricostruttivi della giurisprudenza e gli echi della dottrina. Premesse.

La qualificazione delle conseguenze della violazione delle regole procedurali del licenziamento disciplinare in termini di nullità produceva effetti analoghi, e a volte uguali, a quelli della negata applicazione dell'art. 18 s.l.⁵

Le conseguenze erano ben più robuste di quelle che sarebbero occorse al datore di lavoro, che non avesse dato la prova della giustificazione, pur avendo rispettato la procedura.⁶

⁵Il riferimento è alla negazione della c.d. forza espansiva esterna dell'art. 18 s.l. quale si affacciò all'indomani della sentenza della C. Cost. 204/82. Sull'evoluzione di tale vicenda cfr. MAZZOTTA, *I licenziamenti* cit. pp. 114 ss.

⁶Si anticipa la prima incoerenza che sarà studiata: *tertium comparationis* non può essere l'art. 18 s.l.. Se, infatti, tale norma non può essere invocata per elevare le tutele dell'area debole [cfr. quanto al par. 5.8, al par. 7.1], a rigor di logica non può essere invocata per scemarle.

Di fronte a tale risultato applicativo si disse formale il vizio di procedimento e sostanziale il vizio di motivazione. Si operò poi una classificazione gerarchica dei vizi, assumendo di minore gravità quello formale.

Si provvide quindi alla comparazione degli effetti empirici del vizio,⁷ secondo *l'id quod plerumque accidit*, e ci si avvide che per il vizio meno grave si incorreva in una sanzione più grave e viceversa. (Il che è già porsi fuori dal metodo giuridico.) Si proclamò, pertanto, l'incoerenza sistematica del risultato ermeneutico e si provvide alla *reductio ad unum* delle due specie di violazioni. Si assunse che la violazione del procedimento disciplinare dovesse determinare conseguenze non più gravi della mera illegittimità e non invece l'invalidità o l'inefficacia del licenziamento.

La proposizione iniziale era, che avendo la Corte Costituzionale⁸ introdotto nel sistema il precetto ma non la sanzione, spettava all'interprete trovarne una adeguata, non potendosi sbrigativamente fare riferimento alla clausola generale di nullità per contrasto con norme imperative di ordine pubblico.

Le S.U., perciò, si sono affannate – inutilmente – a dimostrare la non ricorrenza di tale natura e dunque a concludere, escludendo che nell'art. 7 s.l. si potesse rinvenire il fondamento della nullità⁹.

Una volta esclusa la ricorrenza dell'ipotesi di nullità e ritenuto che la violazione in parola fosse produttrice di una mera irritualità, a sua volta determinante illegittimità, se ne trasse la conseguenza che bisognava procedere alla individuazione della sanzione applicabile a tale illegittimità.

Il fondamento fu rinvenuto nella carenza di potere, nel senso di impossibilità di avvalersi della giustificazione del licenziamento irrituale. Non avvedendosi, però, che, così operando, il procedimento rischiava di diventare fondativo del potere di licenziare.

Delle affermazioni sopra riportate e compendiate nella locuzione 'parallelismo delle tutele', non è però stato dimostrato il fondamento positivo diretto, né quello sistemico¹⁰, ma solo la rispondenza a regole eque,

⁷V. la dimostrazione contraria *supra* al paragrafo 5.2.

⁸Sentenza n. 204/82.

⁹V. sentenze 3966/94 e 4844/94.

¹⁰La lezione di BARASSI, - *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 1901, - come lezione di metodo universalmente riconosciuta, è stata anche quella di ancorare al diritto positivo la costruzione di un nuovo sistema. Sul punto cfr. GARILLI, *Il contratto di lavoro e il rapporto di impiego privato nella teoria di Lodovico Barassi*, Riv. giur. lav. 2001, I, 375. PERA, *Rileggendo. Il contratto di Lavoro (1915 - 17) di Ludovico Barassi*, Riv. it. Dir. Lav., 1998, I, 3; SCOGNAMIGLIO, *Il contratto di lavoro e il contratto di locazione nel pensiero di Lodovico Barassi*, Riv. it. dir. lav., 2002, 25; OCCHINO, *La nascita del diritto del lavoro: il contratto di lavoro di Lodovico Barassi*

tra cui il ‘buon senso’.

Le osservazioni si rincorrono senza mai incontrare un punto fermo nel diritto positivo. Ciononostante, il costrutto ha avuto una vasta eco in dottrina. In termini di critica negativa sono state avanzate diverse obiezioni, *in primis* sul presupposto della gerarchizzazione delle sanzioni.

In termini adesivi, invece, le osservazioni di convinta adesione non hanno portato argomenti nuovi alla sistemazione giurisprudenziale. Esse, però, hanno avuto l’effetto ricorsivo nel vario argomentare delle sentenze che, in breve volgere di tempo, si sono succedute sull’argomento. L’adesione della dottrina, pur non apportando alcun argomento sistematore, ha finito con il divenire maggioritaria. Perciò solo ha assunto un ruolo legittimante della posizione giurisprudenziale.

5.4 Segue: I valori protetti dall’art. 7 s.l. e la sufficienza delle tutele. Critica.

Uno dei gangli fondamentali della costruzione del “nuovo” sistema sanzionatorio risiede nell’adeguamento dell’estensione della sanzione: dall’inefficacia data, a un diverso e nuovo livello di sufficienza.

La legittimità di tale operazione ermeneutica pretende di trovare fondamento nell’applicazione *a contrario* della teoria della sufficienza delle tutele, elaborato dalla Corte Costituzionale,¹¹ a proposito della lavoratrice madre.

La Corte Costituzionale, infatti, aveva ritenuto che la tutela legale della mera inefficacia del licenziamento, fosse insufficiente a tutelare la donna (il nascituro e il bambino).

Sulla base, poi, della comparazione con le disposizioni della l. 7/63, che commina la nullità del licenziamento a causa di matrimonio,¹² la Consulta ha espressamente indicato la sanzione da applicare in luogo di quella dichiarata incostituzionale, appunto la nullità.

cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze, Riv. it. dir. lav., 2001, III, 207, NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, Milano 2003, ID., *Introduzione alla ristampa anastatica di Barassi, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano 2003.

¹¹Risultato esegetico al quale si approda dai molteplici interventi del giudice delle leggi nella materia dei licenziamenti e segnatamente nella sentenza [C.COST. 8 febbraio 1991 n. 61 in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1991 61 e con note in Dir. lav. 1991, II, 221, Mass. giur. lav. 1991, 4 e in Riv. it. dir. lav. 1991, II, 264, 724] che dichiara incostituzionale la vecchia legge 1024/1971 sulla tutela della maternità, nella parte in cui prevede la temporanea inefficacia invece della radicale nullità del licenziamento della gestante o della puerpera.

¹²*Supra* al par. 3.1

Alla luce di queste premesse ermeneutiche le sezioni unite esaminano il sistema dei diritti del prestatore di lavoro nel licenziamento. Nel loro argomentare la tutela della nullità sarebbe riservata ai diritti espressione di principi fondamentali e inderogabili: quali la maternità e la non discriminazione; negli altri casi – affermano - il licenziamento conserverebbe la sua efficacia estintiva. Ne traggono la conseguenza perciò che apparirebbe *invero arduo configurare il rispetto del procedimento come un “bene in sé”, tutelato in via autonoma, tanto più che ciò non discenderebbe da una scelta del legislatore ... ma da una sentenza additiva di interpretazione costituzionale.*¹³

Due gli snodi: a) il rispetto delle regole procedurali non è un “bene in sé”; b) le regole introdotte in via additiva dalla Consulta hanno minore rilievo e sono tali da non giustificare una tutela energica pari a quella dei beni primari.

I due passaggi in realtà sono un complesso argomentare. In forza del quale risulta decisivo il secondo passaggio. Esso serve per dare vigore all’assunto che il rispetto del procedimento dell’art. 7 s.l. non radica un interesse tale da invocare tutela autonoma, svincolata dalla tutela accordata alla sostanza dell’atto al quale prelude.

La verifica della fondatezza dell’asserto, che esclude l’autonoma tutelabilità del bene giuridico “rispetto del procedimento”. Essa deve partire dall’esame della seconda osservazione, per accertare se il bene protetto sia di rango almeno pari ai valori fondamentali di tutela espressi nell’art. 2 della l. 604.

Va in linea di principio osservato che una sentenza additiva della Corte Costituzionale non ha meno valore di una scelta del legislatore. Anzi, analizzando il contesto, ci troviamo di fronte a un legislatore, che omissivamente si pone in contrasto con i valori fondamentali espressi dalla Carta; mentre la Corte sanziona proprio l’omissione considerata, adeguando il precetto manchevole alla fonte superiore.

Dunque si tratta di una addizione con garanzia di costituzionalità. Operazione di salvataggio del sistema complessivo dei licenziamenti disciplinari, il quale senza l’addizione in parola, non potrebbe resistere alla censura di incostituzionalità.

Nonostante la contraria indicazione delle SU,¹⁴ si tratta della stessa operazione fatta nella sentenza in materia di licenziamento della gestan-

¹³S.U. 3966/94

¹⁴S.U. 18 maggio 1994 n. 4844, Dir. lav. 1994, II, 368 con nota di CERRETA, nello stesso senso Cass. 3 giugno 1995, n. 6234

te e puerpera¹⁵. Peraltro, anche la Cassazione, attribuendo all'art. 7 s.l. un apparato sanzionatorio che non ha, cade nella tentazione additivo-sistemica. Con il particolare che l'addizione non viene da giudice delle leggi.

La notazione della Cassazione, dunque, rimane a livello di enunciato e non offre nessun argomento per scemare il valore fondativo della pronuncia della Consulta.

Ciò posto, è in astratto condivisibile che, quando il procedimento sia fine a se stesso, il bene "rispetto del procedimento", non possa essere considerato un "bene in sé". Con le debite differenze una conferma viene dal diritto processuale, che non consente la dichiarazione di nullità degli atti (procedimentali), che abbiano raggiunto il loro scopo (art. 156 comma 2 e 3 c.p.c.), ovvero, che limita la retroattività della pronuncia di nullità (art. 164 c.p.c.).

Ma il fatto è che le norme procedurali sono norme strumentali alla protezione di un diritto. L'opera della sanzione è di ristabilire nel diritto, con la sua mediazione, la simmetria violata.¹⁶

Sicché la valutazione dell'importanza del 'rispetto del procedimento', deve essere condotta con riferimento al bene giuridico protetto, per mezzo del procedimento medesimo. Ne consegue che violare il procedimento è violare il bene giuridico da esso protetto¹⁷.

Pertanto la valutazione di adeguatezza e sufficienza della sanzione, non deve essere condotta, in astratto, con riferimento al rispetto del procedimento; ma, in concreto, rispetto all'assicurazione dello scopo perseguito. Quindi, con riguardo al raggiungimento dello scopo per mezzo della rea-

¹⁵C. COST. 61/91 cit.

¹⁶*Supra* al par. 1.2

¹⁷C.COST. 25 luglio 1989 n. 427, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1989 427 e con note in Mass. giur. lav. 1989, 319, Riv. it. dir. lav. 1989, II,641, Riv. giur. lav. 1989, II,195, Dir. lav. 1989, II,360, opportunamente e appropriatamente richiamata – anche se a proposito del licenziamento disciplinare del dirigente - dalla recente Cass. 3 aprile 2003 n. 5213 [in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte di Cassazione > cerca > 2003 5213 e in Lav. giur. 2003, 735 con nota di DUI, in Mass. giur. lav. 2003, 537 con nota di MANNACIO in Dir. lav. 2003, II, 163 nota di DI LEMMA.] per la quale *Appare importante anche il rilievo di Corte cost. n. 427-1989, secondo cui il licenziamento per motivi disciplinari può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e crea ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare. Appare indubbio, infatti, che si tratta di considerazioni pertinenti anche con riferimento al rapporto di lavoro dirigenziale.* Nello stesso senso Cass 20 aprile 1998 n. 4014. Ma la questione rimane contrastata.

zione all'offesa: *id est* per mezzo della conformazione successiva¹⁸ operata dalla sanzione.

Il 'bene in sé' è qui, dunque, il valore espresso dall'art. 7 s.l. e non il procedimento purchessia. Per affermare l'autonomia del quale, e per converso confutare l'affermazione delle S.U., è sufficiente il tenore letterale delle affermazioni dei giudici della Consulta. Essi, in più occasioni¹⁹, hanno affermato che le norme a presidio del valore "contraddittorio anticipato", assolvono alla protezione di "*diritti inderogabili di civiltà giuridica*"²⁰.

Valore che, se non fosse assoluto, non spiegherebbe il contrasto costituzionale.

Valore che, se non fosse autonomo, non spiegherebbe la sua necessità anche nel sistema di libera recedibilità.

Valore che, se non prescindesse dalla sanzione prevista per l'atto che la sua violazione inficia, non potrebbe riconoscersi "a prescindere" dal regime sanzionatorio applicabile.²¹

Sulla base di tali rilievi perdono consistenza e interesse ricostruttivo le ulteriori ragioni addotte a sostegno dell'opzione di esclusione dell'ipotesi di nullità. *Id est*: da un lato la limitazione della nullità alla sola violazione di norme imperative di ordine pubblico²² e dall'altro l'esclusione dell'art. 7 s.l. dal novero delle norme di ordine pubblico.

In contrario, vi è la espressa indicazione della Consulta circa la natura assoluta (inviolabile) dei diritti protetti dalla norma.

Ciò solo sarebbe bastevole a riportare la violazione dell'art. 7 s.l. nel novero della nullità e chiudere la questione.

Ma il punto è un altro. È stabilire se sia fungibile con lo scopo perseguito dall'art. 7 s.l. quello della sanzione comminata dall'interpretazione giurisprudenziale.

Sotto questo angolo visuale occorre chiedersi se i diritti assicurati dall'art. 7 s.l. non debbano esigere il rispetto di un procedimento. Cioè di quella forma di produzione dell'atto, che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio.

Audiat - lo si ripete²³ - *et altera pars* ; di necessità, prima che il licenziamento venga irrogato, e in aggiunta alle azioni che, *ex post*, pos-

¹⁸ *Supra* al par. 1.2

¹⁹ C.COST. 204/82, 345/88, 427/89

²⁰ Così C.Cost. 204/1982 cit.

²¹ C.COST. 427/89.

²² Con riferimento evidente a BIANCA, *Il contratto*, p. 620. Ma il richiamo non sembra pertinente, rispetto al bene del contraddittorio che è stato assunto a diritto inviolabile.

²³ Insiste così testualmente la sentenza 204/1982.

sano (o potevano già) esperirsi prima dell'estensione della disposizione ai licenziamenti.

Il rispetto del contraddittorio tanto più è dovuto – sottolinea ulteriormente la Corte Costituzionale – perché competente ad irrogare la sanzione è, non già (come avviene nel processo giurisdizionale) il giudice, per tradizione e per legge *super partes*, ma la *pars*.²⁴ La Corte mostra di non ritenere di minore rilievo il diritto al contraddittorio “fuori da processo” rispetto a quello “dentro il processo”. Essa, infatti, ribadisce si richiama all'orientamento espresso con la sent. 69/1982; con essa aveva giudicato illegittimo, per violazione dell'art. 3, l'art. 99 u.c., r.d. 16 marzo 1942 n. 267 (disciplina del fallimento), interpretato nel senso di sancire l'impugnabilità delle sentenze, rese in sede di opposizione allo stato passivo, su crediti di lavoro e di previdenza e assistenza obbligatorie. Sulla base di ciò, precisa la Corte Costituzionale, il constatato contrasto tra i commi primo secondo e terzo dell'art. 7 e l'art. 3 della Costituzione esime dal verificare se anche l'art. 24 Cost. sia offeso dalla sinora dominante interpretazione dei commi primo secondo e terzo dell'art. 7 s.l..

I beni protetti da questa disposizione vengono espressamente elevati a manifestazione di principi di civiltà giuridica. La loro violazione è tanto più grave quanto più grave è il pregiudizio che si verifica se il licenziato non sia stato posto in grado di difendersi e fare accertare l'insussistenza dei motivi disciplinari; peraltro unilateralmente mossi e addebitati dal datore di lavoro.

Secondo la C.COST. 489/89, cui adde 364/1991, la mancata applicazione dell'art. 7, determina una situazione, che, oltre a porsi in contrasto con fondamentali esigenze di garanzia del lavoratore, appare sprovvista di tutela perfino nel momento del contraddittorio; che esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore. Questa specifica mancanza di tutela (insieme con le omissioni in materia di informazione, di pubblicità, di procedimento e di assistenza) concerne diritti inviolabili.

Dunque, a fronte di valori relativi alla personalità morale del prestatore di lavoro e a valori fondamentali della Costituzione, è abbastanza difficile escludere la necessità di una tutela autonoma e avulsa da quella apprestata alla giustificazione. Tanto più allorché si allegano vaghi richiami ad astratte sistemazioni dogmatiche, senza alcuna ragione specifica e giuridicamente conducente.

La questione è di particolare rilievo sul piano degli effetti: che è appunto quello qui considerato.

²⁴Così testualmente C. Cost. 204/82.

L'effetto della violazione della norma procedimentale è stato ricondotto, da C.Cost. 204/82, per *eadem ratio*, all'inefficacia dell'art. 2 l. 604, Non invece alla nullità per violazione dell'ordine pubblico. La tensione ricostruttiva pertanto deve essere orientata a verificare se l'inefficacia sia, e in che misura, idonea al raggiungimento dello scopo. Idonea, cioè, alla rimozione della dissimmetria di interessi, prodotta dalla violazione dell'art. 7 s.l., senza violare il canone di sufficienza (anche nell'accezione di canone di proporzionalità).

5.5 Segue: la sufficienza della tutela offerta dall'art. 8 l. 604 alla violazione dell'art. 7 s.l. Critica.

L'intervento additivo della Consulta, quindi, ha valore fondativo e la protezione dei diritti di contraddittorio anticipato, di cui all'art. 7 s.l., ha la dignità per invocare autonoma tutela. A partire da tali principi bisogna sottoporre a scrutinio l'ipotesi che *la sfera morale e professionale del lavoratore la cui tutela ha avuto di mira la Corte Costituzionale, risulta maggiormente compromessa da un'accusa ingiusta, perché infondata, che non da un'accusa meramente irrituale.*²⁵

A tale opzione la Cassazione, con il sostegno della dottrina, ha affidato la dimostrazione, del fondamento della sufficiente tutela risarcitoria dell'art. 8 l. 604. Essa, in quanto consiste nell'annullamento dell'atto di licenziamento per ingiustificatezza virtuale, è espressione di tutela *potiore*.

Circa la maggiore importanza, per il lavoratore, dei beni protetti dall'art. 7 s.l. e dall'art. 8 l. 604 si avanza qualche interrogativo.²⁶

Potrebbero farsi due obiezioni. La prima: è assurdo affermare che la sfera morale e professionale del lavoratore venga maggiormente compromessa dal permanere del rapporto (*inefficacia*), piuttosto che dalla risoluzione di esso (*riassunzione*).

Non vale a revocare l'obiezione considerare che, nel caso dell'inefficacia, non si sarebbe accertamento sul merito dell'accusa, mentre ci sarebbe nel caso dell'annullamento; perché ciò non è vero. Nel caso dell'annullamento, infatti, la motivazione irrituale viene giudicata infondata solo virtual-

²⁵In tale passaggio della motivazione la S.U. richiamano letteralmente la dottrina espressasi su un precedente intervento della stessa Corte – AMOROSO, *Nuovo intervento delle sezioni unite in tema di licenziamento disciplinare*, (nota a S.U. 26 aprile 1994 n. 3966), Foro it. 1994,I,1708 – come icasticamente evidenziato da MAZZOTTA, *La terra è piatta o quasi . . .*, cit.

²⁶Che a situazione rappresentata dalle SU sia una falsa rappresentazione della realtà, v. *infra* la nota 1 del cap 7.

mente; cioè non utilizzabile. Ma il presupposto dell'inefficacia è proprio l'inutilizzabilità della motivazione.

Consegue che, a livello di sfera morale e professionale, il giudizio sul disvalore della condotta è il medesimo. Resta diverso, se non anche il mero *nomen juris* della sanzione, l'effetto complessivo di essa.

In definitiva, nelle due tutele resta elemento differenziale solo il permanere o il non permanere del rapporto di lavoro; resta cioè l'assurdità predicata in premessa.

Seconda obiezione: qualsiasi vittima (nel senso più lato possibile di soggetto passivo dell'altrui azione e che da questa subisca un pregiudizio di qualunque natura), prima ancora di chiedere il risarcimento del danno, chiede il perché. Ciò è tanto più vero quanto più esiste una relazione gerarchica duratura e personale tra soggetto attivo e soggetto passivo. Con la conseguenza che la violazione del diritto di sapere il perché dell'azione e di contraddire ad essa, prima che l'azione abbia il suo effetto finale, si appalesa ben maggiore del diritto di opposizione all'azione, una volta che essa sia stata compiuta.

Ma non ci si affiderà a nessuna delle due obiezioni testè formulate, in quanto fin troppo ovvie.

Per la compiuta disamina della dinamica della questione, corre individuare la funzione e la modalità di realizzazione dei diritti, che l'estensione dell'art. 7 s.l. al licenziamento disciplinare radica in testa al lavoratore.

Con l'estensione di tale disciplina si duplica – con funzioni diverse – il diritto del lavoratore a contraddire la scelta datoriale. Si osservano perciò due diritti di contraddittorio: il diritto al *contraddittorio antecedente* e il diritto al *contraddittorio* susseguente. L'art. 7 s.l. tutela il primo, la l. 604 il secondo. Entrambi hanno ad oggetto il diritto del lavoratore a fare constare l'assenza di colpevolezza o la presenza di attenuanti. Ognuno di essi svolge la sua funzione in guisa indipendente e ha estensioni e forme diverse, non assorbibili tra loro. Basti pensare all'assenza di oneri probatori in sede di contestazione.

La regola procedimentale, mentre comprime fortemente, uno dei maggiori poteri datoriali, attribuisce contestualmente al lavoratore i diritti di difesa a rapporto funzionale: cioè prima del licenziamento.

Essi si sostanziano, da un canto, nel diritto del lavoratore di conoscere le valutazioni del datore di lavoro in ordine alla propria condotta; da un altro canto, nel diritto di "dire la sua" prima che il potere venga esercitato.

E ciò a prescindere da come poi il potere verrà in concreto esercitato. Infatti, il diritto-potere di difesa (in senso assoluto) non si consuma con

la discolpa, né con l'omessa discolpa, poiché il lavoratore manterrà tale diritto in sede giudiziale.

Il diritto al *contraddittorio susseguente* si radica, invero autonomamente, a prescindere dall'esercizio che del diritto di difesa il lavoratore ha fatto nella fase aziendale del procedimento. Che il diritto di *contraddittorio antecedente* non possa essere assorbito nel diritto di contraddittorio susseguente è conseguenza automatica dell'insensibilità del secondo alle vicende del primo.

Ciò posto, se ne può derivare che i due diritti di contraddittorio, incisi dal licenziamento disciplinare, meritano tutela autonoma e differenziale.

L'autonomia funzionale delle due tutele deve assicurarsi in grado tale da escludere che la prima possa fondersi nella seconda: quella apprestata, *ex post*, contro il licenziamento disciplinare illegittimo. Anche in considerazione del fatto che questa forma di tutela successiva, preesistente all'intervento della Consulta, era stata da questa valutata insufficiente a garantire il lavoratore nella fase aziendale.

5.6 Segue: L'illegittimità come categoria concettuale e la sua assimilazione all'ingiustificatezza: analisi funzionale del sistema illegittimità-ingiustificatezza nella teoria del parallelismo delle tutele. Critica.

Rispetto alla funzione dell'art. 7 s.l., si può anticipare che, nel sistema del *parallelismo delle tutele*, quando il lavoratore non avrà potuto contraddire alle accuse prima del licenziamento, il giudice dichiarerà inutilizzabili le motivazioni-accuse; purtuttavia il rapporto si sarà risolto. Ciò evidenzia che vi è nell'impostazione del parallelismo delle tutele il presupposto, non esplicitato, che il licenziamento viziato nella forma sia però fondato (o che solo possa esserlo) nella sostanza; ma ciò in realtà non si può conoscere in tale fase dell'accertamento della 'legittimità' del licenziamento.

Il giudice in tal caso non dirà che non sussisteva l'addebito o la sua gravità; sicché le accuse resteranno tutte sulle spalle del lavoratore e gli resteranno senza che egli abbia potuto contraddirvi né prima né dopo. Ne deriva non una migliore tutela, ma anzi una doppia lesione, a prescindere, in ogni caso, dalla fondatezza della sanzione della '*inutilizzabilità*' della giustificazione. Quella dell'integrità del rapporto e quella della integrità morale.

L'apparato sanzionatorio disegnato dalla teoria del parallelismo è dunque incoerente con lo scopo tutelato da ciascuna delle prescrizioni di forma. Ciò con la funzione dei precetti che assistono e sanzionano.

La riconduzione della violazione dei diritti ex art. 7 s.l. alla insussistenza della ragione giustificatrice – *sub specie juris* di inutilizzabilità – modifica l’oggetto di tutela dell’art. 7 s.l..

Essa priva di significato il diritto di esternare le proprie difese prima di essere licenziato; la assimila al diritto a paralizzare la giustificazione senza contraddirvi. Ma tale forma di tutela della giustificazione-diritto è accordata dalla l. 604. Si insiste sul termine “autonomamente”. Infatti, il diritto di contraddire del lavoratore in sede giudiziale, non viene meno né per avere utilizzato né per non avere utilizzato il diritto di difesa preventivo.

L’impostazione giurisprudenziale priva così del tutto l’art. 7 s.l. della sua funzione, proprio laddove ve ne sarebbe più bisogno: cioè nelle ipotesi in cui i fatti sono insussistenti o non sufficientemente gravi da giustificare il licenziamento. Ha un bel dire la Corte che in ogni caso il licenziamento, allorché ingiustificato, sarebbe comunque efficace, anche se fossero stati rispettati i dettami dell’art. 7 s.l.; che le conseguenze sarebbero comunque quelle dell’art. 8 l. 604. In contrario si osserva che il lavoratore, con il rispetto dell’art. 7 s.l., avrebbe potuto dimostrare la sua estraneità ai fatti o la natura bagatellare degli stessi. Avrebbe, cioè, tutelato la propria sfera morale e professionale (anche in vista di future occupazioni), prima della emanazione della decisione: prima di essere giudicato.²⁷

Tale discolta è invece impossibile con la pronuncia di ingiustificatezza solo virtuale. La quale finirebbe con l’assumere il significato di un’assoluzione per insufficienza di prove.

La teorica dell’inefficacia non contraddice l’impostazione. Se è vero che, anche in tale ipotesi non è previsto il sindacato nel merito, è però anche vero che il permanere del vincolo contrattuale, con il medesimo datore di lavoro, costituisce pieno ristoro della personalità e della professionalità del lavoratore. La reiterazione del procedimento disciplinare, nel corso del quale il lavoratore potrà fare valere le proprie difese, rappresenta il termine finale degli effetti dell’inefficacia per vizio di forma.

Dunque, non vi è consonanza funzionale tra impossibilità di far valere la giustificazione, latrice dell’illegittimità virtuale ed equivalente accertamento dell’ingiustificatezza; né vi è il fondamento della presupposta e predicata autonomia concettuale dell’illegittimità.

Infatti, una delle ragioni, non compiutamente esplicitata, che condusse all’equiparazione dell’apparato sanzionatorio per vizi di forma a quello

²⁷Negare la duplicità del diritto e la duplice autonoma tutela sarebbe concettualmente uguale a negare tutela al diritto alla *vocatio in jus* nel giudizio di primo grado, limitando la tutela alla impugnazione della sentenza resa in assenza di contraddittorio. Cfr., invece, l’art. 354 c.p.c.

per vizi di sostanza, consistette nel ritenere sovrapponibili i concetti di illegittimità per vizio sostanziale e illegittimità per vizio formale. Laddove la funzione di catalizzatore tra i due vizi venne assegnata all'autonomia concettuale di illegittimità. Di ciò è dunque il momento di occuparsi.

5.7 Il problema della natura del vizio: la carenza di potere sanzionatorio come fondamento della mera illegittimità. Critica.

La ricostruzione del vizio di forma come vizio che produce "illegittimità", distinta dalla nullità, dall'annullabilità e dall'inefficacia (non derivante da invalidità), non resiste al vaglio esegetico.

La postulazione dell'autonoma valenza della mera illegittimità prende le mosse dall'espressione lessicale della C. Cost. nella sentenza n. 204/82 (ma invero comune in tutto il lessico dei licenziamenti), che parla di licenziamento disciplinare illegittimo. Da lì enuclea le patologie del procedimento disciplinare dalle fattispecie tipiche, previste dal diritto civile per i vizi dell'atto. La concettualizzazione è valorizzata con un'insolita, ma decisiva, considerazione dei lavori preparatori di un emendamento della legge 108. Un emendamento che cassava la qualificazione di "nullo" del licenziamento disciplinare.

Il ricorso ai lavori preparatori, nel caso di specie, è del tutto privo di peso. L'emendamento, infatti, fu presentato all'ultima ora e non fu neppure discusso.

Nei tempi contingentati per evitare il referendum, i lavori preparatori della l. 108 non furono certo coltivati come la questione meritava. Basti pensare che il legislatore ha fatto salvo il disposto dell'art. 9 della legge 604, già abrogato dalla legge 297/82.

Il dibattito parlamentare sulla legge 108 fu imperniato sulla fretta, all'insegna di un evidente diletterismo giuridico.

Qui non si tratta della solita reprimenda contro le leggi tecnicamente malfatte. Si tratta, invece, di evidenziare che le SU vengono meno a uno dei fondamentali canoni interpretativi: quello della oggettivizzazione dell'intenzione del legislatore nella norma e del valore assolutamente marginale e relativo dei lavori preparatori. Tanto più che non si tratta certo dei lavori preparatori di un codice o di una legge organica.

Inoltre si osserva, che il licenziamento disciplinare viziato possa non essere nullo non esclude che possa essere comunque inefficace.

La premessa si rivela posticcia. La Corte Costituzionale, la dottrina e la stessa giurisprudenza, - malgrado la decisa affermazione che l'utilizzazione

del termine “illegittimo” non fosse stata casuale²⁸ - non hanno mai adoperato l’aggettivo “illegittimo” in un’accezione qualificatoria, ma nella stessa accezione che si è usata all’inizio, quale sinonimo di “viziato”.²⁹ Illegittimo nella pratica comune dei licenziamenti si usa per dire nullo, annullabile ovvero inefficace. Il ricorso a tale accezione aggregante – che per ciò solo è negazione di classificazione – è conseguenza quasi naturale dell’unificazione portata dall’art. 18 s.l.; aggregazione comoda in qualsiasi discorso sui

²⁸Cass. SU 3965 e 3966 del 1994.

²⁹La lettura di tutte le sentenze e le ordinanze della Corte Costituzionale dimostra l’uso di *illegittimo* nelle ipotesi più diverse, in modo sinonimico di *viziato*; (a parte il fatto che la locuzione *licenziamento illegittimo* non ricorre affatto nella 204/82) si vedano, 143/98: ... *non si può, infatti, affermare che il legislatore, nella disciplina delle conseguenze sanzionatorie derivanti dai licenziamenti illegittimi, abbia equiparato il trattamento di situazioni ontologicamente differenti, come sostenuto dal giudice rimettente nel denunciare la violazione dell’art. 3 della Costituzione. Prescindendo dalla ulteriore parificazione, quanto alle suddette conseguenze sanzionatorie, della violazione delle norme relative alla mera procedura di licenziamento e di quelle che prevedono i motivi giustificativi dello stesso...*; 420/98: ... *Viene in essere, così, una situazione, che, oltre a porsi in contrasto con fondamentali esigenze di garanzia del lavoratore, appare sprovvista di tutela perfino nel momento del contraddittorio, che esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore. Questa specifica mancanza di tutela (insieme con le omissioni in materia di informazione, di pubblicità, di procedimento e di assistenza) concerne diritti inviolabili e fa emergere l’esigenza, già sancita da questa Corte, di non affidarne l’attuazione, nei riguardi del personale navigante, alla mediazione dei contratti collettivi. ...*; 258/97: ... *dell’estensibilità ai funzionari, in caso di licenziamento illegittimo, della tutela reale, esclusa per i dirigenti; ...*; 291/94: ... *il diritto all’indennità sostitutiva sorge per effetto del licenziamento illegittimo, non della sentenza che accerta l’illegittimità ...*; 268/94: ... *Il diritto alla stabilità del posto non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient’altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall’invalidità dell’atto non conforme, e quindi si risolve interamente nel diritto (potestativo) di impugnare il licenziamento illegittimo. ...*; 309/92: ... *tutela contro il licenziamento illegittimo, con la conseguenza che si evidenzia ancora di più la pratica utilità dell’opzione. ...*; 61/91: ... *se la lavoratrice madre, colpita dal licenziamento, pur illegittimo, dovesse prendere atto, non già della nullità di esso, ...*; 41/91: ... *la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, sono stati estesi a tutte le categorie di lavoratori ...*; 778/88: *diritto di credito del lavoratore per il risarcimento del danno cagionato dal licenziamento illegittimo e la conseguente condanna al pagamento ...*; 7/86: ... *siccome il licenziamento illegittimo non produce la cessazione del rapporto di lavoro ...*; 2/86: ... *non opera alcuna distinzione, quanto al regime del licenziamento illegittimo, tra imprese articolate in più unità produttive ed imprese con struttura unitaria. ...*; 42/79: ... *la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo (rimozione garantita a stregua dell’art. 18 legge 300/1970 in guisa ben più incisiva di quella cui detta rimozione sarebbe assicurata dall’art. 8 legge 604/1966)* Si osservi ancora che la Corte Costituzionale ha adoperato *illegittimo* anche come sinonimo di *inefficace ex art. 2*, una sanzione che nella ricostruzione della giurisprudenza di allora denotava nullità per mancanza di forma scritta e che comunque produceva gli stessi effetti della nullità.

licenziamenti,³⁰ che non abbisogni del preventivo inquadramento del vizio. Aggregazione che produce danni limitati in riferimento all'art. 18 s.l., ma che diventa fuorviante quando si trapianta in un sistema che non conosce tecniche sanzionatorie unificate. Esso, infatti, per individuare la sanzione e gli effetti della stessa ha la necessità di procedere all'esatta qualificazione civilistica del vizio dell'atto.³¹

L'illegittimità - lo si è detto prima - è categoria propria del procedimento e dell'atto amministrativo, poiché ivi si tratta di atti posti in essere (con o senza la partecipazione del destinatario dell'atto) da un soggetto che esercita un potere, in posizione di primazia, per il perseguimento di un interesse, non proprio, ma generale.

Resta fermo che: a) i due sistemi sono profondamente diversi; b) dell'illegittimità civilistica andrebbero prima individuati i confini e il fondamento positivo; c) le conseguenze della violazione delle regole del procedimento possono produrre gli effetti e hanno a disposizione rimedi propri di ciascun sistema. A questo punto può anche essere utile una fugace incursione del diritto dei licenziamenti nel diritto del procedimento e dell'atto amministrativo, per vagliare i possibili argomenti di dialogo in tema di controllo sull'esercizio del potere³².

Nel sistema privato l'atto o è valido o è invalido o è inefficace. Quando è invalido può essere: nullo, annullabile, rescindibile, con effetti diversi, rispetto alle parti e ai terzi, in ragione della disciplina prevista per l'invalidità. Ovvero, quando non lo è, ma non è ancora rispondente al tipo, può essere temporaneamente inefficace.

Nel sistema di diritto amministrativo l'atto viziato, anche solo per la violazione delle regole del procedimento di formazione della volontà amministrativa (es.: vizio di omesso avviso di inizio di procedimento), è sempre illegittimo.³³

Quale che sia il vizio che lo colpisce, senza distinzione tra incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere, il rimedio è sempre l'annullamen-

³⁰Cfr. *supra* al par. 1.3

³¹Sulla necessità della distinzione, cfr. *supra* in premessa e al paragrafo 2.3, al par. 7.4 e al par. 7.5.

³²Il tentativo di importare la categoria dell'interesse legittimo dal diritto amministrativo del diritto civile, elevandolo a figura generale, si deve a BIGLIAZZI GERI, *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano 1967, *passim*, ma specie pp. 207-233 ss. L'autrice, comunque, quando deve trovare gli strumenti di tutela delle posizioni individuali come di interesse legittimo è costretta a ripiegare su posizioni che alla fine fanno della lesione dell'interesse una lesione di un diritto soggettivo.

³³Sulla valenza unificante di contrarietà alla legge in ognuno dei tre vizi tipici dell'atto (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) cfr. la posizione di SATTA F., *Giustizia amministrativa*, Padova 1997

to. E l'annullamento (salvo che *medio tempore* sia decorso il termine per l'esercizio del potere³⁴) non priva di regola l'amministrazione, cioè l'autore dell'atto, del potere di riproporre l'atto privo del vizio. Anzi, la funzione della giurisdizione amministrativa di legittimità è propriamente quella di caducare gli effetti dell'atto³⁵.

Ciò posto, quantunque si voglia qualificare come illegittimità il vizio che attiene al procedimento disciplinare, non si potrà fare a meno di spiegare in che cosa si distinguano gli effetti dell'illegittimità da quelli della nullità e dell'invalidità.

Se ne dà carico, senza riuscirci, la teoria criticata, preoccupandosi di specificare gli effetti della mera illegittimità. Assume che la violazione delle norme procedurali determini l'adozione dell'atto in carenza di potere. Pertanto carenza di potere e illegittimità vengono poste come causa ed effetto della violazione della norma procedimentale. Ma la carenza del potere di compiere l'atto non è altro che il difetto della legittimazione; la cui conseguenza è proprio l'inefficacia dell'atto fino all'integrazione del potere (interpello, convalida, esecuzione)³⁶.

Se la carenza di potere ben individua l'*ubi consistam* della violazione, non risponde alla domanda: quali sono le sanzioni per la violazione delle regole che concernono l'esercizio del potere? La teoria finisce con il proporre un'aporia.

Infatti nel costrutto in argomento, l'effetto della violazione della regola procedimentale produce illegittimità e l'illegittimità produce carenza di potere, la carenza di potere produce a sua volta illegittimità e così via senza che mai si trovi il collegamento dell'illegittimità con l'art. 8 l. 604. Infatti, non sta scritto da nessuna parte che la violazione della regola di giustificazione produce l'illegittimità del licenziamento in un significato diverso da annullabilità, (né in un significato di mera carenza di potere). La quale annullabilità è, irrevocabilmente, una fattispecie di invalidità; cioè, esattamente il contrario di quanto la teoria si proponeva di dimostrare.

³⁴L'esecutorietà dell'atto amministrativo è fondata sulla natura pubblica dello scopo perseguito e sulla posizione di primazia della p.a.. È ben diversa dalla efficacia dell'atto privato, in cui la posizione dell'imprenditore e gli scopi che esso persegue soddisfano un interesse individuale. Senza dire che, in caso di impugnazione, l'esecutorietà dell'atto può essere incidentalmente sospesa. Per tutti NIGRO, *Giustizia Amministrativa*, p. 284 e pp. 293-296 III ed. Bologna 1983, SANCHINI *La nuova tutela cautelare*, p. 38 ss. in *Trattato di Diritto Amministrativo* a cura di CASSESE app. t. IV Milano 2001

³⁵A nulla dire – e la prospettiva sarà appresso esaminata – che essendo oramai riconosciuta la risarcibilità del danno procurato dalla violazione di un interesse legittimo, sarebbe incongruo ricorrere a tale categoria, con il solo e dichiarato scopo di escludere il risarcimento del danno.

³⁶V. al par. 2.4.

È evidente che con questa soluzione la teorica si richiama all'impostazione tradizionale, che vede il licenziamento ingiustificato nell'area debole un licenziamento valido e efficace. Tuttavia qui il problema non risolto dall'impostazione è l'individuazione del fondamento dell'illegittimità come tipo a se stante. Tipo che sarebbe ad un tempo una fattispecie di vizio assimilato all'ingiustificatezza *quoad poenam* e distinto da essa *quoad iudicium* ; dove resterebbe sinonimo di mera irrivalenza.

Sicché, allo stato dell'esegesi, per escludere la sanzione della nullità resta sempre da dimostrare che l'illegittimità esista come tipo a se stante. Non viene in soccorso la distinzione tra norme fondamentali, che non tollerano eccezioni e producono nullità e norme procedurali, che non attentano a valori assoluti e non la producono. Porre questa distinzione, in funzione della diversificazione delle tutele dei beni giuridici considerati, non è conducente. Infatti, si è dimostrato³⁷ che i beni protetti dall'art. 7 s.l. sono beni primari che non tollerano eccezioni.

Non giova neppure l'affermazione, in sé esatta, che la sanzione dell'inefficacia – tecnicamente intesa – presuppone la validità dell'atto. Né ha valenza ricostruttiva, al fine di escludere gli effetti della nullità obiettare che questa produrrebbe gli stessi effetti sul rapporto a prescindere dal numero dei lavoratori occupati.

Giacché, pur escludendo che la nullità sia la causa dell'inefficacia, non si può negare l'identità dell'effetto tipico tra le due sanzioni.

Come è già stato dimostrato, l'inefficacia è una condizione della dinamica dell'atto, che derivi o non derivi da invalidità, che sia o non sia iniziale, che sia o non sia definitiva. Rispetto al rapporto, inefficacia tout court e inefficacia da nullità, si distinguono solo per la temporaneità e la reversibilità dell'effetto tipico.

Si può così affermare che è del tutto inutile escludere la nullità del licenziamento disciplinare, se tale esclusione è tesa a negare le conseguenze che l'inefficacia del licenziamento spiega sul rapporto di lavoro.

Infatti, escludere la nullità, non significa affatto modificare l'effetto dell'inefficacia sul rapporto; significa solo avere escluso una delle tante possibili fonti dell'inefficacia.

Diventa a questo punto evidente il salto logico compiuto per sostenere la tesi dell'illegittimità come categoria autonoma, ad un tempo viziante e sanzionatoria.

Il costrutto sposta l'oggetto dell'inefficacia, dal licenziamento atto al

³⁷V. al par. 5.7

licenziamento giustificazione. Finisce, così per affermare che illegittimità significa inefficacia della giustificazione.

Questo spostamento che potrebbe costituire il fondamento della “illegittimità” resta però a livello di presupposto implicito, e non viene mai dimostrato.

Conseguentemente, anche se il vizio di forma, di cui si discute, non produce nullità e produce, invece, mera inefficacia, continua a mancare il fondamento della qualificazione dell’illegittimità come vizio e come sanzione a sé stante, rispetto alla inefficacia di diritto comune.

Un ulteriore salto logico affligge la costruzione della teorica dell’illegittimità.

Essa afferma che il licenziamento disciplinare illegittimo è meramente inefficace, ma poiché non è nullo è efficace. Così, all’evidenza che l’inefficacia-efficace è una contraddizione in termini, rimedia affermando che bisogna individuare i “confini” dell’inefficacia. Il fondamento della necessità di questa ricerca viene rinvenuto nel vuoto normativo lasciato dal Giudice delle Leggi nella sentenza che ha introdotto il vizio, ma che non ha individuato la sanzione, lasciando all’interprete il compito di individuarla.

Ma tale presupposto è del tutto errato, come adesso si dimostrerà.

5.8 Il fondamento del parallelismo delle tutele e la natura della sentenza della Corte Costituzionale 204/1982 con riferimento alla mancata estensione dell’art. 18 s.l., come fondamento della libertà di ricerca della sanzione. Critica.

La tesi del *parallelismo sanzionatorio* si incentra sulla natura interpretativa di rigetto, della sentenza della Corte Costituzionale 204/82³⁸ relativamente

³⁸Numerosissimi e vari i commenti. Oltre agli autori citati alla nota 1 v. anche PAPALEONI, *Il licenziamento disciplinare dopo la corte costituzionale*, Mass. giur. lav., 1982, 757, PERA, *Il licenziamento come sanzione disciplinare*, Giust. civ., 1983, I, 19, SUPPIEJ, *La corte costituzionale legifera sui licenziamenti disciplinari*, Riv. it. dir. lav., 1983, II, 214, MAZZIOTTI, *Motivazione e licenziamento disciplinare*, Riv. it. dir. lav., 1983, II, 144, SANDULLI, *Il licenziamento disciplinare nell’orientamento della corte costituzionale*, Riv. dir. civ., 1983, II, 865; LAMBERTUCCI, *Il licenziamento cosiddetto disciplinare al vaglio della corte costituzionale*, Giur. it., 1983, I, 1, 1345, CARCHIO, *I licenziamenti disciplinari e la sentenza della Corte Costituzionale 30 novembre 1982, n. 204*, Lav. prev. oggi, 1983, 674, DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dopo l’intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*, F. it., 1983, ID., FOGLIA, *La corte costituzionale ed il licenziamento disciplinare*, Dir. lav., 1982, II, 405, 855, LI DONNI, *Il licenziamento disciplinare al vaglio della Corte Costituzionale*, Riv. it. dir. lav., 1983, II, 319, MEUCCI, *Principi di diritto sostanziale a proposito del licenziamento*

all'applicabilità dell'art. 18 s.l..

Si assume che con tale scelta la Corte Costituzionale abbia voluto lasciare all'interprete il compito e la libertà di individuare l'apparato sanzionatorio da applicare al licenziamento disciplinare illegittimo. Nel senso di sistema sanzionatorio non unificato (quale, invece, sarebbe derivato dall'accoglimento della questione di legittimità dell'art. 18 s.l.), ma di sistema svincolato dal vizio e proprio di ciascun regime.

Anche in questo caso, come in quello della valenza qualificatoria del termine 'illegittimità', siamo in presenza di una lettura incompleta della sentenza, il cui attento esame dimostra proprio il contrario della tesi.

Punto di partenza è il percorso valutativo effettuato dalla Consulta, per verificare se la non applicazione dell'art. 18 s.l. al licenziamento disciplinare viziato nella forma, contrastasse con l'art. 3 della Costituzione. E la Corte dice che detta violazione *si appalesa evidente ove si assuma a termine di paragone idoneo a coglierla l'ipotesi descritta nell'art. 2 l. 604/1966, accomunata alla vicenda in esame dalla natura formale delle due violazioni*. La massima esprime la chiara indicazione di qual sia la sanzione: l'inefficacia prevista dall'art. 2 l. 604.

Con tale deciso giudizio la Corte sottolinea che le due disposizioni (art. 2 l. 604 e art. 7 s.l.) si caratterizzano per la reiterabilità degli atti omessi. Il che si può tradurre nella temporaneità e reversibilità dell'effetto, destinato a cessare con la reiterazione dell'attività viziata.

È ben evidente che il licenziamento disciplinare illegittimo reca un vizio assolutamente uguale a quello dell'art. 2 l. 604. A tal punto che se fosse sanzionata diversamente da come lo è, l'art. 2 l. 604 renderebbe incostituzionale il diverso trattamento sanzionatorio riservato ai vizi ex art. 2 l. 604 e art. 7 s.l.

La Corte soggiunge altresì che l'art. 18 s.l., che infatti si applica all'ipotesi di inefficacia ex art. 2 l. 604, per la forza espansiva di cui è dotato³⁹, è suscettibile di applicazione alla *fattispecie consecutiva alla pronuncia di incostituzionalità che si sta per emanare e l'osservazione giova a preferire alla tecnica della sentenza interpretativa di accoglimento l'altra della sentenza interpretativa di rigetto della proposta questione*.

Il collegamento tra le due proposizioni conduce ad affermare che il giudice delle leggi ha detto che la violazione delle regole procedurali

disciplinare giunto in Corte Costituzionale, Lav. prev. oggi, 1983, 108, per profili più vanti considerati anche MAGRINI., *Problemi in tema di licenziamento del dirigente*, Dir. lav., 1993, I, 7.

³⁹Per lo scopo non è utile verificare l'affermazione. Si rimanda alla esaustiva disamina di MAZZOTTA, *I licenziamenti*, pp. 784-789 e ivi richiami, cit.

dell'art. 7 s.l. determina una fattispecie di inefficacia uguale a quella dell'art. 2 s.l.

Poiché l'art. 18 s.l. già si applica alle ipotesi di inefficacia previste dall'art. 2 l. 604, non occorre una pronuncia di incostituzionalità (interpretativa di accoglimento), ma basta una corretta applicazione, costituzionalmente orientata, del richiamo dell'art. 18 s.l. all'art. 2 l. 604.

Infatti, sulla base di tale assimilazione, se al licenziamento disciplinare, illegittimo nella forma, non potessero applicarsi le norme sanzionatorie che si applicano ai vizi di forma, di cui all'art. 2 l. 604, la norma che lo escluderebbe (cioè l'art. 18 s.l.) sarebbe incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost.

Il sostrato interpretativo della scelta di sentenza interpretativa di rigetto è dunque dato dalla piena equiparazione della violazione dell'art. 7 s.l. alla violazione dell'art. 2 l. 604, giammai dalla enucleazione né di un ulteriore *species*, né tampoco di un ulteriore *genus* di vizio di forma.

Stante tale equiparazione, il regime sanzionatorio dell'atto viziato dalla violazione dell'art. 7 s.l. è quello dell'art. 2 l. 604.

Una sentenza di accoglimento sarebbe occorsa se si fosse trattato di assegnare capacità espansiva esterna all'art. 18 s.l.. In questo caso la questione del regime applicabile alla violazione dell'art. 7 s.l. sarebbe superata dalla "autonoma" applicazione dell'art. 18 s.l.. Ma così non è.

Concludendo sul punto, può affermarsi che dalla natura della pronuncia sull'applicabilità dell'art. 18 s.l. si traggono argomenti di segno diametralmente opposto.

Cade anche il *tertium comparationis*, usato per distinguere le conseguenze della violazione dell'art. 7 s.l. per aree di tutela. Infatti, dalla sentenza interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale si ricava il seguente corollario: la violazione dell'art. 7 s.l. produce l'applicazione dell'art. 2 (comma 3) l. 604. Nell'impianto argomentativo della sentenza non è tecnicamente corretto rinvenire l'affermazione che, nell'area di tutela reale, alla violazione dell'art. 7 s.l. si applica l'art. 18 s.l.. Ma è corretto affermare - tenendo distinti i piani del vizio dell'atto, della sanzione conseguente e dell'attuazione degli effetti della sanzione⁴⁰ - che nell'area della stabilità reale alla violazione dell'art. 7 s.l. consegue (per *eadem ratio*) l'inefficacia ex art. 2 comma 3. E poiché alla violazione di tale norma si applica l'art. 18 s.l., anche alla violazione dell'art. 7 s.l. si applicherà l'art. 18 s.l.

⁴⁰ *Supra* in premessa e al par. 6.1, *specie* al par. 6.6.

Corollario del proposto *distinguo* è che, tolto l'art. 18 s.l. quando non lo si può applicare, resta l'inefficacia dell'art. 2 comma 3.

Infatti, fuori da una norma unificante, come quella dell'art. 18 s.l., il regime applicabile all'inefficacia per vizio di forma è quello proprio dell'inefficacia: non dell'art. 8 l. 604, ma dell'art. 2 l. 604.

Si rivela perciò fragile l'osservazione che l'inefficacia sia una sanzione indeterminata, per cui spetta all'interprete il compito di specificarne i contenuti. Affermazione che è in palese contrasto con il diverso regime dell'art. 2 l. 604 dal quale deriva. L'inefficacia, infatti, autoregola i suoi effetti, mentre le conseguenze di essa sul rapporto dipendono esclusivamente dal regime della responsabilità dei soggetti coinvolti.⁴¹

L'analisi finora condotta esclude a monte la necessità di ricercare una sanzione nel sistema. L'impossibilità dell'estensione dell'art. 8 l. 604 - per altro - è tale che prescinde dai superiori rilievi.

Il confronto tra le tecniche sanzionatorie dell'art. 18 s.l. e dell'art. 8 l. 604 denota due differenze rilevanti. Esse non consentono il travaso dell'attributo della capacità espansiva dell'una nell'altra.⁴²

Innanzitutto, l'art. 8 l. 604 non prevede alcuna unificazione di tecniche sanzionatorie del licenziamento illegittimo, e lascia anzi intonso il regime sanzionatorio civilistico proprio di ciascun vizio dell'atto⁴³.

In secondo luogo, l'art. 8 l. 604 - per la fattispecie di vizio da esso contemplata - contiene due regimi sanzionatori riguardanti i periodi antecedente e successivo all'annullamento del licenziamento, tra loro diversi e del tutto antitetici rispetto al regime sanzionatorio degli altri vizi.

In terzo luogo, la limitatezza della tutela offerta dall'art. 8 l. 604 non opera fuori dall'ingiustificatezza. Diversamente dalle altre disposizioni della medesima l. 604 che prevedono sia la retroattività degli effetti di caducazione del vizio (artt. 2 e 4 vecchio testo) sia l'immanenza del vincolo obbligatorio.

L'art. 8 non ha insomma alcun collegamento - neppure solo *quoad poenam* - con l'art. 2 e con l'art. 4 del medesimo complesso normativo.

L'art. 18 s.l., invece, prevede una tecnica sanzionatoria affatto diversa. Uniforma le conseguenze applicative dell'ingiustificatezza a quelle della nullità e dell'inefficacia. Assimila tra loro i periodi antecedente e successivo all'annullamento, senza distinzione di vizi e sanzioni. Fa sì che, anche per

⁴¹Sul punto *infra* al par. 7.1

⁴²C.COST. 143/98 e 338/98 cit.

⁴³Relativamente all'annullabilità per ingiustificatezza, laddove la diversità di tutela riguarda però solo le restituzioni conseguenti all'annullamento dell'atto; si rinvia *funditus* al par. 6.1.

la fattispecie dell'ingiustificatezza (sanzionata altrove dall'art. 8 l. 604), il regime conseguente all'annullamento dell'atto sia quello di diritto comune, a cui applica, come per l'art. 2 e l'art. 4, i correttivi propri della disciplina speciale.

Le capacità sistemiche delle due norme operano quindi su piani e con funzioni e ragioni completamente antitetice. La tutela forte unisce forma e sostanza, quella debole le mantiene separate.

Se alla norma caratterizzante della tutela debole debbono riconoscersi capacità sistemiche, queste non possono che essere quelle che procedono dalla norma stessa; cioè capacità distintive della tutela per i vizi di forma e i vizi di sostanza.

Nell'art. 8 l. 604 la tutela dei vizi formali è strutturata in modo da impedire che vi possano essere licenziamenti efficaci, senza che sugli stessi sia possibile il controllo giudiziale sulla giustificazione.⁴⁴ Cosicché in mancanza di tale presupposto, alla specialità non può farsi ricorso.

Il che è esattamente il contrario di quanto accade in sede di parallelismo, dove il licenziamento viene riconosciuto efficace, ancorché non sia possibile né ammesso il controllo della giustificazione.⁴⁵

L'incidenza dell'art. 18 s.l. e dell'art. 8 l. 604 nel sistema dei contratti e degli atti unilaterali, è tra loro profondamente diversa rispetto al regime civilistico delle conseguenze restitutorie dei vizi dell'atto.

L'art. 18 si muove nel senso di ampliare le tutele civilistiche: *astrainte* delle cinque mensilità, resistenza della sentenza di primo grado alla riforma in appello, azionabilità cautelare, inibitoria intrinseca, mora *ex re*, presunzione semplice di danno, indennità sostitutiva della reintegrazione unilaterale. E ciò indistintamente in caso di vizi di forma e in caso di vizi di sostanza.

L'art. 8 l. 604 si muove in senso diametralmente opposto: esclusione delle conseguenze risarcitorie, degli effetti retroattivi dell'annullamento dell'atto, liberazione bilaterale dagli obblighi della sentenza di ripristino del rapporto con il pagamento di una somma predefinita. Ma ciò soltanto qualora si tratti di licenziamento ingiustificato. Se invece si tratti di licenziamento nullo o inefficace, non vi è alcuna sottrazione né addizione di tutela rispetto al regime civilistico.

L'art. 8 l. 604, in definitiva, ha attributi e funzioni che si pongono

⁴⁴Come sarà dimostrato *infra* al par. 6.1, questa è la ragione della specialità dell'art. 8 l. 604.

⁴⁵Si richiamano i risultati raggiunti in tema di ragioni che suffragano l'unificazione della mancanza materiale e della mancanza formale della motivazione. *Supra* al par. 4.3 e al par. 4.4.

in contrasto con la possibilità di applicazione a fattispecie diverse dall'ingiustificatezza, poiché per potere funzionare, anzi, presuppone un licenziamento efficace, cioè rispettoso della forma. Sicché la detta norma, ponendosi come norma di eccezione alla regola generale, non può assolvere anche alla funzione di norma di sistema (sanzionatorio), come invece per la sua generalità può fare l'art. 18 s.l.⁴⁶

Seppure l'art. 8 l. 604 fosse dotato di qualche capacità espansiva,⁴⁷ essa non potrebbe che estendersi a ulteriori fattispecie che riguardino un licenziamento, formalmente corretto, ma sostanzialmente viziato. Ipotesi che francamente non si riesce a immaginare.

Siccome non è suscettivo di applicazione all'art. 2 l. 604, la cui mancata violazione è presupposta dall'art. 8 l. 604, per la stessa ragione non può essere applicata all'art. 7 s.l., che dell'art. 2 l. 604 condivide la *ratio* procedimentale.

Il *trait d'union* tra l'art. 2 l. 604 e l'art. 7 s.l. è oltretutto rappresentato dalla possibilità – assolutamente riconosciuta – di assolvere all'obbligo di motivare il licenziamento, ex art. 2 l. 604, con il mero richiamo, *per relationem*, ai contenuti della contestazione ex art. 7 s.l. Dal punto di vista sostanziale questa possibilità è un obbligo qualitativo e una facoltà riduttiva, mentre da un punto di vista formale il datore di lavoro è assolutamente libero di ricorrere al rinvio o di riscrivere quanto della contestazione ritenga di porre a base del licenziamento.

Una prima conseguenza è che esiste un collegamento funzionale tra contestazione e motivazione, così intenso che la motivazione può essere la stessa contestazione; sicché, non è difficile sostenere che la contestazione rappresenta l'anticipazione di quella che sarà la motivazione del (futuro) licenziamento⁴⁸. La contestazione può essere una motivazione anticipata.

È agevole, perciò, trovare conferma dell'assunto che la contestazione e l'audizione, assolvendo alla stessa funzione della motivazione⁴⁹, costituiscono l'anticipazione della condizione di efficacia di cui si è discusso, e la cui mancanza determina uno stato di inefficacia temporanea.⁵⁰

⁴⁶Di recente ribadita dalla C. COST., sentenza 143/98, cit., con le sentenze 352/200 e 538/2000 in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 2000 538 352.

⁴⁷Le stesse SU, come più volte ricordato, lo hanno detto con la sentenza 27 luglio 1999 cit. [ma già Cass. 27 giugno 1996 n. 5930, in *Dir. lav.*, 1996, II, 491, con nota di MARAZZA] che ne ha appunto escluso l'applicazione alla fattispecie prevista dall'art. 2 l. 604-

⁴⁸V. Cass. 14 gennaio 2003 n. 454 e Cass. 26 agosto 2002 n. 12529 cit.

⁴⁹V. *supra* al par. 4.5

⁵⁰V. *supra* al par. 4.6

Un seconda conseguenza è che il collegamento tra licenziamento e contestazione è un collegamento necessario, ma non automatico né necessariamente espresso.

Sicché, non è escluso che il licenziamento disciplinare rispettoso dell'art. 7 s.l. non lo sia dell'art. 2 l. 604 e viceversa⁵¹.

L'art. 7 s.l. si arricchisce anche dell'ulteriore funzione di regolare il processo di esternazione della motivazione, vietando che possano costituire oggetto di motivazione fatti, non precedentemente noti al lavoratore.

Una fattispecie così delineata una è in tutto e per tutto simile alla motivazione della giustificazione disciplinare apparente o di stile.⁵² A essa, infatti, è negata l'efficacia quando non siano state esterne le motivazioni in guisa intelligibile.

Nel caso dell'art. 7 s.l. si nega efficacia al licenziamento, del quale la motivazione – *latu sensu* - non sia stata, preventivamente, contestabile: ancora una volta un legame forte tra motivazione ritualmente emersa ed efficacia del licenziamento.

5.9 Fondamento del differente regime sanzionatorio della violazione dell'art. 2 l. 604 e dell'art. 7 s.l. La testualità della sanzione. Critica.

I risultati raggiunti nel precedente paragrafo impongono di verificare la tenuta dell'impianto, alla luce degli argomenti che sostengono l'opzione ermeneutica di tenere distinte le conseguenze della violazione dell'art. 7 s.l. e dell'art. 2 l. 604, dopo che delle seconde è stata tentata una riconduzione alle prime.

La questione è stata oggetto dell'attenzione della Corte Costituzionale⁵³ (art. 2 comma 1 in relazione all'art. 7 s.l.) e delle SU⁵⁴ della Corte di Cassazione (art. 2 comma 2 in relazione all'art. 7 s.l.). Su di esse si è incentrato il dibattito dottrinale.

L'orientamento delle SU sull'art. 7 s.l., è stato ribadito, con una certa acrobazia dialettica, quando si è trattato di escludere che al licenziamento inefficace ex art. 2 l. 604 si potesse applicare l'art. 8 l. 604.

⁵¹Il primo caso è quello del licenziamento che non contenga né motivazione né richiamo al procedimento ed estensivamente anche il licenziamento privo dell'immediatezza. Il secondo caso, più comune, è quello del licenziamento in cui sia mancata la procedura ex art. 7 s.l. ma che rechi una motivazione sufficiente.

⁵²Quella ad es. *di avere rubato la torre di Pisa* come dice PERA, cit., anche se colà viene assunta a motivazione idonea a scongiurare la pronuncia di inefficacia.

⁵³C.COST. 398/94 cit.

⁵⁴SU 508/99 cit.

La differenziazione della disciplina⁵⁵ è stata fatta salva mercè il richiamo alla testualità della sanzione prevista dall'art. 2 l. 604 e alla mancanza di una sanzione testuale nell'art. 7 s.l.

Dell'impianto non convince proprio la distinzione di piani. La conseguenza dell'assenza di una sanzione testuale specifica, se ha una conseguenza sul piano sanzionatorio, non può che essere quella di condurre alla sanzione prevista dall'art. 1418 c.c., per la violazione delle norme imperative: cioè la nullità; o la nullità-inefficacia, per usare l'endiadi di MAZZOTTA⁵⁶ in un noto commento alle dette SU. Ovvero la conseguenza di indirizzare verso la individuazione della sanzione per *eadem ratio*, con riferimento alle violazioni formali.

Non è affatto vero che, in mancanza di sanzione specifica, l'interprete debba prima darsi autonomamente una scala di valori, quindi stabilire la congruità degli effetti della sanzione rispetto alla scala data e poi costruire un sistema sanzionatorio che soddisfi la sua aspettativa.

Giova ribadire che la graduazione delle sanzioni è affare del legislatore, salvo che preveda sistemi sì incoerenti da sfociare in violazione dell'art. 3 Cost.; ma in tale caso spetta al giudice delle leggi mettere ordine⁵⁷.

Vi sono, inoltre, ragioni d'ordine sistematico, che inducono a ripudiare la ricostruzione giurisprudenziale del vizio formale in questione.

La carenza del potere di emettere l'atto,⁵⁸ assorbe ogni giudizio sull'atto stesso⁵⁹, giacché essa va accertata a monte. Il potere diventa presupposto dell'atto finale.

Ogni giudizio significa non solo giudizio sulla sostanza, ma anche sulla forma. Sicché, in caso di concomitante violazione dell'art. 7 s.l. e dell'art. 2 l. 604, l'accertamento della carenza di potere dovrebbe condurre a dichiarare "l'atto espulsivo" come "licenziamento illegittimo". Ne conseguirebbe, l'applicazione dell'art. 8 l. 604 al licenziamento, quantunque posto in violazione dell'art. 2 l. 604. Ma ciò contraddice le premesse di far salva dalla spinta adeguatrice l'estensione degli effetti dell'inefficacia dell'art. 2 l. 604.

Il risultato ribadisce la duplice contraddizione prima evidenziata. Da un lato, infatti, si dichiara illegittimo un atto che non ha né i motivi né le forme; da un altro lato la violazione di due precetti condurrebbe

⁵⁵Cfr. il commento di NOGLER, cit.

⁵⁶*La terra è piatta o quasi...*, cit.

⁵⁷E come è noto la Corte Costituzionale sent. 398/1994 ha dichiarato compatibile con il principio di uguaglianza la mancata estensione dell'art. 8 alle ipotesi di inefficacia ex art. 2 l. 604

⁵⁸V. *supra* in ordine alla legittimazione al par. 2.1

⁵⁹cfr. sul punto Cass. 11497/1996

all'applicazione di una sola sanzione. Delle due sanzioni – nel costrutto della teorica – la c.d. minore. Né si può parlare di assorbimento delle sanzioni e non dei vizi sia perché l'assorbimento avviene sempre tra sanzioni della stessa specie sia perché nell'assorbimento è la maggiore che assorbe la minore. Ciò equivarrebbe a dire che l'inosservanza del procedimento disciplinare è più vantaggiosa per l'onere della sua osservanza.

Vi è poi che la conseguenza della carenza di potere è l'inefficacia dell'atto compiuto,⁶⁰ senza neanche la dichiarazione di invalidità. Esattamente come accade nell'ipotesi di difetto di legittimazione, che consiste nella carenza del potere di disposizione del soggetto, in relazione a una determinata situazione giuridica.⁶¹

Va soggiunto che, se il datore di lavoro non ha il potere di licenziare disciplinarmente, per non avere rispettato il procedimento, per tale fatto, non ha alcun altro potere, neppure quello di licenziare ingiustificatamente. E quindi, se lo esercita, parimenti non può essere sanzionato che con l'inefficacia. Che, come volevasi dimostrare, è la sanzione tipica della carenza di potere.

Negare l'inefficacia della carenza di potere produce, dunque, una forte contraddizione. Né affermare che il datore di lavoro non si può avvalere della ragione addotta ma non contestata, giova affatto ad eliminarla; come non giova equiparare all'ingiustificatezza l'inutilizzabilità della motivazione.

Così procedendo, invero, si sottrae la giustificazione al sindacato giudiziale. Il giudizio, pertanto, non potrà mai essere un giudizio di merito: quello concernente la non ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo. Potrà essere un mero giudizio sulla forma, sulla formazione o sul procedimento, ma non un giudizio di merito, l'unico previsto dall'art. 8 l. 604.

La tesi, perciò, non riesce a fornire spiegazione convincente di come si pervenga a un giudizio sulla giustificazione, senza un giudizio sulla giustificazione.

⁶⁰V. *supra* al par. 2.1 e a al par. 1.1

⁶¹BIANCA op. loc. cit., BETTI, op. loc. cit.. Il risultato sarebbe nondimeno uguale, ricorrendo al prestito del diritto amministrativo in materia di illegittimità degli atti finali di procedimento. È oramai un dato acquisito alla giurisprudenza la posizione dottrinale che riconosce nella posizione di interesse legittimo una situazione giuridica soggettiva piena, la cui lesione genera in testa al titolare della situazione gli stessi effetti e gli stessi diritti di una violazione di una situazione di diritto, [per tutti NIGRO, *Giustizia*. . . pp. 124 e 127-128], ivi compreso il diritto al risarcimento del danno oltre alla rimozione dell'atto illegittimo e dei suoi effetti [cfr. già NIGRO, op. ult. cit. pp. 129-132]; tutelabilità ora attribuita alla giurisdizione esclusiva della giurisdizione amministrativa [d. lgs 80/1998 e l. 205/2000, su cui PAJNO, *La nuova giurisdizione del giudice amministrativo*, Tratt., cit.].

L'incongruenza è così evidente che la stessa teorica, per superare l'*aberratio* che ciò comporta (cioè assumere la violazione formale come ingiustificata), è costretta a correggere il tiro, affermando che non si tratta di un giudizio di infondatezza, ma di irritualità. Potendo, infatti, la giustificazione ben essere "sostanzialmente" fondata.

In contrario si osserva: se il licenziamento è irritato, è privo di qualsiasi valore giuridico, è cioè inefficace. E se è inefficace, non può produrre nemmeno i limitati effetti che produce il licenziamento annullabile.

Il ragionamento ritorna così al punto che mirava ad escludere: quello della incompletezza della fattispecie (alla quale non si può revocare la conseguenza dell'inefficacia).

In conclusione, il giudizio di 'mera illegittimità' - posto che è fallita la dimostrazione che la stessa sia *novum genus aut nova species* rispetto a inefficacia ex art. 2 l. 604 e a ingiustificata ex artt. 1, 3 e 8 l. 604 - conduce, comunque, la violazione dell'art. 7 s.l. verso la mera inefficacia.

Sotto il profilo degli effetti le conseguenze immediate sono opposte a quelle predicate.

In primo luogo, non vi sarà una pronuncia giudiziale concernente la ricorrenza degli estremi della giusta causa o del giustificato motivo. Ciò determinerebbe l'impossibilità di applicare la regola speciale dell'art. 8 l. 604 che quell'accertamento presuppone.

In secondo luogo, l'equiparazione del vizio in questione alla "illegittimità" per vizio della giustificazione - *sub specie juris* di inutilizzabilità - conduce a una pronuncia costitutiva di annullamento.

In terzo luogo, l'annullamento secondo diritto comune, cioè per un vizio sostanziale dell'atto, determinerà effetti retroattivi del tutto equiparabili a quelli della negata inefficacia.

5.10 Ricostruzione della struttura e della funzione della prescrizione di forma nell'art. 7 s.l. in chiave di verifica della funzionalità e adeguatezza della sanzione di inefficacia.

Avere escluso la correttezza dogmatica e la praticabilità logico-giuridica delle tutele parallele (o, quantomeno, dell'equiparazione all'ingiustificata del vizio formale), non risolve l'interrogativo iniziale. Quello relativo al 'come' la sanzione dell'inefficacia possa restituire all'art. 7 s.l. la funzionalità negatagli dalla violazione e quindi, secondo le premesse, assicurare tutela funzionale, coerente, sufficiente.

È necessario pertanto, analizzare dinamicamente come i diritti dell'art. 7 s.l. incidano nell'adozione dell'atto finale; vedere dove si produce l'interruzione della sequenza procedimentale; verificare - in funzione degli effetti che l'interruzione produce - come la mediazione della sanzione dell'inefficacia riesca, e in qual maniera, a ricostituire la simmetria di interessi consacrati nella norma violata.

L'art. 7 s.l., applicato ai licenziamenti, governa *quomodo* l'esercizio del potere estintivo disciplinare volga alla produzione dell'effetto finale.⁶²

Governarlo si sustanzia nella necessaria (e mera) partecipazione del destinatario dell'atto, al procedimento di formazione dell'atto stesso.

L'atto e il suo contenuto non sono in alcun modo vincolati dalla partecipazione attiva o passiva del destinatario, potendo il titolare del potere correttamente esercitarlo pur in presenza di valide giustificazioni.

Il licenziamento sarà giustificato o ingiustificato, sulla base del corredo probatorio offerto dal datore di lavoro, anche se il lavoratore non si sia avvalso del diritto di difesa.

La sanzione di eventuale ingiustificatezza del licenziamento infondato, non muterà in natura, specie o quantità, secondo il grado di infondatezza, né in dipendenza del fatto che il datore di lavoro sia stato messo sull'avviso dalla discolpa del lavoratore.

La previsione delle norme procedimentali in questione non attiene alla formazione della volontà datoriale estintiva o al suo contenuto.

Lo scopo diretto della norma non è quello di condizionare la volontà espulsiva in senso conservativo né di rendere il lavoratore partecipe e collaboratore della scelta finale. Se così non fosse, la preventiva contestazione e l'audizione del lavoratore, dovrebbe essere richiesta anche per i licenziamenti per g.m.o.. Potendo anche in tale ipotesi parlarsi di rappre-

⁶²Ciò fa perdere rilievo alla comparazione degli effetti della violazione formale nel licenziamento disciplinare e nella altre sanzioni conservative, che sono volte, al contrario, allo scopo di mantenere il rapporto. Sul punto C.COST. 29 dicembre 1989 n. 586, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca 1989 506 e in Dir. lav. 1990, II, 226 con nota, Riv. giur. lav. 1990, II, 235 con nota. In dottrina per tutti MONTUSCHI, *Potere disciplinare e contratto di lavoro*, Milano 1973, ID., *La giustificazione del potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, in Le Pene Private (a cura di Busnelli Scalfi) p. 397, Milano 1985, ID. *Il licenziamento disciplinare secondo il diritto vivente* Riv. it. dir. lav. 1996, I, 13, ID., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, Quad. dir. lav. e rel. ind. 1991, 9, ora voce: *Sanzioni disciplinari*, Dig. Disc. priv. sez. comm., XIII, p. 153 Torino 1996, ICHINO, *Il contratto ... III* p. 315. Per una completa disamina della posizione della dottrina e della giurisprudenza MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico e privato*, Art. 2106 - Comm. Cod. Civ. - Diretto da Busnelli - Milano 2002.

sentazione delle condizioni che non consentono la prosecuzione del rapporto e di audizione delle indicazioni di *repechage*.⁶³

In definitiva, la partecipazione del lavoratore al procedimento espulsivo non è prevista per la valida e giustificata adozione dell'atto. Essa, com'è stato ampiamente dimostrato,⁶⁴ tutela un bene giuridico autonomo, che attiene ai diritti personalissimi del lavoratore. Quelli della personalità morale: il 'bene in sé', negletto dalla confutata teorica della sufficienza⁶⁵.

La protezione di questo diritto, non ha nulla che vedere con la protezione accordata alla giustificazione. Diversamente non ci sarebbe stato l'intervento della sentenza 204/82 della Consulta. Esso, in quanto inalienabile, deve comportare la concreta possibilità di contrastare l'accusa, prima che essa assuma, con il licenziamento, i crismi della sentenza o del giudizio definitivo. Questo momento corrisponde alla produzione dell'effetto estintivo tipico temporaneamente inibito dal necessario rispetto della norma. Si tratta del fondamento dell'estensione dei commi 2 e 3 dell'art. 7 s.l. ai licenziamenti dell'area della libera recedibilità. In quell'area, cioè, in cui i motivi sono ancora giuridicamente irrilevanti; in cui la veridicità o non veridicità dei fatti, pur formalmente contestati, non condiziona la possibilità di ottenere l'effetto estintivo.

Il punto nodale è qui: non si deve sovrapporre il piano del contraddittorio antecedente e l'eventuale impugnazione giudiziale del provvedimento finale. L'assorbimento del primo nel secondo comporterebbe, automaticamente, il venir meno dell'estensione dell'art. 7 s.l. ai licenziamenti 'a prescindere dal sistema sanzionatorio applicabile': cioè l'alienazione del diritto.

Difesa preventiva e impugnazione del provvedimento non sono infatti la stessa cosa.

La possibilità di difesa nella materia dei licenziamenti non ha la funzione immediata di far cambiare idea al datore di lavoro o di condizionarne la scelta. Ha la sola funzione di consentire di replicare preventivamente alle accuse-contestazione.

L'impugnazione del provvedimento finale è l'esercizio di un'azione e non è diversa nei diversi casi di licenziamenti disciplinari o economici. Investe l'esistenza delle condizioni di cui all'art. 1 l. 604.

La sequela procedimentale: contestazione > dilazione-difesa > licen-

⁶³Qualcosa di simile accade, con tutti i distinguo del caso, *mutatis mutandis*, per la violazione dell'art. 4 l.223/1991- Sugli effetti del regime della forma sulla struttura della giustificazione, *infra* al par. 6.3.

⁶⁴*Supra* al par. 5.4.

⁶⁵*Amplius supra* al par. 5.4

ziamento è, di tutta evidenza, una sequenza in cui l'adempimento, in successione, dei primi due termini di essa, è strumentale alla realizzazione del terzo. L'impossibilità di esercizio del secondo termine è condizione che interrompe la sequenza e inibisce l'esercitabilità del potere, temporaneamente. Quanto duri tale fase di stallo non dipende dal lavoratore, ma da datore di lavoro.

La migliore prova della struttura suddetta viene dalla reiterabilità del licenziamento, anche a distanza di tempo.

Pacificamente, l'omissione del procedimento può essere "sanata", ovviamente con efficacia *ex nunc*, con l'esperimento della prescritta procedura, prima o dopo l'intimazione del licenziamento inefficace.

Sarebbe meglio dire: il procedimento di irrogazione del licenziamento, può essere "riattivato", in ogni momento, là dove si era interrotto, eliminando la causa di stallo. Ciò nel caso in cui il licenziamento sia fondato sui medesimi fatti dei quali sia stata omessa la contestazione (o per i quali non sia stata consentita la difesa).

L'effetto finale equivale a quello del licenziamento 'rinnovato', privo dei vizi.⁶⁶ Ma evidenza che la rinnovazione degli atti viziati si innesta nell'unico procedimento.

I fatti posti a base della motivazione del licenziamento, che costituiscono la scaturigine della sequela procedimentale, possono formare oggetto della contestazione e della discolpa preventive, fino a quando sui medesimi fatti non sia precluso il giudizio⁶⁷.

Tale situazione di latenza, tra fatto oggetto dell'atto ed effetto dell'atto, è ben rappresentabile come temporanea inefficacia, funzionalizzata a

⁶⁶Principio assolutamente pacifico. *E pluribus*: Cass. 3 agosto 1998 n. 7617; Cass. 28 aprile 1995 n. 4743, Mass. giur. lav. 1995, 422 con nota di BOGHETICH; Cass. 16 aprile 1994 n. 3633, Not. giur. lav. 1994, 499. È da chiedersi, inoltre, come la recente Cass. 7 aprile 2001 n. 5226, Not. giur. lav. 2001, 648, dopo le ricostruzioni accennate continui a dichiarare nullo il licenziamento disciplinare viziato nella forma. Dovendo essere evidente che la fattispecie sanzionatoria non può derivare dall'area di stabilità applicabile, al limite, anche a periodi alterni. V. pure, per una posizione più critica sulla reiterabilità, Cass. 19 giugno 1999 n. 6164, Not. giur. lav. 1999, 668.

⁶⁷Ciò si può verificare con la prescrizione ovvero con il giudicato nel merito. È da precisarsi che il giudicato sui fatti non potrà mai formarsi né in caso di licenziamento monco del procedimento preventivo; né in caso di un procedimento monco della comunicazione della motivazione (salvi gli effetti delle preclusioni) perché la motivazione tardivamente addotta o irregolarmente formata, non può formare oggetto del giudizio di giustificazione, ma solo di efficacia. A meno di evidenti patologie del giudizio, che impinge il merito quando non deve. In tale caso, però, si tratterà di materia di impugnazione processuale. Sono emblematiche le recenti Cass. 7 giugno 2003, n. 9167, Cass. 10 settembre 2003 n. 13291 (per profili diversi) e Cass. 17 febbraio 2003 n. 2363, Dir. Giust. 2003, f. 12, 100.

evitare che i diritti di contraddittorio, antecedente e susseguente, possano essere compendiati nel secondo. Con evidente sacrificio del primo e cioè con la soppressione di un diritto inalienabile.

L'esercizio concreto di entrambi i diritti di contraddittorio può essere finanche temporalmente coincidente, ma non può essere negato, pena la violazione della funzione della regola. Difesa e contraddittorio devono avvenire a rapporto pendente. Poiché se il rapporto non è pendente, l'effetto si sarà prodotto, anche senza il completamento della sequela.

È, dunque, evidente che la tutela offerta dall'appiattimento sull'art. 8 l. 604 non è funzionale allo scopo di riattivare la sequela interrotta, ma anzi diventa uno strumento per violarla ulteriormente.

Ne consegue che l'applicazione dell'art. 8 l. 604 alla violazione dell'art. 7 s.l. mostra profili di irrazionalità, che sfociano in profili di incoerenza e di insufficienza di tutela. Tanto che il licenziamento sia nel merito giustificato, quanto se non lo sia. Nella prima ipotesi, addirittura, la soluzione del parallelistica è perfino insufficiente sotto il profilo della tutela del piccolo datore di lavoro.⁶⁸

Resta ancora da approfondire l'aspetto dei rapporti tra le due prescrizioni di forma, dell'art. 7 s.l. e dell'art. 2 l. 604, all'interno dello stesso procedimento di intimazione del licenziamento disciplinare.

5.11 I rapporti tra inefficacia ex art. 2 l. 604 e irritualità ex art. 7 s.l. e le contraddizioni della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. Un possibile coordinamento.

Bisogna partire dalla considerazione che, per stabilire se il licenziamento sia disciplinare, è necessaria una motivazione, pur generica, dalla quale tale natura emerga.

Mantenendo il dualismo di tutele per i vizi formali, accade che la medesima violazione determini diverse conseguenze, in ragione del momento nel quale si produce.

Esse sono: la 'mera illegittimità', se a essere generica è la contestazione; l'inefficacia (per di più nell'accezione di conseguenza della nullità), se a essere generica è la motivazione.

Il che da ragione a PERA⁶⁹ quando afferma che nel sistema manca la coerenza interna e a NOGLER⁷⁰ quando afferma che la Corte Costituzio-

⁶⁸ *Infra* al par. 7.4 e al par. 7.5

⁶⁹ e ai suoi argomenti, *Il licenziamento ... una sentenza contraddittoria* p. 7 in chiusa.

⁷⁰ *op. cit.*

nale ha dato *un colpo al cerchio e uno alla botte*. Per quanto ci si sforzi di trovare dei distinguo tra la fattispecie di cui all'art. 2 (Cass. 11497/94) e quella di cui all'art. 7 (SU 3965/94 e SU 4844/94) e di congetturare due diversi significati del termine inefficacia, il contrasto tra le rispettive affermazioni è palese. Ciò che, di tutta evidenza, che non convince è il regime differenziale delle due violazioni formali. L'orientamento minoritario in materia di estensione dell'art. 8 alla violazione dell'art. 2, infatti, muovendo dai medesimi presupposti della teoria parallelistica è di logica evidenza (anche se in palese contrasto con la lettera della norma), sicché una corretta ricostruzione del sistema porta ad affermare che *aut simul stabunt aut simul cadent, et cadent*.

La coerenza che manca non può essere ricercata in un diffuso e integrale parallelismo sulla misura dell'art. 8 l. 604.

È vero, potrebbe essere sottoposto a riesame l'intero sistema di tutele (troppo) deboli, ma ciò compete al legislatore.

Sul piano del diritto positivo⁷¹ la comparazione si può tentare a partire da una diversa lettura dell'inefficacia ex art. 2 l. 604 che, senza frustrare la funzione della norma, sia compatibile con entrambe le violazioni. Quello del contraddittorio antecedente distinto dal contraddittorio susseguente.

Ora, l'esigenza di coerenza del sistema deve partire dalla corretta applicazione delle conseguenze dell'*eadem ratio* tra violazione dell'art. 2 l. 604 e violazione dell'art. 7 s.l., indicata significativamente dalla Corte Costituzionale, nella sentenza 204/82. Ciò significa che la valutazione di coerenza delle conseguenze della violazione dell'art. 7 s.l. va fatta a partire dalla assimilazione delle sue conseguenze, *sub specie juris* di inefficacia per mancanza di motivazione, alla violazione dell'art. 2 l. 604.

Questa ricostruzione non è preclusa dalle pronunzie della Corte Costituzionale sul punto.⁷² Perché qui si sottopone a revisione critica la natura dell'inefficacia, questione che non è coperta dalle dette sentenze.

Le diverse conseguenze che se ne derivano dipendono esclusivamente da tale diversa natura.

Tenendo ferma l'unicità concettuale dell'inefficacia, conseguente alla violazione delle regole formali-procedimentali, richiamata dell'inefficacia⁷³ di *rimedio temporaneo*⁷⁴, consegue: il licenziamento viziato ex art. 7 s.l. non è definitivamente e irreversibilmente inefficace; ma lo è solo fino al completamento della fattispecie. Fino a quando, cioè, il diritto al con-

⁷¹V. comunque *infra* al par. 7.5 per alcune ipotesi ricostruttive in tal senso.

⁷²C.COST. 398/94 cit.

⁷³*Supra* al par. 4.6 e 149.

⁷⁴Cfr. il paragrafo 4.6

traddittorio antecedente non possa essere esercitato con la garanzia della pendenza del rapporto. Il che, nella ricostruzione accolta, non coincide necessariamente con la reiterazione del licenziamento.

Inoltre, la funzione della norma a presidio di contraddittorio e difesa, viene attuata senza l'applicazione di conseguenze, quantitativamente e qualitativamente, comparabili con quelle del diverso regime di tutela reale.

L'inefficacia temporanea del licenziamento assicura una risposta funzionale e misurata alla violazione del diritto di contraddittorio antecedente.

Infatti, a fronte di eventuali contestazioni del lavoratore circa la regolarità del procedimento, il datore di lavoro potrebbe ritenere di mantenere ferma la volontà espulsiva. In questo caso il diritto di contraddittorio antecedente si realizza successivamente. Lo stesso resta distinto da quello susseguente, perché il (primo) licenziamento è inefficace fino a quel momento.

Parallelamente a quanto accade in caso di tardiva declinazione dei motivi ex art. 2 l. 604, il ripristino del contraddittorio antecedente è indifferente che avvenga stragiudizialmente o giudizialmente, essendo sufficiente che avvenga a rapporto pendente, cioè a licenziamento inefficace.⁷⁵

Nel caso di ripristino in sede giudiziale discenderà il diritto alla declaratoria di costanza del rapporto e all'eventuale risarcimento del danno, dal licenziamento fino alla data di costituzione in giudizio del datore di lavoro. Quale che sia poi il giudizio sulla fondatezza della giustificazione. Giudizio di merito (concreto e non virtuale) ora possibile, con l'applicazione, questa volta pertinente, nel caso di ingiustificatezza, (anche) dell'art. 8 l. 604.

La funzione propulsiva delle prescrizioni formali, verso il controllo della giustificazione viene così garantita con il sostanziale rispetto dei diritti di contraddittorio e di difesa, antecedente (art. 7 s.l.) e susseguente (art. 2 l. 604).

La sanzione specifica viene riportata a coerenza con la funzione che persegue. Sarebbe a dire che l'inefficacia cessa quando ha raggiunto lo scopo di consentire l'esercizio del diritto negato in costanza di rapporto o, che è lo stesso, a licenziamento inefficace.

Ciò armonizza, senza fughe verso l'alto, né verso il basso, le conseguenze delle violazioni formali e dà così una risposta al problema della coerenza delle sanzioni tra loro. Non spiega l'interrogativo, di non poco momento, della sufficienza di codesta tutela. Questione che investe la coerenza generale del sistema, del parallelismo, della sufficienza di tutele, che

⁷⁵ Anche qui si richiamano le considerazioni sugli aspetti processuali formulate a nota 52 del par. 4.6.

il complesso di tutela debole assicura al lavoratore e su cui si rinvia alle conclusioni generali⁷⁶.

⁷⁶ *Infra* al par. 7.1 e al par. 7.3, altri spunti al par. 7.5.

Inefficacia e annullabilità

6.1 Posizione del problema e ipotesi ricostruttive

La questione dell'efficacia-inefficacia del licenziamento ingiustificato, fuori dalla tutela reale, è argomento centrale nell'esame del sistema di graduazione e di distribuzione delle tutele, perché è nella negazione dell'efficacia del licenziamento ingiustificato che, tecnicamente, si rinviene il fondamento teorico della tutela differenziata¹.

La sua risoluzione necessita di alcune premesse, in ordine alla ricostruzione della tutela come struttura a *ippsilon*, nel senso che la tutela del licenziamento è comune a tutte le aree fino all'annullamento del licenziamento, da dove poi, in ordine alle conseguenze, si biforca nei due rami dell'art. 18 s.l. e dell'art. 8 l. 604.

In tale organizzazione sistematica, la questione fondante diventa stabilire se le tutele, reale e obbligatoria, siano condizionate dalla struttura della giustificazione o se non lo siano.

Se si esclude che la giustificazione del licenziamento abbia una struttura diversa secondo l'area di applicazione si potrà mantenere l'attuale sistemazione a *ippsilon*.

Diversamente dovrà optarsi per due sistemi integralmente paralleli, anche nella giustificazione.

Deve quindi essere verificato quale dei due termini dell'alternativa sia quello vero: a) la tutela differenziale delle conseguenze dell'annullamento del licenziamento risiede in una diversa struttura della giustificazione nelle due aree, radica cioè due diversi sistemi; b) la differenza di tutele ha un fondamento autonomo (e in tale caso esso qual è).

¹ *E pluribus* in dottrina NAPOLI, *Le proposte di modifica dell'art. 18 e dello Statuto dei Lavoratori*, p. 101, Il diritto del lavoro dal 'libro bianco' al disegno di legge delega 2002 Milano 2002; ID., voce: *Licenziamenti* Dig. Disc. Priv. sez. comm. vol. IX, Torino 1993 ; in giurisprudenza C.COST. 2/86; *amplius infra* nelle note e nel testo per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

In altri termini, se il licenziamento ingiustificato è annullabile, deve essere (reso) inefficace; se è efficace non può essere annullabile.

È evidente che in prima analisi la questione preliminare è stabilire se la giustificazione nelle due aree di tutela abbia la stessa struttura. Perché, se c'è l'ha, le conseguenze della sua violazione devono essere le stesse, segnatamente quelle dell'annullabilità. In questo caso il fondamento della tutela debole deve essere cercato altrove che nella validità-efficacia del licenziamento.²

La verifica della matrice unitaria della disciplina della giustificazione, non è volta a revocarne l'unitarietà. All'opposto, è indirizzata ad accertarne la compatibilità con la tutela debole data e la coerenza della tutela.

L'interrogativo, abbastanza semplice e nondimeno di difficile soluzione, è: se l'attuale sistema di tutele deboli appresti una tutela coerente e sufficiente. E in caso di risposta negativa quale possa essere la misura sufficiente³ e perché.

L'ipotesi di lavoro è che l'attuale sistemazione della tutela obbligatoria non sia del tutto coerente in un sistema di giustificazione di cui, condivisibilmente, si afferma la necessità, e in caso di ingiustificatezza, l'annullabilità.

Ma prima di proseguire nel ragionamento è necessario formulare alcune avvertenze.

Non si tratta di una questione di qualità né di quantità, si tratta di stabilire se la diversificazione di misure sanzionatorie, obbligatorie e reali, sia o no coerente intrinsecamente o estrinsecamente.

²Sulla spiegazione della deviazione dell'annullabilità del licenziamento nell'area debole come invalidità di diritto speciale o come improprietà del lessico del legislatore si rinvia al par. 6.3, al par. 6.4 e al par. 6.5 e per la bibliografia alle note 10 e 68.

³Cfr. BELLAVISTA, *La riforma della disciplina del licenziamento individuale*, p. 105ss., *Il diritto del lavoro dal 'libro bianco' al disegno di legge delega 2002*, Milano 2002, secondo cui, p. 109, è agevole ritenere che il contenuto essenziale del diritto alla «tutela in caso di licenziamento ingiustificato» non vada identificato soltanto nel principio di giustificazione sostanziale del licenziamento, ma anche in un principio volto ad imporre la congruità o l'adeguatezza del regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato. Così argomentando anche dall'art. 24 della Carta Sociale Europea e dagli art. 31 e 52 della Carta di Nizza.

6.2 Il modello a *epsilon* della tutela differenziata nella sistemazione di dottrina e giurisprudenza. Osservazioni critiche.

La generalizzata e concreta applicazione della regola di giustificazione ha condotto sempre più la pratica giurisprudenziale a sezionare la disciplina del licenziamento in due momenti ben distinti: a) il momento della giustificazione, assunto dato comune di tutta la disciplina; b) la sfera dei rimedi, assunta, invece, come elemento differenziatore.

Tale cesura è stata praticata, però, senza scrutinare compiutamente se la ricostruzione della giustificazione in chiave unitaria fosse o no compatibile - dopo l'estensione della legge 11 maggio 1990 n. 108 - con il mantenimento della tradizionale sistemazione dell'apparato sanzionatorio introdotto e disciplinato dalla legge 604.

La prospettiva è colta con nitore da NAPOLI,⁴ il quale, appunto, individua nelle disposizioni degli art. 1 e 3 della legge 604/66 la prima sfera unificante, a tutela della quale, l'ordinamento appresterebbe "due rimedi reattivi totalmente diversi"⁵: quello dell'art. 18 l. 300/70 e quello dell'art. 8 della legge 604/66.

Il primo sarebbe un sistema "rigorosamente coerente e conforme ai principi generali basati sulla *restitutio in integrum*", mentre il secondo, che non inciderebbe sulla validità ed efficacia dell'atto, sarebbe un rimedio risarcitorio di reazione a un "*fatto illecito*"⁶.

Nell'ipotesi della tutela obbligatoria, quindi, la regola di giustificazione viene posta fuori dall'atto. Cosicché la sua violazione non inficerebbe il licenziamento né in termini di validità né in termini di efficacia.⁷ Essa,

⁴NAPOLI, op. cit.

⁵NAPOLI, op. ult. loc., p. 100

⁶Così NAPOLI, op. loc. ult. cit.. in senso sostanzialmente conforme a CORTE COST. 14 gennaio 1986 n. 2 (che in motivazione richiama anche, non del tutto pertinentemente, i precedenti delle sentenze n. 178/75 e n. 256/76) secondo cui «*per il periodo antecedente, compreso il licenziamento ed il provvedimento di reintegrazione la riconosciuta invalidità del licenziamento produce diversi effetti. Da un lato, il rapporto non si ritiene estinto (cosa, invece, che accade nell'ipotesi dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966) ad ogni effetto (per es. per l'indennità di anzianità),...*»

⁷La letteratura è così vasta che sarebbe improponibile riportarla per intero. Con diversi argomenti DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari* (Atti) Milano, 1988, ROMAGNOLI, *La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro?*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1990, 1217; Ma v. anche: LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, Riv. it. dir. lav. 2002, I, 169, DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali*, N. leggi civ. 1991, 133, CHERICONI, *Il licenziamento individuale*, Milano, 1988. In generale sulla disciplina: NIGRO B., *Effetti del licenziamento illegittimo*, Lav.

invece, porrebbe, l'attore della condotta nell'illecito e lo obbligherebbe (art. 8 l. 604) al risarcimento del danno in forma specifica (riassunzione) o per equivalente (penale risarcitoria).

La ricostruzione in tal guisa dell'efficacia, della validità, della tutela obbligatoria e degli apparati sanzionatori è generalmente condivisa dalla dottrina, nell'enunciazione dei tratti differenziali delle due tutele; sicché, d'ora in avanti, si utilizzerà il costrutto di NAPOLI come base teorica delle riflessioni critiche che seguiranno.

Il su riferito fondamento della tutela differenziale in discussione, in verità, non è che un retaggio del passato, sia sotto l'aspetto contenutistico sia sotto l'aspetto metodologico.

Dal punto di vista contenutistico, esso sconta la primigenia origine contrattuale della disciplina.

prev. oggi 1986, 1790, ID., *I licenziamenti nell'evoluzione giurisprudenziale*, Lav. prev. oggi 1986, 1527, GORLA M., *Licenziamento annullato, estromissione del lavoratore a seguito di sentenza di appello ed effetti della mancata impugnazione del nuovo licenziamento*, Dir. lav. 1984, II, 515, NAPOLI, voce: *Licenziamenti*, Dig. disc. priv. sez. comm., IX, Torino, 1993, ID., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano 1980, MISCIONE, *Il diritto del lavoro e il licenziamento*, Lav. giur. 2001, II, 105, LEVI, *Il sistema dei licenziamenti individuali nell'ordinamento giuslavoristico italiano*, Dir. economia 2001, II, 665, DE TOMMASO, *Dalla tutela reale ai licenziamenti ad nutum*, Dir. lav. 1984, I, 55, BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Milano 1991, BELLAVISTA, op. cit., DENARO, *Il licenziamento individuale nel rapporto di lavoro privato* Milano 1984, AGNESI, *In tema di concezione causale dell'atto di recesso*, Riv. it. dir. lav. 1982, II, 98, D'ANTONA, *Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo*, Riv. giur. lav. 1987, I, 377, NOGLER, *Sul c.d. licenziamento ingiustificato nell'area del recesso ad nutum*, Giust. civ. 1994, I, 2481, ALLEVA, *Il consolidamento dell'opinione giurisprudenziale sull'ambito di applicabilità della tutela contro i licenziamenti*, Riv. giur. lav., 1985, II, 438, ID., *Dimensioni aziendali e disciplina limitativa dei licenziamenti*, Riv. giur. lav., 1984, I, 3, PAPALEONI, *La più recente fase di evoluzione normativa della disciplina dei licenziamenti: la legge 11 maggio 1990 n. 108*, Dir. lav. 1990, I, 253, ID., *L'inefficacia del licenziamento*, Giust. civ. 1984, I, 1786, ID., *Profili processuali e sostanziali della sentenza di invalidazione del licenziamento*, Giust. civ. 1981, I, 2522, ID., *Sul campo di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti*, Dir. Lav., 1984, I, 159, PERA, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Riv. it. dir. lav. 1990, I, 251, ALTAVILLA, *Sindacabilità dei motivi di licenziamento ed art. 2118 c.c. e sospensione dell'efficacia del licenziamento mediante provvedimento d'urgenza*, Giust. civ. 1981, I, 1836, BIANCHI D'URSO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Mass. giur. lav. 1991, 338, DE MARINIS, *Brevi note in margine alla nuova disciplina in materia di licenziamenti individuali*, Dir. lav. 1991, I, 449, ID., *Il licenziamento illegittimo: i profili concettuali della nozione tra recenti tendenze razionalizzatrici e possibili prospettive evolutive*, Dir. lav. 1994, I, 449, BURSESE, *In tema di licenziamento illegittimo a seguito di recesso ad nutum*, N. dir. 1979, 322, ROSSI, *La risoluzione del rapporto di lavoro subordinato con particolare riguardo ai profili patologici del licenziamento individuale*, Dir. lav. 1998, I, 405 e in generale gli autori citati alle note precedenti.

Dal punto di vista metodologico, parafrasando D'ANTONA, sconta la *strettoia esegetica* costituita dall'attenzione focalizzata sulla individuazione di elementi di discontinuità o di continuità tra sistemi di tutele. L'esegesi della “nuova” disciplina ha finito, così, con il privilegiare, i punti di rottura o di consonanza, piuttosto che gli effetti tipici delle categorie usate dal legislatore. Spesso, anzi, con opinabile libertà metodologica, ha utilizzato l'aspetto diacronico della successione di tutele, per spiegare aspetti sincronici della coesistenza delle tutele stesse.

*

Dopo un trentennio da quando furono scritti, una cosa che colpisce nei primi saggi sulla l. 604 – ed è sensazione che ritorna medesima anche con la tardiva lettura dei primi commenti all'art. 18 s.l. – è la trattazione delle innovazioni legislative come se fossero discipline ogni volta sostitutive, e non aggiuntive, di quelle immediatamente precedenti. Sembra proprio che le aree di non applicazione siano talmente ridotte da non meritare neppure il ruolo di *tertium comparationis* nell'esegesi sistematica della disciplina. E se la distanza tra la l. 604 e il recesso *ad nutum* può essere considerata grande abbastanza da non giustificare un parallelismo continuo, non altrettanto può dirsi della distanza tra la legge 604 e l'art. 18: due complessi normativi legati a filo doppio. Eppure, dopo l'art. 18 s.l., nella considerazione della “disciplina dei licenziamenti”, sembra che il sistema dell'art. 8 sia stato abrogato. Il richiamo a tale norma è quasi sempre fatto con riferimento a quel che era e non è più, anche con la forma verbale del passato. Non vi è accenno al fatto che tale debole sistema di tutela sia coesistente all'art. 18 s.l. Si discute di apparato sanzionatorio del licenziamento come se esistesse solo l'art. 18 s.l. In dottrina nel 1975, a proposito della continuità o innovatività dell'art. 18 s.l., si scriveva: *nell'ultimo periodo di vigenza della legge (mi riferisco, ovviamente, all'art. 8, sicuramente abrogato dall'art. 18 l. 300 del 1970)*.⁸ Non che l'autrice ritenesse abrogata la norma nei confronti ad es. dei non imprenditori. Piuttosto si rimarca una sensazione, quella che con l'art. 18 il problema del licenziamento fosse stato risolto per tutti i lavoratori, cioè che vi fossero un così piccolo numero di imprese fuori dall'art. 18 – o che non ve ne fossero affatto – tale da non tenere in cale l'altra area di tutela.⁹ Da un altro punto di vista deve essere ricordato che la preoccupazione principale della dottrina nella sistemazione dell'art. 18 s.l. fosse quella di assicurare la “discontinuità” con il passato. Ciò per evitare che, come stava accadendo con la l. 604, segni

⁸ BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano 1975, p. 65

⁹ *Idem* ALLEVA, cit., p. 88.

di “continuità” con il passato, potesse ricacciare la tecnica sanzionatoria nell’alveo della tutela obbligatoria.

In tale guisa, per dare fondamento agli effetti empirici immediati dell’art. 8 l. 604 ed escludere quelli reali dell’art. 18 s.l., si è finito col predicare la validità e l’efficacia del licenziamento ingiustificato,¹⁰ che sono elementi propri della norma limitativa contrattuale.

*

Gioverà indugiare su aspetti che caratterizzano la tradizione interpretativa.

(a) A fronte di un sistema legale, che autorizzava il datore di lavoro a recedere, senza alcun limite che l’obbligo del preavviso, *convenzionalmente* si pattuiva che il datore di lavoro indicasse i motivi del licenziamento e accettasse un giudizio arbitrale d’equità sullo stesso.

La disciplina collettiva sui licenziamenti individuali nell’industria, introduceva questa regola di condotta e la sanzionava autonomamente, con l’invito alla riassunzione, assistito dalla nota penale.

In tale sistema convenzionale, non era del tutto fuori dall’orbita dell’interesse collettivo, tanto che nell’ipotesi di mancata accettazione della decisione arbitrale le parti riprendevano “la loro libertà”.

In esso la giustificazione del licenziamento era solo un mero onere, al quale soggiace il datore di lavoro; onere che si giustapponeva al potere di recesso e che, anche in caso di inadempimento o di rifiuto di fornire le motivazioni, non privava, di conseguenza, di efficacia il recesso, che non veniva annullato. Infatti, l’apparato sanzionatorio contrattuale non presupponeva l’annullamento del licenziamento. Il recesso rimaneva un negozio, in cui i motivi erano irrilevanti; la giustificazione veniva sanzionata o quale rifiuto di esternare i motivi o quale giudizio sulla loro serietà. Ma i motivi rimanevano, rispetto all’efficacia dell’atto, nel giuridicamente irrilevante; costituivano un onere di condotta, che aveva occasione nel licenziamento. In tale contesto la dottrina del tempo aveva appunto escluso che tale disciplina costituisse una limitazione al potere di licenziare. Sempre a livello convenzionale la prospettiva non muta significativamente neppure con l’accordo interconfederale 25/04/1965, benché allo stesso venne talvolta attribuita portata limitativa del potere di licenziare.¹¹

¹⁰ Valga l’ammonimento di SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, p. 391 Napoli 1969. Sulla tipizzazione dell’invalidità. cfr. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche* Riv. it. dir. lav. 1991, I, 50; nonché in SANTORO PASARELLI G., *Diritto del lavoro e categorie ...*, cit.; *contra*: TAMPIERI e GAROFALO cit.

¹¹ NAPOLETANO, *Diritto processuale del lavoro* p. 421 Milano 1956, SERMONTI, *Interpretazione e applicazione dell’accordo interconfederale sui licenziamenti*, Dir. lav. 1956

Nell'accordo del 1965, la mancanza materiale di motivazione, per omissione o per rifiuto, non dava luogo a conseguenze diverse da quella della giustificazione insufficiente o non provata. La giustificazione del licenziamento, dunque, si poneva ancora come un dovere di comportamento datoriale, successivo all'intimazione del recesso.

Per chiarire il senso di questa struttura, deve essere richiamata la posizione della giurisprudenza che, nel sistema della libera recedibilità, ammetteva (ex artt. 1424 – 1324 c.c.) la conversione del licenziamento privo di giusta causa in licenziamento *ad nutum*.

Questa impostazione giurisprudenziale è stata ripresa prima dall'art. 10 dell'accordo 18 ottobre 1950 e poi dall'accordo del 1965. Esclusi gli effetti ulteriori propri dell'art. 2119 c.c., ma mantenuto fermo l'effetto estintivo, al lavoratore spettavano tutte le indennità ex art. 2118 c.c. e quelle, se del caso, ex accordo 18/10/50.

L'effetto estintivo, comunque, era un puro e automatico effetto della volontà estintiva – una sublimazione dell'art. 2118 c.c. - nella quale la presenza di giusta causa (o *mutatis mutandis* di giustificato motivo) non era ritenuta fondante.

Questa, invece, era ritenuta determinante della sola la volontà di escludere il pagamento delle indennità connesse all'estinzione.

La giustificazione, nel sistema interconfederale, era dunque vista come attributo di un licenziamento sempre possibile. La cui mancanza o la esistenza di essa gioca tutti i suoi effetti sul piano delle indennità e non aveva influenza sul piano dell'efficacia estintiva del recesso (ingiustificato).

Il quale continuava a basarsi sul principio di libertà di recesso nei vincoli obbligatori di durata indeterminata. Questa disciplina, poco più di un anno dopo, il legislatore ricalcava per costruire la disciplina legale dei licenziamenti individuali.

(b) La disciplina legale, per quanto derivante da quella convenzionale, introduceva differenze tanto profonde quanto neglette.

Innanzitutto, distingueva tra mancanza materiale della motivazione e ingiustificatezza. L'omessa motivazione veniva sanzionata con l'inefficacia, piuttosto che con l'ingiustificatezza *tout court*, a riprova del fatto che la stessa era un elemento (necessario) dell'atto. Questo elemento non poteva mancare, pena l'improduttività del suo effetto tipico: l'estinzione, ancorché illegittima, del rapporto.

I, 187, MAZZONI, *La responsabilità sindacale per la mancata applicazione della procedura sui licenziamenti individuali*, Dir. economia 1955, 228, ARANGUREN, *La disciplina del licenziamenti nell'industria*, Dir. economia 1955, 543; *contra*: decisamente MANCINI, *Il recesso...* p. 389.

In secondo luogo, allorché la motivazione - elemento costitutivo della fattispecie - era presente, veniva sanzionata solo ove risultava viziata. Il vizio di tale elemento dell'atto era esso stesso figura tipologica. Era tipo che si chiamava ingiustificatezza, per la cui violazione la sanzione dell'ordinamento era l'invalidità di applicazione giudiziale, che, a sua volta, presupponeva l'efficacia dell'atto, ancorché provvisoria.

In terzo luogo, nell'ipotesi di omissione della motivazione, l'azione era quella dichiarativa, tipica delle improcedibilità; nell'ipotesi dell'ingiustificatezza l'azione era quella di accertamento costitutivo, che era tipica dell'azione di annullamento.

(c) Successivamente venne introdotto l'art. 18 s.l., che si riferiva espressamente all'annullamento del licenziamento ingiustificato. La natura giuridica dell'azione che sanzionava l'ingiustificatezza, in termini di annullamento, non poté essere condizionata dall'art. 18 s.l.

Infatti, la individuazione, operata dall'art. 18 comma 1, del licenziamento ingiustificato ex artt. 1-3 l. 604/66 in termini di annullamento fu meramente ricognitiva. Era l'ingiustificatezza - presupposto applicativo sia dell'art. 8 l. 604 sia dell'art. 18 s.l. - che era cagione di annullabilità. E l'annullabilità era tale fin dall'origine della norma (l. 604), posto che (anche a tenore letterale dell'art. 18 s.l.) l'annullamento avveniva a norma della legge 604 e non avveniva non a norma dell'art. 18 s.l. Ora apparirà chiaro, da questi elementi, che si sarebbe dovuto concordare con chi sosteneva che la giustificazione del licenziamento, già nella 604, non era una condotta del datore di lavoro, ma era un elemento necessario per l'efficacia dell'atto. Una situazione con presupposti del tutto diversi sa quelli degli accordi interconfederali. Cfr. autori citati *supra* alla nota 6 del par. 1.1.

*

Come, insomma, se vi fossero due distinte azioni di ingiustificatezza e perciò due di annullamento: una per ciascun regime. Come, insomma, se la base ricostruttiva di partenza non fosse stata quella dell'affermazione della unitarietà dell'obbligo di giustificazione, ma della duplicità.

Ma istante prima, per affermare l'illegittimità del licenziamento ingiustificato, si era predicato che l'azione di impugnazione, per far valere l'ingiustificatezza prevista dalla legge, fosse un'azione di annullamento.¹²

¹² Cass. 24 febbraio 2003 n. 2787 in Not. giur. lav. 2003, 490, afferma *L'azione con la quale si fa valere la illegittimità di un licenziamento per difetto di giusta causa o di giustificato motivo ai sensi dell'art. 6 della l. 15 luglio 1966 n. 604, va qualificata come azione di annullamento, ...*; Nello stesso senso Cass, 30 marzo 1998 n. 3337, Cass. 13 settembre 1993 n. 9502 in Giur. it. 1994, I, 1, 1; Trib. Trieste 19 febbraio 1991 con nota di CASSANTI, *Annulabilità del licenziamento privo di giusta causa o di giustificato*

*

Vi è stato, da parte della dottrina, un atteggiamento di disinteresse per le fattispecie vizianti, a prescindere dall'area di tutela. L'enorme contenzioso in ordine all'applicazione dell'una o dell'altra disciplina sanzionatoria, durata per tutti i venti anni in cui le discipline hanno convissuto, dimostra che vi era la convinzione che l'art. 18 s.l. fosse norma di generalizzata applicazione.

Ciò ha privato l'elaborazione della disciplina sanzionatoria minore dell'art. 8 l. 604, si passi il termine, di coerenti riscontri sistematici. L'applicazione dell'art. 8 l. 604 si è così incanalata verso una serie di *obiter dicta*. Essi si basavano su studi che, elaborati in uno scarso quadriennio (luglio 66 – maggio 70), non vennero più approfonditi, scalzati dall'invadente incedere dell'art. 18 s.l. e dai suoi – più preoccupanti o più interessanti – effetti.

Questi *obiter*, quando nel 1990 la tutela obbligatoria divenne di applicazione ordinaria e generale hanno a loro volta condizionato la dottrina. Essa, ha così costruito il sistema differenziale basato sulla validità-efficacia del licenziamento nell'area debole, senza però che tale costrutto avesse avuto una compiuta e definitiva sistemazione dottrinale.

Tale assetto ha avuto pesanti riflessi, per nulla dialettici, (notava un quarto di secolo addietro DELL'OLIO¹³), sull'elaborazione successiva della disciplina statutale, tesa a conservare intatto il recesso come *regula libertatis*, con il conseguente corollario di non invalicabilità.

Si palesa evidente alla critica di tale sistemazione, l'osservazione che la diversità di natura delle conseguenze viene posta in modo da essere ad un tempo causa ed effetto della differenziazione.

Infatti, tale diversità di trattamento sanzionatorio dell'atto, cioè il riconoscere all'atto illegittimo validità e efficacia, è ricavato, per induzione, dalla tutela prevista dal solo art. 8 l. 604¹⁴.

Questa impostazione determina la risoluzione di un'alternativa secca. O la tutela è obbligatoria, perché l'atto è valido ed efficace; o l'atto è valido ed efficace, perché la tutela è obbligatoria.

motivo e termine di prescrizione, Giur. it. 1994, I, 2, 173; Cass. 28 maggio 1990 n. 4925 in Not. giur. lav. 1990, 686; Pret. Roma 27 gennaio 1982 in Dir. lav. 1983, II, 153.

¹³ *Licenziamento*, cit. E tale retaggio, oggi si può aggiungere, è sì forte da essere passato indenne alla legificazione dell'accordo del 1965 e perfino alla successiva espressa qualificazione dell'azione di accertamento dell'ingiustificatezza da parte dell'art. 18 stat. lav., come di annullamento, ancora ribadita nel nuovo testo, e infine alla definitiva eccezionalizzazione del recesso *ad nutum*.

¹⁴ *Amplius* al par. 6.6 e *ivi* note.

Se si sceglie il primo termine deve essere dimostrato il fondamento della validità ed efficacia, senza il ricorso all'obbligatorietà della tutela.

Se si sceglie il secondo termine deve essere dimostrata l'obbligatorietà della tutela, senza fare ricorso alla validità ed efficacia dell'atto.

La tutela obbligatoria non può essere allo stesso tempo causa ed effetto.

Ne deriva che se il licenziamento ingiustificato è valido ed efficace, la tutela differenziale ha già causa nella validità. Cosicché non è la tutela differenziale obbligatoria che può determinare la validità e l'efficacia dell'atto, perché essa ne è una sua conseguenza.

All'opposto, se il licenziamento è invalido (e inefficace), la tutela obbligatoria (differenziale) ha un diverso fondamento.

I due termini dell'alternativa non sono neutri, rispetto alla ricostruzione della fattispecie del licenziamento giustificato in chiave unitaria.

Il primo termine la revoca, il secondo termine la conferma.

Detto in altre parole, in siffatta costruzione, la tutela obbligatoria conseguirebbe alla validità ed efficacia dell'atto; mentre, comparativamente, quella reale conseguirebbe alla invalidità e inefficacia dell'atto.

Ciò contraddice le premesse secondo cui la tutela che, con l'azione di annullamento, l'ordinamento accorda all'atto, è sostrato comune ai due rimedi speciali.

Infatti, se esso è comune, l'atto, in entrambe le fattispecie, dovrebbe essere valido o invalido, efficace o inefficace, a prescindere dalla tutela restitutoria e risarcitoria accordata all'annullamento per ingiustificatezza (*rectius*: all'attuazione degli effetti dell'annullamento)¹⁵.

Nella ricerca del fondamento delle ipotesi di lavoro considerato avrà valore euristico verificare:

primo, che l'obbligo di giustificazione necessaria del licenziamento è un fattore della disciplina comune alle due tutele;

secondo, che pur essendo tale produce ora invalidità e inefficacia, ora validità ed efficacia, in relazione ai requisiti dimensionali del datore di lavoro;

terzo, la totale diversità di reazione dell'ordinamento, alla violazione della medesima regola di giustificazione, nei due regimi:¹⁶ della tutela

¹⁵Il bisogno di tenere distinte le sanzioni dell'atto dalle sanzioni del provvedimento espulsivo, quale condotta datoriale di illecito tipico è dimostrata da D'ANTONA, *La reintegrazione* cit., pp. 5, 13, 29, 93ss. specie 31, 63s. e 67.

¹⁶Per altro NAPOLI [op. cit., ma v. anche ID., *Licenziamenti* cit.] è tra coloro che giustamente ritengono che le deviazioni in senso speciale della disciplina dei licenziamenti sia nell'aspetto risarcitorio.

generale obbligatoria (ovvero la tutela debole), della tutela *speciale* reale (ovvero la tutela forte).

6.3 Irrilevanza del sistema di stabilità nella qualificazione del vizio e dell'effetto (o causa efficiente) del licenziamento. Fondamento della matrice unitaria dell'annullabilità. Sue conseguenze sull'apparato sanzionatorio.

La sanzione dell'ingiustificatezza è meramente l'annullabilità dell'atto ed è sanzione comune ai due regimi di tutela.

La fondatezza dell'affermazione può essere dimostrata con due considerazioni: (a) una basata sulla testualità della sanzione; (b) un'altra basata sulla dimostrazione, per esegesi sistematica, della incompatibilità di due pacifici approdi ricostruttivi concernenti la motivazione-giustificazione, con la validità e efficacia del licenziamento (dunque con annullabilità). Il primo: l'equiparazione della motivazione generica o di stile all'omissione della motivazione. Il secondo: l'applicazione della regola di ripescaggio.

Considerazione sub a). La testualità della sanzione è ben evidente. La qualificazione dell'annullabilità, infatti, ha fondamento nella prima parte dell'art. 8 l. 604/66. L'espressione letterale "*quando accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo o della giusta causa ...*" è esattamente ascritta al novero degli accertamenti costitutivi; locuzione indicatrice della giurisdizione di annullamento.¹⁷

Ciò trova conferma nell'art. 18 s.l. che, nel disciplinare la reintegrazione e il risarcimento, si riferisce alle ipotesi in cui il giudice annulla il licenziamento privo di giustificato motivo o di giusta causa a norma della legge 604¹⁸.

Dunque, nei due regimi (forte e debole), vi è il comune accertamento costitutivo della sussistenza del vizio tipico, di cui al comb. disp. artt. 1 e 3 l. 604. In entrambi i casi l'accertamento dell'ingiustificatezza sfocia in una sentenza di annullamento a norma della l. 604.

Nella formulazione dell'art. 18 s.l. il legislatore del 1970 fa proprie tutte le categorie dei vizi e le conseguenti azioni adoperate dalla legge 604.

¹⁷Da ultimo cfr. ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, p. 4 e 5 *specie* ivi nota 8 e autori citati, Quad. riv. dir. civ., Padova 2004, nonché la giurisprudenza citata alla nota 12.

¹⁸Individua esattamente la natura ricognitiva del richiamo all'annullamento ALLEVA, *L'evoluzione...*, cit., p. 88, 89, b). cfr. pure MAZZOTTA, *Diritto*, p. 609 il quale tuttavia opina si tratti di invalidità di 'diritto speciale'; tesi già formulata in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, cit., cit.

Ne unifica non tanto il regime sanzionatorio, quanto la tecnica attuativa. La formulazione della norma si innesta perfettamente sulla disciplina di nullità, inefficacia, annullabilità comminate dalla legge 604.

Tanto nella tutela reale quanto nella tutela obbligatoria, i rimedi per i vizi della motivazione, formali e sostanziali, sono sempre i medesimi: rispettivamente quelli della giurisdizione dichiarativa di accertamento e quelli della giurisdizione costitutiva di annullamento. Sono, in entrambi i casi, rimedi virtuali o testuali, che il diritto comune appresta per vizi che attengono o a mancanza di elementi costitutivi della fattispecie o a alterazioni significative di tali elementi. In ogni caso attengono al regime patologico dell'efficacia dell'atto.¹⁹

Per escludere che il licenziamento ingiustificato sia invalido, quindi annullabile, quindi inefficace nell'area della tutela debole, si è costretti a portare la violazione della regola di giustificazione sul piano dell'illecito²⁰.

Tuttavia accettare tale opzione significa incentrare il giudizio sulla violazione della regola di giustificazione non sui requisiti dell'atto, cioè sulla legittimità del licenziamento, ma sulla condotta dell'autore dell'atto, cioè sul comportamento materiale del datore di lavoro. Il che, a ben vedere, riproduce la relazione tra giustificazione convenzionale del licenziamento del dirigente e recesso ad nutum.

Uno degli argomenti accreditati, per distinguere giustificazione da giustificazione, è proprio quello di escludere l'efficacia causale del giustificato motivo del licenziamento del dirigente; riducendolo a una indicazione di assenza di pretestuosità.

Tale differenziazione riposa proprio sulla sottrazione legale del licenziamento del dirigente alla giustificazione ex art. 1 - 3 l. 604. Di conseguenza, fuori da tale disciplina speciale e convenzionale, la giustificazione è sempre elemento causale dell'atto.²¹

Se si nega questa evidenza non si spiega perché, in caso di integrale omissione della condotta di giustificare il licenziamento, la sanzione sia quella dell'inefficacia dell'atto, piuttosto che quella della violazione della regola di giustificazione accade nel licenziamento del dirigente, in cui l'effetto estintivo è prodotto dalla base di licenziamento *ad nutum*, ma non della giustificazione.

Invece, non è revocabile che l'obbligo di giustificazione venga sanzio-

¹⁹ *Infra* al par. 6.5 e *ivi* note per i riferimenti dottrinali.

²⁰ Per tutti NAPOLI, op. loc. ult. cit.

²¹ Nei limiti di funzionalità alla ricerca v. *ex multis* MONTUSCHI, MAGRINI, BASENGHI, cit.; In giurisprudenza, da ultimo, v. per tutti Cass. 3 aprile 2003 n. 5213 con i commenti, e *ivi* riferimenti, di DUI, MANNACIO, DI LEMMA cit.

nato diversamente in caso di mancanza dell'elemento formale dell'atto e in caso di sua alterazione. Nel primo caso con la sanzione-rimedio tipica dell'inefficacia; nel secondo caso con la sanzione dell'invalidità di applicazione giudiziale: l'annullabilità.

Questa diversificazione sanzionatoria dipende dalle medesime disposizioni normative, tanto nell'area della tutela reale, quanto in quella della tutela obbligatoria. Così non accade nel licenziamento del dirigente, in cui tutto si risolve nella spettanza dell'indennità, senza modificazione del regime sanzionatorio dell'atto.

In entrambe le aree, la motivazione, cioè il veicolo della giustificazione, sta dentro l'atto ed è elemento essenziale dell'efficacia. Cosicché il giudizio sulla esistenza della motivazione-giustificazione è un giudizio sull'atto.

Il fatto che nell'area della tutela reale vi sia uno strumento unificante e di diritto speciale (art. 18 s.l.) e che nell'area della tutela obbligatoria vi sia una tutela differenziata - in parte di diritto comune, in parte di diritto speciale (art. 8 l. 604) - non immuta la natura della motivazione-giustificazione, necessaria affinché l'atto consegua l'effetto estintivo.²²

In definitiva, la motivazione, una volta entrata nella fattispecie, non può uscirne in conseguenza del regime sanzionatorio, per diventare mera condotta.

Considerazioni sub b). Primo termine. La distinzione tra mancanza di motivazione, motivazione generica o di stile e ingiustificatezza.

Come ampiamente discusso nei precedenti paragrafi,²³ la conseguenza dell'equiparazione della motivazione generica alla mancanza di motivazione, è connaturata alla scelta del legislatore di ritenere, motivazione e giustificazione, elementi necessari per la produzione dell'effetto tipico della fattispecie.

In un sistema in cui la fattispecie licenziamento illegittimo viene considerata valida e efficace, la distinzione tra motivazione formale e motivazione sostanziale è completamente artificiosa. In entrambi i casi si tratta di abuso del potere di licenziare. L'abuso in parola - che non incide sull'esistenza e sull'effetto del potere - non può che produrre lo stesso effetto della sanzione tipica, prevista per la violazione dell'obbligo di giustificazione, in qualunque modo si manifesti.

L'asserto trova conferma anche con inversione di metodo. Cioè inferendo la natura del vizio a partire dalla sanzione: dunque, dell'art. 2 comma 2. Qui la motivazione inesistente viene sanzionata con l'inefficacia;

²²Per questo specifico aspetto non ha rilievo qualificare l'efficacia come definitiva o solo temporanea.

²³*Supra* par. 4.4, par. 6.5 e par. 7.1.

cioè con l'inibizione dell'effetto tipico della fattispecie. La motivazione è dunque elemento costitutivo (rectius: produttivo) dell'efficacia.

Come è stato perspicuamente segnalato²⁴ l'aspetto della tradizione, più che quello dogmatico, ha costituito la chiave di un'interpretazione nel segno della continuità con l'A.I. 65. Tuttavia non può sfuggire che la fonte collettiva e la fonte legale hanno diversa struttura in ordine alla individuazione della fattispecie "motivazione giustificante". Esse non hanno neppure identità di apparato sanzionatorio: è vero che l'art. 8 della legge è la trascrizione dell'art. 11 dell'accordo, ma non è meno vero che l'art. 2 comma 2 della legge, non ha alcuna corrispondenza nella fonte collettiva.

Anche per questa considerazione è utile richiamare il parallelo con il licenziamento del dirigente, in cui non è ipotizzabile una inefficacia per mancanza o genericità della motivazione. Sussistendo tale omissione formale o materiale le conseguenze saranno sempre le medesime della 'ingiustificatezza convenzionale'.

È patente che, se si assumesse che il giudizio sulla giustificazione non fosse un giudizio sull'atto ma sulla condotta successiva a un atto efficace, non residuerebbe spazio per privare di efficacia il licenziamento motivato in modo insufficiente. Perché si rimarrebbe nell'ambito di un giudizio che non è sull'atto.

Dovrebbe allora dirsi che una motivazione generica, o di stile, non consente di pervenire a un giudizio di giustificatezza, rendendo ingiustificato il licenziamento. Ma ciò contraddirebbe la premessa, secondo cui la motivazione generica è una non motivazione, e non integra l'efficacia dell'atto.

Considerazioni sub b). Secondo termine. Ulteriore conferma dell'efficacia strutturale e causale della motivazione viene dalla relazione della motivazione-giustificazione con il c.d. *droit de repechage*.²⁵

²⁴BALLESTRERO, *Licenziamenti* cit. ALLEVA, *L'evoluzione* cit.; v. pure quanto al par. 4.2. *Amplius* al par. 5.9

²⁵Cfr. con varie prospettive PAPALEONI, *Inidoneità sopravvenuta e repechage*, Mass. giur. lav., 1998, 876, ID., *Rapporti tra licenziamento disciplinare e licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giust. civ., 1989, I, 59 ZOLI, *Note sul giustificato motivo obiettivo di licenziamento*, Riv. it. dir. lav., 1982, II, 765, ICHINO, *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Riv. it. dir. lav., 1999, III, 3, BOLEGO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore*, Riv. it. dir. lav., 1995, II, 173, LEPORE, *Giustificato motivo obiettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice*, Dir. lav., 2000, II, 33, MILLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage*, Riv. giur. lav., 2002, II, 457, FIGURATI, *Osservazioni sull'obbligo di repechage nel licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni*, Mass. giur. lav., 2000, 1211, GOLFERINI, *La risoluzione del rapporto di lavoro per sopravvenuta inidoneità fisica del*

Il diritto in parola, proprio in quanto giudizio sulla giustificazione, non si concilia con un licenziamento che, anche se ingiustificato, si assuma valido ed efficace, perché, se così non fosse, la giustificazione non sarebbe causalmente legata all'effetto estintivo.

Invero, l'estinzione, che è effetto necessariamente definitivo, a differenza dell'inefficacia che può essere temporanea, si verificherebbe comunque, salvo essere giudicata illecita.

All'opposto il diritto di ripescaggio è fattispecie che attiene al nesso causale tra la giustificazione e l'effetto che vuole raggiungere; è *conditio sine qua non* dello scopo estintivo.

Se la giustificazione fosse effettivamente un onere di condotta, non indispensabile per l'estinzione, la prova del giustificato motivo si sarebbe dovuta arrestare all'esistenza materiale della giustificazione (presupposto del potere). Non avrebbe, invece, dovuto estendersi alla estintività della giustificazione, cioè all'idoneità della giustificazione a sciogliere il rapporto. Anzi l'unica possibilità di sciogliere il rapporto. Come accade nel licenziamento del dirigente, in cui l'accertamento della mancanza della giustificazione non ha variazioni causalistiche, tra licenziamento per colpa e licenziamento economico.

In verità, non ci sarebbe nesso di causalità rilevante²⁶ tra la giusti-

lavoratore allo svolgimento delle mansioni assegnate tra obbligazioni di mezzi e obbligo di repechage, Or. giur. lav., 2000, I, 360, VALLAURI, *Ambito aziendale interessato dalla riduzione del personale, individuazione dei criteri di scelta applicabili e obbligo di repechage*, Giust. civ., 2000, I, 3257, LUDOVICO, *L'onere datoriale del repechage e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione*, Or. giur. lav., 1999, I, 196, FOSSATI, *Licenziamento del dirigente e obbligo del cd. repechage*, Riv. it. dir. lav., 1998, II, 575

²⁶Quando la giustificazione consiste in un motivo attinente all'organizzazione del lavoro potremo avere per esempio: non serve più la professionalità X nel reparto Y perché soppiantata dalla macchina Z.

Nella costruzione a licenziamento valido, ma illecito, il datore di lavoro può licenziare, ma con il limite che deve dare conto di quel che fa. Se prova XYZ, avrà dato conto di essersi mosso nei limiti. Non potrà avere rilevanza che X potrà essere impiegato nel reparto K, perché ciò non fa venir meno l'esistenza del motivo, cioè del presupposto dell'esercizio del potere.

Il limite di liceità della condotta non richiede, infatti, l'ineluttabilità della scelta, perché si pone al di fuori dello schema causale. Non pone alcun divieto di licenziare se non c'è il giustificato motivo; basta un giustificato motivo. La fattispecie risolutiva non è il motivo, ma la volontà. Una volontà come quella ex art. 2118 c.c. con un'aggiunta.

In ultima analisi qui è sempre la volontà che estingue il rapporto. E se così è, l'oggettiva esistenza del motivo non richiede anche la sua ineluttabilità, cioè un effetto estintivo, al fine di giustificare l'esercizio del potere.

Riprendendo lo schema proposto: se l'utilizzabilità del lavoratore X nel reparto K non avrà escluso l'obiettivo sussistenza del giustificato motivo (nella ricorrenza di XYZ

ficazione e l'effetto estintivo, se quest'ultimo si verificasse comunque, in presenza di una giustificazione non causalmente orientata all'estinzione.

Potere e motivazione sono tutt'una cosa. Licenziamento e motivazione costituiscono la fattispecie estintiva complessa, in cui la giustificazione costituisce la causa del potere, cioè la ragione giuridica dell'estinzione. In mancanza della quale la fattispecie non si completa validamente.

Ciò che estingue non è la volontà, ma la giustificazione. Perché è la giustificazione che è la causa. Cosicché, il nesso di causalità tra la motivazione e l'estinzione predicata, come conseguenza della giustificazione, è l'unica fattispecie possibile.

Ancora qualche precisazione: l'impostazione della tutela obbligatoria, come afferente a una condotta esterna ad atto valido ed efficace, presuppone un comando del tipo: puoi fare lecitamente questo, se si verifica questa condizione. Traducendo: puoi licenziare lecitamente, se vi è una giustificazione.

Corollario: se la giustificazione manca puoi licenziare non lecitamente; non invece non puoi licenziare. Ma poiché la formulazione dell'art. 1 è completamente diversa e stringente: il *licenziamento non può avvenire che giustificatamente*, ecco che non ci si può esimere dal richiedere tale prova, a prescindere dall'applicazione dell'art. 18 s.l.

Arrivati a questo punto non si può revocare che l'ingiustificatezza del licenziamento, intesa qual è, come relazione causale tra giustificazione ed effetto tipico dell'atto, è una fattispecie di invalidità, a prescindere dall'area di tutela, nella quale viene intimato²⁷.

In definitiva, la dimostrata unitarietà della fattispecie determina che il licenziamento ingiustificato sia annullabile e quindi invalido in entrambe le aree di tutela.²⁸

Il risultato esclude dalla struttura della tutela obbligatoria due tasselli e mezzo: la diversità di reazione all'in-giustificatezza e la validità del licenziamento. Il mezzo tassello è costituito dal profilo dell'esclusione del-

sarà ben difficile negarlo) avrà escluso l'ineluttabilità, cioè l'effetto estintivo.

²⁷V'è un *obiter* in C.COST. 14 gennaio 1986 n. 2 ... *la riconosciuta invalidità del licenziamento produce diversi effetti. Da un lato, il rapporto non si ritiene estinto (cosa che invece accade nell'ipotesi dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966) ad ogni effetto ... in tml.it, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1985 2.*

²⁸La riconduzione dell'ingiustificatezza all'invalidità, non conduce automaticamente alla incongruenza dell'art. 8 l. 604, né a revocare gli effetti che si annoverano tra quelli della tutela obbligatoria. Infatti, i risultati raggiunti, non escludono che non vi possa essere una deviazione a livello di invalidità. [cfr. MAZZOTTA, op. loc. cit.]

l'efficacia: esclusa in quanto conseguenza della validità-invalidità, ma che potrebbe avere diverso fondamento.

La matrice unitaria assume maggior peso ricostruttivo alla luce della l. 108/90. La novella ha avuto lo scopo dichiarato di generalizzare l'applicazione della regola di giustificazione del licenziamento²⁹, rendendola appunto necessaria. Essa ha prodotto, *de residuo*, l'effetto ulteriore e fondamentale di eliminare dal novero dei licenziamenti possibili - e perciò dai termini di comparazione di discipline ed effetti - il recesso *ad nutum*³⁰.

In conclusione, il fondamento della peculiare tutela offerta all'atto annullato dall'art. 8 l. 604 non può dunque rinvenirsi nella validità del licenziamento ingiustificato. Essa va piuttosto ricercata altrove e segnatamente nella dinamica dell'inefficacia e dell'annullabilità.

6.4 Dinamica dell'inefficacia nell'annullamento e onere di impugnazione.

Il problema dell'impugnazione del licenziamento e dei suoi effetti eventuali si incunea tra le questioni concernenti la validità del licenziamento, la conseguente annullabilità, l'eventuale inefficacia. È opportuno, dunque, dedicarvi qualche riflessione, prima di procedere oltre nello studio della dinamica dell'annullabilità rispetto all'inefficacia.

Il significato della impugnazione - anche solo stragiudiziale - del licenziamento, è stato ampiamente scrutinato dalla dottrina³¹, tanto da non suscitare grandi dibattiti.

²⁹Ciò è colto con evidenza da ROMAGNOLI, *La tutela contro...*, cit., per il quale la legge 108/90 *revoca la licenza di licenziare che in circostanze date può fare del lavoratore un moderno capite deminutus. Come dire ha levato uno scheletro dall'armadio*, anche se poi alla valutazione complessiva della riforma e ammonisce che *la residualità della tutela obbligatoria nel sistema dei rimedi potrebbe diventare più apparente che effettiva*. V. pure ROCCELLA, GALANTINO, opp. cit.

³⁰I casi di libera recedibilità sono oramai eccezionali. E comunque riguardano esclusione di specifici rapporti. La rilevanza della utilizzabilità / inutilizzabilità del *tertium comparationis* dell'art. 2118 c.c. sarà ben evidente *infra* 97ss.

³¹GRANDI, *La risoluzione delle controversie in tema di licenziamento individuale. Considerazioni esegetiche sugli artt. 6 e 7 della l. 15 luglio 1966 .604. Procedimento giurisdizionale e procedure stragiudiziali nei licenziamenti individuali*, Riv. giur. lav. 1967, 405; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro* p. 199, Padova 1980; VALLEBONA, *Licenziamento. Impugnazione. Forma scritta ad substantiam, Procura rilasciata a un terzo*, N. giur. civ. comm., 1987, I, 719, ID., *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova 1995; MAZIOTTI, *Licenziamenti illegittimi ... Atti cit.*; PROTO PISANI, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990 n. 108): giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti*, F. it. 1990, V, 373;

In un recente contributo una dottrina³² ha proposto una diversa e interessante lettura, dal punto di vista ricostruttivo, e della quale mette conto discorrere. Da essa, infatti, è possibile trarre conferme, circa il regime della dinamica dell'inefficacia dell'atto annullabile, nella giurisdizione costitutiva di annullamento, a prescindere dal regime di tutela applicabile.

La tesi è questa³³: che l'impugnazione stragiudiziale costituisca un contropotere del lavoratore simmetrico a quello del datore di lavoro, cosicché l'impugnazione priverebbe automaticamente il licenziamento della sua efficacia estintiva. Non è dato capire con certezza se dall'impugnazione o dall'atto impugnato; pare *ex tunc*.³⁴

In conseguenza dell'impugnazione, che riporterebbe le parti *quo ante* del licenziamento, il lavoratore potrebbe esperire le azioni di adempimento contrattuale (in via monitoria suggerisce l'autore) e il datore di lavoro quelle di risoluzione.³⁵

Nel caso di fondatezza del licenziamento: *nulla quaestio*; il rapporto si considererebbe estinto.

Nel caso di ingiustificatezza, sarebbero le domande del lavoratore a essere accolte.

Ora, tale tesi – sicuramente acuta – non spiega però quali siano le differenze di effetto, rispetto a quelle accolte tradizionalmente nell'area dell'art. 18, la sola, peraltro, presa in considerazione dall'autore nella sua ricostruzione.

L'unica differenza che vi si coglie, è di ristabilire la corretta posizione processuale delle parti, in ordine all'onere della prova della giustificazione.

La tesi, così come congegnata, non considera le conseguenze di una sua applicazione all'area dell'art. 8 l. 604. E ciò costituirà argomento a sostegno della lettura fattane nel testo.

Se si applicasse tale costrutto all'art. 8 non avremmo alcuna differenza in caso di licenziamento giustificato. In caso di licenziamento ingiustificato, invece, il giudice non avrebbe da annullare alcunché; solo da dichiarare che il rapporto è vivo ed efficace, salvo consentire di estinguerlo successivamente, con il meccanismo riassunzione-penale.

E addirittura la riassunzione³⁶ non si spiega punto. Giacché senza che mai sia stato interrotto il rapporto, il giudice dovrebbe solo fissare

³²ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione giudiziale e decadenza*, Quad. riv. dir. civ., Padova 2003

³³ORIANI, op. ult. cit. p. 161 ss. *specie* p. 173-174

³⁴ORIANI, op. cit. p. 161, p. 168.

³⁵ORIANI, op. cit. pp. 168-172

³⁶Ovviamente nella comune accezione di ricostituzione del rapporto. Per un esame critico della distinzione lessicale reintegrazione – riassunzione, *infra* nel testo.

la somma per l'estinzione. Infatti, qui, l'inefficacia del recesso non sarebbe la conseguenza della applicazione giudiziale, ma della impugnazione stragiudiziale³⁷. Né sispiegano la provvisoria efficacia del licenziamento annullabile³⁸ e la scelta ablativa della tutela risarcitoria dell'art. 8.

Se di quest'ultima si può dubitare, della prima appare ben più difficile.

Anche questa analisi, comunque, sconta il vizio originario: di considerare l'art. 18 s.l. sostitutivo dell'art. 8 l. 604; di non affrontare la questione con riferimento alle sanzioni per il vizio dell'atto; di confondere tale piano con quello dell'attuazione del rapporto.

Un'ultima notazione riguarda l'eventualità che il lavoratore impugni giudizialmente il licenziamento, senza la preventiva impugnazione stragiudiziale.

In questo caso dovrebbe riconoscersi effetto sospensivo automatico alla domanda; il che renderebbe inutile la tutela cautelare. Meglio, lascerebbe ipotizzare che alla tutela cautelare debba ricorrere il datore di lavoro. Egli potrebbe così ottenere la sospensione degli effetti dell'impugnazione del lavoratore, durante il tempo necessario per fare valere in via ordinaria la sua domanda di risoluzione contrattuale.

L'autore, di fatti, ipotizza che il datore di lavoro, che riceva l'impugnazione stragiudiziale, possa agire in via d'urgenza,³⁹ per ottenere una prima delibazione della legittimità del suo operato e dunque la sospensione degli obblighi contrattuali.

Anche se tale cautela potesse ritenersi, astrattamente, ammissibile, sfugge, in concreto, qual possa essere l'irreparabilità del pregiudizio del datore di lavoro, a fronte di quello che pure il lavoratore potrebbe, e più fondatamente, eccepire.

Inoltre, se pure si ammettesse un tale *sub*-procedimento e, vittorioso nella cautela, il datore di lavoro risultasse soccombente nel merito, si porrebbe poi il problema del coordinamento della immediata esecutività del provvedimento di urgenza, con l'integrale risarcimento, voluto dall'art. 18 s.l..

Non sembra, in conclusione, che ci siano argomenti decisivi per sovvertire la posizione consolidata; per cui l'impugnazione del licenziamento

³⁷ Si deve dire che l'A. accoglie criticamente la teoria del collegamento tra diritto potestativo e giurisdizione costitutiva, ORIANI, op. cit. p. 5 e *ivi* alla nota 8 approfondimenti e bibliografia sul punto, nonché sul punto specifico p. 162, sulla scia di ASSANTI-PERA, *Comm. stat. lav.* Padova 1972 p. 198ss., cit.

³⁸ Anche se l'autore revoca in dubbio che si tratti di qualificazione esatta da parte del legislatore.

³⁹ ORIANI, op. cit. p. 169

costituisce di certo un onere per il lavoratore, ma il cui adempimento non produce nell'immediato alcun effetto sul rapporto.

In prospettiva ribaltata - cioè quella degli effetti dell'omessa impugnazione - il profilo di analisi è invece più interessante.

L'omessa impugnazione produce il divieto di controllo sulla motivazione del licenziamento. Ancorché ingiustificato, il licenziamento diventa definitivamente efficace e insuscettibile di annullamento.⁴⁰

L'omessa impugnazione ha, quindi, gli stessi effetti della convalida tacita; la quale ha effetto retroattivo per il convalidante, cioè per il lavoratore. Trattasi della sanatoria tipica dell'atto annullabile. Ne deriva che il licenziamento, ancorché invalido fin dall'origine, non potrà più essere privato della sua efficacia; ovviamente per questioni che attengono alla giustificatazza.

La mancata impugnazione si risolve nella volontaria esecuzione dell'atto annullabile e impedisce, come l'acquiescenza, di fare valere, in seguito, le ragioni di annullabilità.⁴¹

È utile considerare anche la seguente ipotesi. Se il lavoratore impugna, l'atto espulsivo non perde la sua efficacia⁴² e la questione della sua validità è rimandata fino all'accertamento giudiziale o alla prescrizione dell'azione. Trattandosi di azione di annullamento, l'atto è provvisoriamente efficace fino all'applicazione giudiziale dell'inefficacia. Sia tale regime dell'impugnazione sia il suo effetto preclusivo o ammissivo dell'azione di annullamento, si dimostrano effetti che prescindono dall'art. 8 l. 604 e dall'art. 18 s.l.

Si dimostra, quindi, ancora una volta, che non è da tali norme che si può derivare la validità-invalidità e l'efficacia-inefficacia del licenziamento ingiustificato.

In funzione del risultato ricostruttivo raggiunto, si potrà dimostrare che il regime della retroattività dell'annullamento rifluisce nel regime della responsabilità, piuttosto che in quello dell'efficacia dell'atto annullato. *Id est*: che l'annullabilità comporta, tra le parti, l'applicazione, ora per allora,

⁴⁰ PROTO PISANI, op. loc. ult. cit.; MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile* Milano 1987 p. 330s, per altro citato dall'a., op. cit., alla nota 179.

⁴¹FERRARO, voce: *Acquiescenza (acquiescenza del lavoratore)*, Enc. giur., Roma, 1988, vol. I; PAPALEONI, *Profili processuali e sostanziali della sentenza di invalidazione del licenziamento*, Giust. civ., 1981, I, 2522; PROIA, *Impugnazione del licenziamento e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso*, Riv. it. dir. lav., 1993, II, 858, SPECIALE, *L'impugnazione del licenziamento inefficace ed i suoi effetti secondo la l. n. 604 del 1966, nell'elaborazione giurisprudenziale*, Riv. it. dir. lav., 1983, I, 275, VALLEBONA, *Licenziamento «inefficace» e termine di impugnazione*, Giust. civ., 1983, I, 874

⁴²ORIANI, op. cit., p. 174 e con una altra ipotesi p. 175.

dell'inefficacia dell'atto; ma in guisa diversa dall'inefficacia automatica della giurisdizione dichiarativa.

Si può ora, con ulteriori argomenti, ritornare ad affrontare il problema dell'efficacia del licenziamento ingiustificato annullato nell'area debole.

6.5 Dinamica dell'annullabilità e inefficacia.

L'atto annullabile⁴³, ancorché invalido⁴⁴, è efficace temporaneamente⁴⁵ e può consolidarsi⁴⁶.

Giunto l'annullamento, l'atto diventa inefficace, (c.d. inefficacia di applicazione giudiziale⁴⁷); la retroattività è solo uno strumento di eliminazione, tra le parti, delle conseguenze prodottesi in pendenza dell'annullamento⁴⁸. Prima fra tutte, nel caso del licenziamento, l'interruzione dello svolgimento del rapporto. L'effetto risarcitorio ulteriore non è automatico, ma conseguente all'esercizio della specifica azione risarcitoria.⁴⁹

Nella tutela ex art. 18 s.l., in cui non si dubita della retroattività in parola, il meccanismo non è diverso⁵⁰. Il licenziamento è efficace provvisoriamente⁵¹ e il rapporto è effettivamente interrotto, con la temporanea inesigibilità delle rispettive obbligazioni⁵², salvo essere ricostituito mediante la reintegrazione⁵³.

Ciò che differisce nei due regimi di tutela sono le conseguenze dell'annullabilità e le modalità di attuazione degli effetti dell'annullamento⁵⁴.

⁴³BIANCA, *Il contratto...*, cit., p. 642

⁴⁴BIANCA, op ult. cit. p. 609

⁴⁵BIANCA, op ult. cit. p. 642

⁴⁶BIANCA, op ult. cit. p. 643 e p. 675 e ivi letteratura

⁴⁷BIANCA, op ult. cit. p. 642

⁴⁸BIANCA, op ult. cit. p. 673 e nota n. 113

⁴⁹Sulla natura della pronuncia cfr. gli autori alle note 37 e 40.

⁵⁰Si pensi all'azionabilità del diritto alla corresponsione del TFR

⁵¹Salvo un caso isolato [Cass. 4 aprile 1997 n. 2949 in N. giur. civ. comm. 1998, I, 233 con nota di SCOGNAMIGLIO, *Licenziamento dichiarato illegittimo e permanenza dell'obbligo di fedeltà del lavoratore*, in Dir. lav. 1998, II, 58 nota con nota di FANTINI, *In tema di violazione dell'obbligo di non concorrenza del lavoratore*; in Lav. giur. 1998, 211 con nota di MATTACE RASO;] non si ritiene la perpetuazione dell'obbligo di fedeltà. V. pure PAOLUCCI, *Osservazioni in tema di patto di non concorrenza* (nota a Pret. Milano 22 febbraio 1999), Riv. it. dir. lav., 2000, II, 329.

⁵²Salvo il caso di provvedimento ex art. 700 c.p.c. o di ordinanza di reintegrazione immediata ex art. 18 s.l.

⁵³Cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione*, p. 29 ss. e specie 31, cit., che irrevocabilmente distingue tra licenziamento negozio soggetto alle regole civilistiche e licenziamento provvedimento incisivo sulla situazione personale del lavoratore soggetto alle regole speciali.

⁵⁴Piano sul quale incide nella tutela forte l'art. 18 s.l. – cfr. D'ANTONA, op. loc.

Se si esaminano, in astratto, le conseguenze dell'annullamento del licenziamento, rispetto al momento della sentenza, si osservano tre ordini di conseguenze che si possono raggruppare in *passato*, *presente*, *futuro*.

Riguardo al *passato*: l'invalidazione del negozio rende, *ex post*, prive di giustificazione negoziale, le condotte delle parti poste in essere durante la provvisoria efficacia dell'atto annullato. Il problema del passato è dunque di rimozione degli effetti.

Riguardo al *presente*: l'invalidazione del negozio rende le parti obbligate *quo ante*. E questo problema è automaticamente risolto con l'affermazione del vincolo negato dall'atto invalidato.

Riguardo al *futuro*: il problema è quello di conformazione della situazione di fatto (inerzia delle parti) alla situazione di diritto (reciproco vincolo obbligatorio); cioè di conformazione della condotta delle parti agli effetti del negozio. Il problema è, dunque, un problema di esecuzione e, in particolare, di esecuzione di obblighi di fare, derivanti dal rapporto⁵⁵.

Questi tre problemi sono conseguenti alla sentenza costitutiva dell'invalidità dell'atto estintivo del rapporto di lavoro e non alla liceità della condotta. Riguardo essi l'ordinamento dà risposte uguali nel genere; a prescindere dall'area di tutela, differenziali solo in quantità e in efficienza.

Per il *passato*, la distinzione tra art. 18 s.l. e art. 8 l. 604 non sta nell'efficacia dell'atto invalido, che è rimosso dall'annullamento, ma nella misura del risarcimento. E questo problema è risolto diversamente nelle due aree: nell'art. 18 s.l. vi sono la presunzione assoluta del danno minimo e la presunzione relativa del danno effettivo (danno emergente più lucro cessante); nell'art. 8 l. 604 vi è l'esonero di responsabilità datoriale. Ai fini dell'indagine, non rileva se l'esonero di responsabilità utilizzi lo strumento della presunzione di assenza di danno, della causa di giustificazione; della presunzione di buona fede nella supposizione della bontà della giustificazione, dell'esclusione speciale della retroattività dell'annullamento. Qui interessa il profilo funzionale, dell'esonero integrale e assoluto di responsabilità, a prescindere dallo strumento con il quale sia ottenuto.

Per il *presente*, la risposta è comune e consiste nell'ordine di ricostituzione del rapporto. L'ordine di ripristino – non importa che sia reintegrazione o riassunzione – attiene alla presa d'atto che l'estinzione è stata annullata.

ult. cit., e nella tutela debole l'art. 8 l. 604 pur ciò determinando – nell'impostazione tradizionale – gli effetti paradossali avvertiti da MANCINI, *Il progetto . . .*, cit.

⁵⁵ *Contra*, ma solo in parte, nel senso che tale enunciato è limitativo della prospettiva ricostruttiva e innovativa dell'art. 18 s.l., D'ANTONA, op. ult. cit., p. 1 ss. *specie* p. 5 in fine di paragrafo e *amplius ibi* par. 4.5.

Dunque, non vi sono sostanziali differenze. In entrambi i casi vi è l'annullamento dell'atto, che si risolve nell'affermazione dell'esistenza del vincolo.

*

All'entrata in vigore dell'art. 18 s.l., la questione sulla novità o non della riassunzione era tutta aperta, tanto è vero che autorevoli commentatori⁵⁶ sostennero l'irretroattività degli effetti dell'art. 18 s.l., con argomenti non dissimili da quelli adoperati per l'art. 8 l. 604. Si pensi che perfino la dottrina a volte usa reintegrazione al posto di riassunzione per indicare i casi in cui la riassunzione sia effettivamente seguita all'accertamento della mancanza di giusta causa o di giustificato motivo.⁵⁷ Espressione, codesta, sicuramente mutuata dal contesto atecnico dell'indagine da essa citata relativa all'A.I. 1950.⁵⁸ Proprio la fonte di riferimento, convince che l'effetto prodotto dalla riassunzione fosse un effetto reintegratorio, cioè, nel senso moderno del termine, non novativo. La distinzione concettuale dei termini riassunzione reintegrazione non è la conseguenza della distinzione terminologica, ma è la tesi da dimostrare a fronte di due termini che, lessicalmente, non suffragano nessuna delle due opzioni. E a prescindere dal lessico, la distinzione concettuale dei termini non può che essere ricercata nella disciplina e nella natura del limite. L'operazione deve precedere quella dell'analisi del sistema sanzionatorio che esce dalla situazione di stallo della dottrina sull'art. 8 l. 604, ricorrendo alla prassi applicativa del quadriennio 1966-1970, laddove si affermò la natura obbligatoria del limite e delle tutele.⁵⁹

Benché molto tempo dopo la novella del '90, perciò a distinzione terminologico-concettuale consolidata, C. COST. 44/1996 utilizza i due termini in guisa sinonimica, quando chiama reintegrazione la tutela ex art. 8 l. 604. E ciò non può essere assunto a mero *lapsus calami*, in quanto oltre che nella narrativa in fatto, il termine reintegrazione al posto di riassunzione, è utilizzato nella motivazione; ivi la stessa (nel senso della riassunzione), è indicata come tutela reale e primaria, conseguente all'invalidità dell'atto.

⁵⁶ Autori citati alla nota 14 della premessa, nonché in senso contrario BALLESTRERO, op. cit. p. 76 D'ANTONA, *passim*.

⁵⁷ BALLESTRERO, op. cit., p. 56 testualmente a proposito di un'indagine sui collegi ex A.I. 1950 ... (c) *nella quasi totale assenza di casi di reintegrazione di lavoratori licenziati senza giusta causa o giustificato motivo*.

⁵⁸ *I licenziamenti nell'industria italiana (1950-1964)*, sui cui cfr. TARELLO, *In margine a un ricerca empirica*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1968, 1095 ss; PERA, *La formazione extralegislativa del diritto del lavoro e la disciplina dei licenziamenti nell'esperienza contrattuale italiana (1950-1964)*, ivi p. 1081 ss.

⁵⁹ BALLESTRERO, op. ult. cit., p. 79.

È un caso in cui la distinzione terminologica, che è solo indiretta, ha finito con il prevalere sul contenuto delle norme. Si deve osservare che i due termini non sono né coevi né sistematici, non fanno cioè parte di un sistema costruito intorno alla dicotomia. Reintegrazione nasce dopo riassunzione e si distingue da esso (lessicalmente) proprio perché il primo termine si colorò, in quei quattro anni di solitudine, del significato che oggi tutti gli attribuiscono, però non del tutto giustificato dal punto di vista semiotico, nei tre momenti analitici della semantica, della pragmatica e della sintattica.⁶⁰

L'*analisi semantica* non evidenzia elementi che possano fare attribuire a "riassunzione" il significato di "costituzione di un nuovo rapporto".

Infatti, "riassumere" è voce composta dal prefisso "ri", che indica: "di nuovo", "un'altra volta"; e dal verbo "assumere". Pertanto il suo significato è: "assumere di nuovo", iniziare un'altra volta un rapporto di lavoro. Conseguenza trattane: si tratta di un nuovo rapporto.

Non si è tenuto nel debito conto il valore, semanticamente corretto, del prefisso. Se si fosse trattato veramente di un nuovo rapporto la sanzione avrebbe dovuto essere quella della "assunzione" *sic et simpliciter*. Se invece di riassunzione si tratta, è segno che il prima – la prima assunzione, cioè il primo rapporto, cioè il rapporto interrotto, cioè ancora il presupposto del "ri" - ha riflessi sul dopo. Nell'A.I. del 65 ciò è scritto nella nota 1, mantenimento dell'anzianità.

Il prefisso "ri" esclude la novità dell'assunzione, collegando il termine "assunzione" con il rapporto di lavoro interrotto. Allo stesso modo si priva il verbo "assumere" del suo significato più complesso.

L'*analisi pragmatica* del termine riassumere evidenzia un socialtipo mutuato dal linguaggio dell'accordo collettivo e non può non tenere conto di tale derivazione, in cui riassumere è inteso come oggi si intende "reintegrare". Assumere significa "mettere dentro" (l'impresa) e sottolinea la fase di inizio dell'esecuzione del rapporto, piuttosto che quella di stipulazione del contratto. Non meno rilevante è che nel linguaggio comune, e pure in quello del legislatore (art. 2 comma 1 l. 7/63) dove si dice riammissione in servizio, riassumere non ha affatto il significato di novare, ma all'opposto quello di riparare.

Nondimeno, accogliendo il verbo "assumere" anche nel significato di "costituire il rapporto", se lo si collega al contesto in cui esso viene usato,

⁶⁰Sul punto e sulla necessità di condurre sempre un'accurata indagine semantica cfr. l'insuperato saggio di SCARPELLI, voce: Semantica giuridica, Nss. Dig. It. XVI p. 978, Torino 1969 ora anche in Dig. disc. priv. sez. civ. voce: Semantica giuridica, vol. XVIII p. 209, Torino 1998.

che è quello del licenziamento, nel momento in cui lo si usa nella forma composta, cioè, “*ri-assumere*” esso non può che significare – sulla base dell’*analisi sintattica*, - “*ri-costituire*”, cioè portare ad unità ciò che è stato diviso, interrotto, dal licenziamento.

Dal termine riassunzione non si poteva desumere (prima che reintegrazione fosse stato coniato) il significato novativo che in seguito dopo gli è stato attribuito.

*

Il problema vero è che riassunzione o reintegrazione che siano, sono entrambe obblighi di fare infungibili. Con la conseguenza che l’efficacia della tutela si gioca tutta sulla capacità di persuadere al rispetto del vincolo, oggetto del comando giudiziale di riassunzione o di reintegrazione.

Si tratta di un ulteriore problema del futuro: quello della conformazione delle condotte. Le vie canoniche della conformazione tramite sanzione, sono tre: a) affidare la conformazione al diritto comune; b) affidare la conformazione al diritto penale; c) affidare la conformazione al diritto speciale.

Sub a). Non il diritto comune. In prima battuta (l. 604) il legislatore non se la sente di forzare la mano sull’aspetto sanzionatorio e ricopia quanto già accettato dalle parti. Né vi ricorre nella l. 300, quando il problema politico è superato. Un danno minimo *juris et de jure*, con chiara valenza dissuasiva una sorta di punitive damage, e una presunzione di danno effettivo. L’art. 18 s.l. non opera sull’atto, ma sul danno e sul rapporto; cioè sulle conseguenze dell’annullamento: le restituzioni, il risarcimento, l’attuazione.

Sub b). Non il diritto penale: nella 604 non vi è appiglio e i tentativi ricostruttivi con riferimento all’art. 18 sono stati tutti respinti.⁶¹

Sub c). Resta il diritto speciale: art. 8 l604, art. 18 s.l.

Il diritto speciale dei licenziamenti ha stabilito la via della coazione indiretta, tanto nella l. 604 quanto nella l. 300. Il fatto che nella l. 604 lo strumento di coazione sia assolutamente inadeguato - e dunque poco convincente per il datore di lavoro - non ne cambia la natura.

L’esame comparato evidenzierà i punti di contatto. Nella l. 604 si ha una situazione per cui o si ripristina il rapporto o in caso contrario il datore di lavoro che ne ha causato l’interruzione illegittima, subisce le conseguenze della successiva inattuazione del rapporto, cioè dell’annulla-

⁶¹Sul punto esaurientemente BUONCRISTIANI D. in MAZZOTTA, *I licenziamenti*, pp. 897 ss, *ivi* gli ampi riferimenti bibliografici.

mento. In questo caso sia il datore di lavoro sia il lavoratore possono provocare l'estinzione definitiva del rapporto, impedendo la riassunzione.

Nell'art. 18 la situazione non è diversa. Occorre la ricostituzione. Ma perché essa sia effettiva, si priva di rilevanza la volontà estintiva del datore di lavoro. Solo il lavoratore può provocare l'estinzione: non rispondendo all'invito. La penale che qui si minaccia è ben maggiore; poiché indefinita, si estende fino al sopraggiungere di un'altra causa estintiva⁶².

Conclusivamente, il modello a *y* della disciplina del licenziamento non può essere mantenuto. Non lo consentono la natura unitaria della giustificazione, la medesimezza della natura dell'annullabilità dell'azione per far valere l'ingiustificatezza.

La disciplina attuale del licenziamento, nel nuovo ruolo di sistema generale, può invece descriversi – con una diversa metafora – come una *sfera* di regolamentazione complessiva, a sua volta costituita tra *tre sfere concentriche* di discipline. Dalla più piccola alla più grande.

La *prima sfera (nucleo solido)* è fissa: è quella della forma e della giustificazione.

La *seconda sfera (mantello)* è in continuo movimento: è quella di collegamento tra la prima e la terza, sanzionatoria del negozio giustificato, viziato nella forma o nella sostanza. In quest'orbita si muovono inefficacia, nullità, annullabilità, secondo la disciplina dettata dalla legge 604/66.

La *terza sfera (crosta)*, è parimenti fissa: è quella delle tecniche di attuazione della sanzione, distinta nei due *emisferi* che la compongono.

Vi è l'*emisfero dell'art. 18 s.l.*, in cui con un'unica tecnica complessa si assicurano gli effetti restitutori, risarcitori, inibitori, di tutte le sanzioni dell'atto.

Vi è l'*emisfero della 604/66*, in cui convivono effetti restitutori e risarcitori relativamente alle sanzioni della nullità e inefficacia ed effetti sostitutivi, relativamente alla sanzione dell'annullamento.

Il *passaggio* da un emisfero a un altro, al variare del requisito dimensionale, è una migrazione che avviene in superficie e non ha alcuna incidenza sulla struttura.

L'*equatore*, confine degli emisferi delle tecniche, è rappresentato dalla tutela antidiscriminatoria.

Ne discende il corollario che le diverse conseguenze che il licenziamento ingiustificato ha sul rapporto di lavoro, non sono funzione della tutela applicabile ai vizi dell'atto. Sono, invece, funzione della graduazione della

⁶²Non muta i termini della questione l'indennità sostitutiva della reintegrazione ex art. 18 comma 5 s.l.

tutela restitutoria e risarcitoria accordata agli effetti della rimozione all'atto: cioè della responsabilità, che dall'annullabilità deriva e ad essa si giustappone.

Apparirà evidente che l'area della *libera recedibilità* si pone al di fuori della sfera, se ne è distaccata e ne costituisce un *mero satellite*.

In definitiva, il silenzio dell'art. 8 l. 604 – quale concreta espressione della specialità della norma – è il fondamento, non della validità, non dell'efficacia, ma dell'esonero di responsabilità da annullamento del licenziamento ingiustificato.

Ricapitolando, entrambe le discipline speciali si basano sulla medesima sanzione di diritto comune, che è l'annullamento. Dello stesso ne disciplinano e assicurano gli effetti: l'art. 18 s.l. in maniera *additiva* e l'art. 8 l. 604 in maniera *sottrattiva*.

Fin qui, da un punto di vista empirico, nulla che valga a revocare l'impostazione criticata, giacché chiamare la tutela dell'art. 8 l. 604 *sottrattiva* o obbligatoria, non muta i termini della questione, salvo che per due aspetti decisivi.

Hic et nunc, il fondamento della tutela dell'art. 8 l. 604, sulla validità-efficacia del licenziamento ingiustificato, non è più utilizzabile, essendosi dimostrato che il licenziamento ingiustificato è annullabile, a prescindere dall'area di tutela e che quindi è invalido-inefficace.⁶³

Hic et inde, *sottrattiva* è riferita non all'art. 18 s.l., non all'ipotesi teorica di tutela integrale ed effettiva, ma alla concreta tutela ordinaria, che sarebbe derivata dal mero annullamento del licenziamento.⁶⁴

Le due precisazioni richiedono un duplice sforzo sistematico. Uno è inteso all'individuazione della *ratio* e del fondamento della *sottrattività* della tutela ex art. 8 l. 604, posta la non invocabilità della validità-efficacia del licenziamento illegittimo. Un altro è inteso all'individuazione delle conseguenze sistematiche che ha sull'apparato sanzionatorio, la generalizzazione dell'obbligo di giustificazione del licenziamento, dopo la legge 11 maggio 1990 n. 108.

Infatti, pur assumendo che la ragion d'essere della tutela differenziale – ora rispetto al diritto comune⁶⁵ – risieda nel *favor* verso la piccola impresa; pur assumendo altresì che tale favore abbia fondamento diretto nell'art. 44

⁶³ *Supra* in questo paragrafo.

⁶⁴ *Infra* in questo capitolo al paragrafo 6.6.

⁶⁵ Rispetto all'art. 18 s.l. è agevole rinvenirla (come pure il suo fondamento) nella gradualità di protezione dei diritti del lavoratore espressa dall'art. 35 Cost. Sull'argomento della graduazione cfr. DEL'OLIO, relazione e replica *Le tecniche normative nella disciplina del lavoro* Roma Fac. Giur. Università di Tor Vergata 7 maggio 2004, atti in corso di pubblicazione.

comma 1 Cost.⁶⁶, non si risolve il problema della verifica della sufficienza della tutela.

Perché, una cosa è differenziare e graduare le tutele, tutt'altra cosa è escludere integralmente la tutela, della quale - per la dimostrata annullabilità dell'atto che in tesi la escludeva - è venuto meno il fondamento.

Giacché non può il *favor* verso la piccola impresa spingersi fino a determinare un'immunità dalla responsabilità patrimoniale da annullamento; *specie* in danno di altro soggetto, al quale la Costituzione accorda non minore, diffusa e incisiva tutela.

Si tratta, in definitiva, di individuare il diverso fondamento dell'esonero di responsabilità accordata al licenziamento annullato. Quindi - in conseguenza del fondamento così individuato - di esaminare se l'esonero di cui si discute, si adegua ai canoni di sufficienza e coerenza⁶⁷.

6.6 La specialità dell'art. 8 l. 604 come fondamento dell'esonero di responsabilità per gli effetti dell'annullamento. Rapporto tra regola e eccezione nell'obbligo di giustificazione necessaria dopo la novella della legge 11 maggio 1990 n. 108 e suoi effetti sulla ricostruzione dell'apparato sanzionatorio. Il paradosso evolutivo.

Per la dimostrazione della validità-efficacia del licenziamento ingiustificato ex art. 8 l. 604, finora è stato utilizzato il metodo induttivo.

Secondo una dottrina⁶⁸ questa scelta ermeneutica è inevitabile, dato che il legislatore ha utilizzato categoria giuridiche ben precise, quali la nullità e l'annullabilità, ma non vi ha ricondotto conseguenze sanzionatorie coerenti. Solo allorquando vi sia coincidenza tra categoria enunciata e conseguenze sanzionatorie si potrà indurre la congruità della categoria.

La tesi non convince.

Innanzitutto perché, partendo da tale giudizio di coincidenza, il passo verso la modificazione della sanzioni che non appaiono congrue, è breve.

⁶⁶Vaghi richiami in C.COST. 398/1994, 338/98 ord. 173/98 cit. tutte in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca 398 1994, 338 98, 173 98; Dubitativamente PERA, op. cit. *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, Riv. it. dir. lav. 2002, I, 23 e 24

⁶⁷Su cui *infra* al par. 7.1

⁶⁸TAMPIERI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, Dir. lav. 1992, I, 71, specie 74; cfr. pure GAROFALO M.G..., *Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1975, 564

Ne è un emblema l'intervento sulle conseguenze della violazione dell'art. 7 s.l. nell'area di tutela debole.

In secondo luogo, perché i presupposti affinché si abbandoni il metodo deduttivo a favore di quello induttivo non appaiono certi, né definiti, né dimostrati. La prova della coincidenza degli effetti può essere, infatti, adoperata per portare al risultato opposto. Posta la categoria dell'invalidità come termine di paragone, le devianze degli effetti empirici delle sanzioni descritte dal legislatore, devono considerarsi improprie.

L'ambivalenza dei risultati del metodo induttivo è sufficiente per affermare che esso attribuisce all'interprete una buona dose di adulterazione del concetto di base. Ciò solo sarebbe buona ragione per ripudiarlo.

Ciononostante, gli argomenti decisivi per respingere la metodica e i suoi risultati sono altri. Il portato ermeneutico dell'indagine – cioè la validità-efficacia del licenziamento ingiustificato – poteva costituire spiegazione appagante, della differenziazione di tutele, in un sistema in cui la regola del recesso libero, ex art. 2118 c.c. costituiva la regola generale.

Con tutti i limiti già discussi, la tradizione contrattuale e il *novum* della l. 604, giocavano un ruolo egemonico nell'esegesi del sistema limitativo dei licenziamenti.

Non muta l'impostazione ricostruttiva la migrazione verso il sistema, di più diffusa tutela, introdotto dall'art. 18 s.l.

Si trattava pur sempre di due regimi "speciali"; entrambi di non autonoma e generalizzata applicazione; entrambe fattispecie di limitazione della libera recedibilità. Invero, il libero recesso rimaneva, pur in presenza di presupposti applicativi della disciplina limitativa, immanente; pronto a spiegare i tutti suoi effetti in caso di uscita del datore di lavoro dai presupposti applicativi dei regimi speciali; ad esempio, per contrazione dell'organico.

Quando il sistema dei licenziamenti migra verso la regola della giustificazione necessaria, adottata come regola generale di tutto il sistema, piuttosto che di un'area di esso, per quanto vasta, il recesso libero perde il suo significato sistemico, ancorché concorrente. Il recesso libero diventa perciò una struttura esterna al sistema dei licenziamenti, satellitare.⁶⁹ Cosicché esso non può più fungere da termine relazionale nella ricostruzione del sistema. Cade in tal modo la relazione tra giustificazione e sanzione. Nel senso che la sanzione vi è allorquando vi sia l'obbligo della giustificazione e viceversa. La caduta della valenza sistemica della libera recedibilità, determina che la sanzionabilità del licenziamento prescinde dall'accertamento

⁶⁹Cfr. pagina 173.

della sussistenza dell'obbligo di giustificazione, che è la regola generale e non ne va accertata l'applicabilità.

Questa considerazione determina la necessità di un'indagine sulla portata della l. 108/1990, di più ampio spettro rispetto alla prospettiva del mero effetto estensivo dell'ambito di applicazione della l. 604.

Prima della novella del '90 la dimensione datoriale non era solo ragione di modificazione della tecnica sanzionatoria, ma era anche causa di entrata e di uscita dall'intero sistema di giustificazione e, solo in conseguenza di ciò, dal sistema sanzionatorio. È importante evidenziare l'unicità di ambito di giustificazione e di sanzione. In tale contesto la tutela, quale che fosse, derivava dall'obbligo di giustificazione. L'alternativa non è nel sistema sanzionatorio ma nell'intero sistema. La coppia "giustificazione sanzione" non era mai interrotta e mai il secondo termine poteva cambiare se non cambiava anche il primo.

Dopo la l. 108/90, la regola di giustificazione non è più ancorata al regime sanzionatorio; non è limitazione – eventuale - al potere di licenziare. Il datore di lavoro non è che stia o dentro o fuori il regime di giustificazione, per cui oggi ha un potere di recesso ampio domani lo ha compresso, dopodomani lo ha di nuovo ampio. Dalla giustificazione del licenziamento non si esce; essa diviene appunto la regola. La recedibilità *ad nutum* diventa l'eccezione, che la pone fuori dal sistema.

In questa prospettiva, la variazione dimensionale o qualitativa del datore di lavoro non modifica il presupposto applicativo di una disciplina, che contempla l'obbligo di giustificazione.

Invece spezza la coppia "giustificazione sanzione", propria dell'impianto precedente. Modifica il solo secondo termine, lascia invariato e comune il primo.

Con questi presupposti, e solo nell'uniformità di disciplina, la tutela differenziale può porre una questione di sufficienza e di coerenza della sanzione più debole. Non si tratta di riproporre una comparazione con la tutela offerta dall'art. 18 s.l.. Questa rimane una strada non percorribile: non è mutato nessuno dei presupposti differenziali e, soprattutto, le fattispecie sono troppo disomogenee.

La questione si pone sulla base di due diverse considerazioni.

Uno. La tutela debole complessivamente intesa, non si atteggia più come *tutela additiva* rispetto al diritto comune dei licenziamenti.

Fino alla legge 108/90 la tutela accordata al licenziamento ingiustificato era comunque additiva rispetto a quella di base, offerta dall'art. 2118 c.c. Sicché non si poteva invocare a termine di comparazione la più energica tutela che il diritto generale delle obbligazioni avrebbe accordato

all'atto annullato. Infatti, senza la tutela speciale, non ci sarebbe stato l'annullamento⁷⁰. Obbligo di giustificazione e tutela debole rispondevano alla regola *aut simul stabunt aut simul cadent*.

La misura della sanzione per la violazione della regola, introdotta con lo stesso sistema, non poteva che essere oggetto di integrale discrezionalità del legislatore ordinario. L'equilibrio tra precetto e sanzione era intrinseco nella introduzione della regola giustificatoria, non altrimenti applicabile.

Due. La legge 108/90 spezza l'equilibrio consacrato nella l. 604.⁷¹ Viene a mancare, infatti, uno dei due termini. Il principio di libera recedibilità perde la sua caratteristica di regola e assume quella di eccezione. La regola della giustificazione perde il requisito di sistema ulteriore e parallelo,⁷² per assumere quello della generalità e immutabilità (*nucleo della prima sfera*).⁷³

Così, la dimensione e le qualità datoriali non sono elementi che consentano di intimare licenziamenti ingiustificati (*rectius: senza giustificazione*), insuscettivi di annullamento. Tutti i licenziamenti sono annullabili a ragione della congruità della loro giustificazione.

A questo punto, anche l'applicazione dell'apparato sanzionatorio della tutela cambia funzione rispetto al diritto comune. Lungi dall'apportare una tutela additiva, determina una *tutela sottrattiva*. Infatti, l'applicazione dello strumento di tutela limitato è avulso dai presupposti di applicazione dell'obbligo di giustificazione. Esso, invero, procede, a prescindere dai requisiti dimensionali e qualitativi presi in considerazione dall'apparato sanzionatorio. Obbligo di giustificazione e apparato sanzionatorio diventano due sistemi correlati ma autonomi.

Questa autonomia produce due ordini di conseguenze immediate.

Da un lato determina il venir meno di ogni motivo di utilizzazione del metodo di indagine degli effetti empirici, al fine di indurne le cause di produzione. L'esclusione della responsabilità deriva, infatti, dallo stesso art. 8 l. 604 che, disciplinando gli effetti dell'annullamento del licenziamento, introduce - in deroga al diritto comune - la disciplina speciale della riassunzione e della penale.

La tutela limitata ex art. 8 l. 604 rientra così integralmente nella discrezionalità del legislatore, perché va di pari passo con l'annullabilità di un atto che, per il diritto comune, non sarebbe annullabile. Il silenzio

⁷⁰Sulla invalidità di diritto speciale v. MAZZOTTA, *Diritto* . . . , cit.

⁷¹Cfr. le indicazioni bibliografiche alla nota 65 di par. 1.3 e i richiami ivi contenuti, specie ROCCELLA e ROMAGNOLI; ID. op. cit.

⁷²E comunque quello della specialità. Non ha in ogni caso i caratteri della necessarietà.

⁷³*Supra* a par. 6.5

circa il risarcimento, non è tale, in teoria, da escludere di per sé stesso che il risarcimento del danno si giustapponga alla tutela speciale, come *in illo tempore* affermato dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Ma è diritto vivente che la sostituzione degli effetti dell'annullamento, con la speciale disciplina dell'art. 8 l. 604, sia integrale: dunque, in atto, dal silenzio si deve dedurre il diniego di tutela risarcitoria.⁷⁴

Da un altro lato, determina che il regime delle conseguenze dell'annullabilità dell'atto, nel diritto comune, diventi *tertium comparationis*; utilizzabile per la ragione che il datore di lavoro non ha la possibilità, nemmeno astratta, di sottrarsi alla responsabilità conseguenti alla violazione dell'obbligo di giustificazione e perciò alle conseguenze dell'annullamento del licenziamento.

Rispetto al diritto comune, le posizioni del lavoratore e del datore di lavoro, prima e dopo la l. 108, in relazione all'annullamento del licenziamento, differiscono in ciò: *prima della legge 108/90*, lavoratore e datore di lavoro vedono rispettivamente accresciuta la loro sfera di diritti e di responsabilità; *dopo la legge 108/90*, lavoratore e datore di lavoro vedono rispettivamente diminuita la loro sfera di diritti e di responsabilità.

Il che dimostra l'integrale diversità di significato di *tutela sottrattiva* rispetto a tutela obbligatoria.

Nell'accezione dimostrata, la prima toglie tutela, la seconda la aggiunge(va).

L'interversione nella finalità della regola è paradossale. Non lo è nell'immediato della transizione da vecchia a nuova disciplina; fintanto, cioè, che all'obbligo di giustificazione non si pensi come a una fattispecie generale e necessaria. Finita la transizione, resta il paradosso evolutivo.

Evoluzione e paradosso, in cui il confronto con l'art. 18 s.l. non rileva in alcun modo. Rileva, invece, che una disciplina che ha lo scopo di generalizzare il principio di responsabilità per il licenziamento, attraverso il controllo giudiziale dell'atto, determini un effetto opposto e paradossale: di porsi come fattispecie, non già di limitazione ma, addirittura, di esonero di responsabilità per i danni cagionati da un licenziamento invalido e perciò annullato in applicazione, non di una regola speciale connessa alla sanzione, ma di un principio generale.

Da questo punto di vista, l'inefficienza del sistema di tutele deboli, non sta nella incapacità di costringere la ripresa della funzionalità del rapporto né nella scarsa misura della penale risarcitoria. Queste caratteristiche de-

⁷⁴Sul problema della forfettizzazione del danno nella penale risarcitoria, come fattispecie escludente ulteriore responsabilità datoriale, *infra* al par. 7.5 a proposito di C.Cost. 44/96 cit.

rivano, infatti, dalla precisa scelta politica di richiedere la volontà comune per il ripristino del rapporto. A fronte di questa struttura non assume rilievo la misura della penale. La sua variazione non inciderebbe, ogni caso, sulla misura del successo dell'ordine di ripristino del rapporto. Se la misura della penale fosse elevata al punto di essere convincente, molto convincente del datore di lavoro, il risultato non cambierebbe. Perché il lavoratore sarebbe allettato più dai quattrini che da un rapporto compromesso.

Il punto critico della tutela debole è nell'esiguità e rigidità complessiva delle conseguenze sanzionatorie accolte. Entrambi questi elementi saranno oggetto di disamina nel prossimo capitolo, assieme alla verifica della esatta individuazione dell'oggetto di tutela della penale risarcitoria.

La teoria del parallelismo delle tutele e la coerenza e sufficienza del sistema di tutela debole

7.1 Il parallelismo di tutele come indice di coerenza e sufficienza. La graduazione dei vizi del licenziamento e della connessa gravità della sanzione in chiave di verifica della razionalità del sistema sanzionatorio e della sufficienza di tutela. Critica.

In un sistema di tutele parallele vi è una netta cesura tra forme di tutele e area di tutela: da una parte, solo tutele forti (art. 18 s.l.); dall'altra parte, solo tutele deboli.

L'esigenza di modellare le tutele dei licenziamenti verso il parallelismo, venne dapprima avvertita nel caso del licenziamento viziato nella forma nell'area debole. Successivamente, sull'onda emotiva dell'interesse suscitato dalla soluzione pratica data a quel caso, anche nel campo delle conseguenze della violazione dell'art. 2 l. 604.

Infatti, le violazioni formali dell'art. 7 s.l. e dell'art. 2 della l. 604, nell'opinione dei più, produrrebbero la nullità del licenziamento e questa, a sua volta, produrrebbe effetti reali, ben maggiori di quelli che sarebbero derivati nel caso in cui il licenziamento fosse stato ingiustificato.

Segnatamente, a partire da questa considerazione empirica – ancor più suggestivamente evidente¹ nel caso in cui il licenziamento viziato nella

¹ Suggestione ben rappresentata da PERA che, nel commento alla sentenza della C.COST. 398/94 afferma che il giudice remittente aveva fatto un confronto particolarmente eloquente, evidenziando che *Il ladro licenziato senza preventiva osservanza del procedimento . . . in pratica avrebbe avuto diritto alla retribuzione fino al compimento dell'età per il collocamento a riposo. Viceversa l'innocente di furto dovrebbe contentarsi della blanda sanzione di cui all'art. 8 l. 604 del 1966.* Ma si tratta appunto di suggestione nella quale sono evidenti almeno tre incongruenze. La prima è che nella valutazione del procedimento – che serve a dare forma alla sostanza – se si tratti di *ladro* o di *innocente di furto* non rileva, perché non si sa. La seconda è che il ragionamento

forma fosse stato anche giustificato nel merito - si è costruita la dottrina del parallelismo delle tutele.

La prima questione da affrontare è: individuare quale sia il vizio più grave. Se, in altri termini, per principio generale, i vizi di sostanza siano più gravi dei vizi di forma e inoltre se una tale distinzione abbia una qualche utilità.

Nel nostro ordinamento non si rinvengono qualificazioni generali in ordine alla gravità dei vizi dell'atto; succede semmai l'esatto contrario. Vi è una graduazione di sanzioni e, dalla gravità delle stesse si evince la gravità del vizio. Coerente o no, si tratta di una scelta di politica del diritto, cioè della funzione general preventiva della norma; maggiore è la sanzione, maggiore è il grado di rispetto che il legislatore vuole indurre nei destinatari del comando.²

La graduazione della sanzione è per il legislatore lo strumento di graduazione della gravità del vizio. L'interprete classifica i vizi in una scala gerarchica di gravità, ricorrendo alla maggiore o minore gravità della sanzione, che il legislatore commina per la reintegrazione del precetto sanzionato. Ma non è la sola valutazione quantitativa della sanzione che può determinare una graduazione in termini relativi.

La sanzione è comparabile con un'altra sanzione in termini di gravità, solo all'interno della stessa specie di sanzione. O, se la comparazione avviene tra specie diverse, tra sanzioni che assolvono alla stessa funzione. Ovvero ancora in relazione al bene sacrificato³.

Ora, interrogando il sistema di riferimento, quello generale del diritto dei contratti e quello speciale del diritto del lavoro, non si traggono argomenti a sostegno della tesi che alle violazioni formali sia riservato un trattamento sanzionatorio meno grave (nel sistema di valore assunto) di quello per le violazioni sostanziali. Anzi, una rapida scorsa del sistema rivela l'esatto contrario.

La violazione della forma degli atti, laddove richiesta, viene sanzionata con la nullità (art. 1418 - 1325 c.c.). Se poi si muovesse l'obiezione che la

vale anche per il contrario: troppo blanda la sanzione per chi è così gravemente e ingiustamente accusato. Terza e ultima: il vero problema è che in assoluto è eccessivo che al *ladro* spetti cotale tutela; ma ciò vale alla stessa stregua per il *ladro* armato di bazooka (art. 18 s.l.) e per il *ladro* armato di un sassolino (art. 8 l. 604). La *coerenza interna*, che non ha la sentenza commentata da PERA, non ce l'ha nemmeno l'art. 18 s.l. posto a paragone. Come in parte si è visto, l'incoerenza è determinata dalla - erroneamente riconosciuta - irreversibilità dell'inefficacia.

²V. al par. 1.2.

³In tal caso sarebbe occorso, prima di procedere all'analisi comparativa, procedere all'analisi funzionale delle sanzioni. *Supra* al par. 5.2.

forma è costitutiva della fattispecie, cioè è essa stessa essenza, si potrebbe chiudere la discussione, evidenziando che la distinzione forma sostanza non ha ragion d'essere a fini qualificatori.

Non altrettanto può dirsi dei vizi di sostanza: errore motivo (art. 1427 c.c., annullabilità), contratto concluso dal rappresentate in conflitto di interessi (art. 1394 c.c., annullabilità), inadempimento del contratto, cioè smaccata violazione del contenuto del contratto (risoluzione ex art. 1453 c.c., tanto per indicarne una), mancanza delle qualità promesse della cosa venduta (art. 1490 c.c., redibitoria), forma del testamento (art. 606 comma 1 c.c., nullità) rispetto alla violazione della legittima, cioè del contenuto, (artt. 553 e 554 c.c., riduzione).

Vi è poi l'opzione legislativa della clausola generale della nullità di tutte le violazioni di norme imperative non diversamente sanzionate.

Laddove il legislatore ha voluto dettare una disciplina speciale rispetto a quella delineata, come nella disciplina delle società e di alcune regole formali dei testamenti (art. 606 comma 2 c.c., annullabilità⁴), ha adottato la tecnica dell'inversione di regola ed eccezione nei rapporti nullità-generalità / annullabilità-testualità. Comminando la nullità solo nei casi tassativamente previsti: testualità; e l'annullabilità per le altre violazioni di norme inderogabili: generalità.

La sanzione della nullità e la sanzione dell'inefficacia, nella loro comune accezione di sanzioni con effetti reali, e per ciò solo, più gravi, sono dunque comminate per la violazione dei requisiti formali. La sanzione dell'annullabilità (che comunque comporta l'inefficacia, anche se non automatica) è comminata invece per la violazione di un requisito sostanziale.

In realtà, secondo la migliore dottrina,⁵ il fondamento della scelta tra nullità e annullabilità risiede nella natura dell'interesse protetto e nel modo di protezione. Se in generale l'invalidità sottintende sempre un interesse generale, la nullità protegge un interesse generale in via diretta; mentre l'annullabilità protegge un interesse particolare, rimettendo al soggetto tutelato la decisione circa il mantenimento o meno dell'atto.

Nel diritto del lavoro, e segnatamente nel sottoinsieme licenziamenti, l'assunto gerarchico, in cui sia più grave il vizio di sostanza rispetto a quello di forma, non trova conferme.

Ne è un esempio la ripartizione dell'onere della prova in funzione della gravità della condotta oggetto di *res probanda*.

⁴Causa di annullabilità per violazione formale pacificamente additata a ipotesi eccezionale. BIANCA, op. cit., p. 645.

⁵BIANCA, op cit., p. 642.

Essa, infatti, non obbedisce alla regola di rendere più gravose per l'autore, le conseguenze della condotta illecita.

Seguendo il ragionamento generalizzante accade che: alla nullità del licenziamento discriminatorio (nullo), più grave di quello ingiustificato (annullabile), corrisponde un sistema incoerente di ripartizione dell'onere della prova; esso è agevolato⁶ per l'attore solo se agisce per l'annullamento, cioè la violazione meno grave.

L'argomento della gravità astratta è falso già in termini di prospettabilità: è falso altresì anche se si utilizza la scala di misurazione data, cioè quella degli effetti della fattispecie a partire dalla conseguenze.

Questa scala è, come la scala Mercalli, una scala che prescinde dalle cause che producono l'effetto; solo descrittiva degli effetti dei vizi del licenziamento secondo l'*id quod plerumque accidit*.⁷

Quantunque tale evidenza sia più immediatamente apprezzabile, non consente di stimare l'entità reale, oggettivata, del vizio; giacché, prescindendo dalle cause, gli effetti addotti non sono preventivamente individuabili e ripetibili e perciò i risultati non sono scientificamente apprezzabili.

Consegue che, procedendo alla comparazione in termini oggettivi, il risultato non è quello atteso, poiché non è affatto detto che le conseguenze della nullità o dell'inefficacia siano 'sempre' maggiori di quelle dell'ingiustificatezza- annullabilità.

Perché il risultato della comparazione possa essere ritenuto scientificamente rilevante, infatti, esso non deve essere casuale e deve essere ripetibile al verificarsi delle medesime condizioni: tutti i vizi di forma devono produrre, sempre, maggiori conseguenze dei vizi di sostanza.

Lo studio della graduazione delle conseguenze dell'applicazione delle

⁶Non con riferimento alla presunta inversione ex art. 5 l. 604, su cui VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova 1988 p. 61 ss.

⁷Esso è lo stesso principio su cui si basa la scala Mercalli. Nella prevenzione del rischio sismico la scala di riferimento per il collaudo di opere resistenti alle sollecitazioni di un sisma è la scala Richter e non la scala Mercalli. Essa, come è noto, è una scala descrittiva delle conseguenze di un terremoto in una determinata zona; mentre la scala Richter misura l'intensità dell'energia prodotta dal sisma, espresso in gradi di magnitudo. In termini scientifici nessuno misurerebbe la 'grandezza' di un terremoto ricorrendo alla prima. Infatti, mentre un sisma di X magnitudo della scala Richter sarà sempre meno forte di un sisma di X-1 magnitudo della scala Richter, non altrettanto si può dire della scala Mercalli in cui lo stesso sisma, dunque la stessa intensità di energia, può provocare danni di diversi gradi della scala considerata, secondo le condizioni del terreno e soprattutto delle costruzioni. Mutatis mutandis, un vizio di forma produce sanzioni più o meno gravi di un vizio di sostanza, non in considerazione del trattamento ad esso riservato, ma in considerazione del terreno della cognizione e proporzionale alla durata di questo.

sanzioni al vizio deve passare, preliminarmente, per l'analisi della funzione della sanzione; solo dopo che lo scopo sia stato individuato, sarà possibile verificare, sul piano comparativo, se gli effetti della sanzione si palesino incoerenti, con lo scopo che essa persegue. Fermo restando che si devono tenere distinti, tra loro, gli effetti della fattispecie, gli effetti dell'accertamento della fattispecie, gli effetti del comportamento delle parti (sulla fattispecie e sul suo accertamento).

7.2 La sanzione come mediazione, funzionale alla conformazione della fattispecie viziata all'ordine dato e alcune verifiche empiriche.

Nella fattispecie estintiva devono essere considerati almeno due aspetti: uno di fatto e uno di diritto. La conformazione della situazione di fatto alla situazione di diritto determinerà la realizzazione della fattispecie.

Il licenziamento ha l'effetto di fatto dell'espulsione del lavoratore dal luogo di lavoro, con il conseguente non adempimento⁸ delle obbligazioni tipiche: il lavoratore non lavora e il datore di lavoro non dirige.

Il licenziamento ha l'effetto di diritto di non esporre le parti inerti alle azioni tipiche contro gli inadempimenti, cioè determina lo scioglimento del rapporto obbligatorio. Sicché la situazione di fatto, mancanza delle prestazioni delle parti, sarà conforme a quella di diritto, assenza di vincolo obbligatorio, attraverso la fattispecie estintiva. Si tratta di un effetto contestuale e automatico della realizzazione della fattispecie⁹.

Quando il licenziamento è viziato, in ogni caso si realizza l'effetto di fatto, ma non - a cagione del vizio - l'effetto di diritto; con la conseguenza che l'effetto di fatto non sarà conforme alla situazione di diritto¹⁰.

La necessaria conformazione della situazione di fatto a quella di diritto avverrà, in caso di vizio, non per il tramite della fattispecie, che è improduttiva del suo normale effetto tipico (estinzione), ma per mezzo della sanzione; ciò non esclude che si possa verificare comunque l'estinzione del rapporto anche in presenza del licenziamento viziato, ma in ogni caso l'estinzione sarà l'effetto della conformazione successiva, cioè della sanzione.

⁸“Non adempimento” perché l'inattuazione del rapporto obbligatorio non è necessariamente colpevole e perciò non è necessariamente “inadempimento”.

⁹Il preavviso non gioca alcun ruolo, essendo solo termine di efficacia iniziale della liberazione delle parti determinante lo slittamento temporale dell'effetto conformativo. Sul preavviso, da ultimo. LEVI, e già BELLAVISTA, cit.,

¹⁰cfr. D'ANTONA, *La reintegrazione*, op. cit., p. 20

L'applicazione della sanzione è effetto sempre ulteriore e diverso da quello dell'atto viziato;¹¹ ciò implica una relazione funzionale tra vizio e sanzione; esclude che, sanzioni diverse per vizi diversi, possano formare oggetto di confronto, senza tenere conto della funzione di mediazione conformativa alla quale le sanzioni stesse assolvono.

Inoltre, la sanzione e la sua concreta applicazione possono essere influenzate dal comportamento successivo delle parti, da fattori esterni alle fattispecie sanzionate e sanzionatorie.

Per stabilire la gravità della sanzione (non del vizio) si dispone di un solo strumento empirico di rilevazione. Si tratta della valutazione degli effetti che la sanzione produce sulle situazioni giuridiche soggettive delle parti; cioè, con la metodica proposta, delle conseguenze della conformazione della situazione di fatto alla situazione di diritto. La quale serve per eliminare la dissimetria prodotta dalla violazione e a creare una nuova simmetria in luogo della precedente.¹²

Tale procedimento di conformazione successiva, proprio perché non è l'effetto tipico dell'atto, ma un effetto ulteriore ed eventuale, risente di variabili esterne alla fattispecie sanzionatoria, che ne impediscono l'oggettivo apprezzamento.

Le più importanti di esse sono: la condotta successiva delle parti (*variabile soggettiva*), improntata a secondare o a contrastare l'effetto tipico dell'atto viziato; il tempo (*variabile oggettiva*); un'interrelazione tra le due variabili (*variabile complessa*).

La conformazione si realizza in ogni caso con la coincidenza degli effetti. Sia l'estinzione, sia il ripristino del rapporto realizzano la funzione. Entrambe, infatti, fanno cessare l'illiceità della condotta dell'autore dell'atto difforme dal tipo. Il costo della conformazione, invece, risente delle tre variabili.

L'analisi comparativa tra sanzioni, se non si vuole essere fuorviati dalle indicate variabili, deve essere focalizzata sulla distinzione tra 'coincidenza degli effetti' e "costo della conformazione".

Nella ricostruzione del sistema sanzionatorio in senso parallelistico¹³ si adottano: a) la contrapposizione tra ingiustificatezza (estintiva) e nullità o inefficacia (non estintive); b) l'art. 18 s.l. con il conseguente risarcimento come *tertium comparationis*; c) la minore gravità degli effetti della sanzione comminata per l'ingiustificatezza come valore assunto.

Può già obiettarsi che non viene tenuta in conto l'irreversibilità del-

¹¹Cfr. al par. 1.2

¹²*Amplius supra* al par. 1.2

¹³SU 3665/94 cit. e 4944/94 cit.

l'effetto dell'ingiustificatezza; la non reiterabilità dell'atto viziato e la definitività degli effetti. In altri termini l'impossibilità per l'autore dell'atto viziato di emendare il proprio errore. Definitività che invece non si verifica con la nullità e ancor meno con la mera inefficacia.

Sul piano delle conseguenze sanzionatorie, l'ingiustificatezza produce l'obbligazione risarcitoria in misura predeterminata, a cui l'autore dell'atto non si può sottrarre con la reiterazione (non utile) dell'atto medesimo.

Questo meccanismo comporta già una prima anomalia: la conformazione della situazione di fatto alla situazione di diritto, avviene consentendo l'automatismo dell'effetto di diritto (estintivo) a un determinato prezzo, senza alcuna valutazione del ripristino della funzionalità della norma violata¹⁴.

Per potere raffrontare l'effetto empirico dell'ingiustificatezza con l'effetto empirico dell'inefficacia si deve tenere conto del meccanismo di conformazione, dei due effetti di fatto e di diritto, nelle due fattispecie.

In caso di nullità e di inefficacia del licenziamento viziato non si ha la produzione dell'effetto di diritto, ma la produzione di quello di fatto.

Non diversamente dal modello teorico generale nell'ipotesi di nullità, la conformazione avviene quando i due effetti coincidono.

Ciò può avvenire con la reiterazione dell'atto viziato, con il risarcimento per l'inadempimento delle obbligazioni, fino all'estinzione successiva del rapporto. Tali conseguenze sono misurabili in termini di *costo della conformazione*.

È di tutta evidenza che l'unica distinzione tra la conformazione per ingiustificatezza e quelle per inefficacia, empiricamente misurabile in termini di gravità, deriva dalle variabili esterne prima richiamate: presenti, anche se in modo diverso, sia nella conformazione per assimilazione all'ingiustificatezza sia nella conformazione per assimilazione all'inefficacia.

Rispetto alla *variabile oggettiva*, il costo della conformazione, nell'ipotesi di ingiustificatezza, è una relazione inversa. Essa è condizionata dai presupposti applicativi suoi propri, previsti dall'art. 8 l. 604, che a loro volta rappresentano variabili oggettive e soggettive speciali. Il costo di conformazione, cioè l'indennità ex art. 8 l. 604, sarà relativamente sproporzionato in più o in meno, rispetto a quanto più breve o più lungo sarà l'intervallo.

Il comportamento successivo di entrambe le parti, ha un ruolo neutro

¹⁴Cfr. icasticamente MANCINI, *Commentario ...*, cit., già ID., *Il progetto ...*, cit.. poi ripreso nello stesso senso da ALLEVA, *L'evoluzione ...*, cit., p. 73 e da D'ANTONA, op. ult. cit., p. 20

rispetto al costo della conformazione, che non potrà mai essere inferiore o superiore ai limiti dati.

Nell'ipotesi della nullità-inefficacia, invece, la relazione è direttamente proporzionale alla durata dell'intervallo tra licenziamento viziato e conformazione. Inoltre, essa è condizionata dalla *variabile soggettiva*: offerta della prestazione lavorativa o reiterazione del licenziamento.

Qui, il comportamento delle parti può essere tale da ridurre a zero il costo della conformazione (ipotesi di comportamento secondante); ovvero da renderlo perfettamente proporzionale (ipotesi del comportamento oppositivo). Questi comportamenti riguardano sia il lavoratore sia il datore di lavoro.

Nel caso di inerzia del lavoratore, che non offra la sua prestazione¹⁵, non si determinerà obbligo risarcitorio, fino alla conformazione con un altro atto estintivo. Così il datore di lavoro, nel caso di comportamento secondante del lavoratore, reiterando l'atto viziato, impedirà il sorgere dell'obbligazione risarcitoria; ovvero, nel caso di comportamento oppositivo, gli porrà un argine.

Il comportamento oppositivo o secondante del lavoratore e la reazione, autonoma o conseguente, del datore di lavoro a tali comportamenti, determina il *costo della conformazione*.

È intuitivo che il costo di tale conformazione, assumendo l'inefficacia, potrà essere zero o comunque minore del minimo e del massimo costo ex art. 8 l. 604.

Tale misura non dipenderà dal tipo di sanzione, ma dalle tre variabili: *soggettiva, oggettiva, complessa*. In astratto, anzi, il costo minimo della conformazione ex art. 8 l. 604 è sempre maggiore del costo minimo di conformazione dell'inefficacia, non potendo in ogni caso il primo essere ridotto a zero.

Il raffronto dei costi di conformazione deve tenere in considerazione, inoltre, il costo massimo e il costo (per prognosi) necessario a ottenere l'estinzione successiva.

Il costo massimo della conformazione, in ipotesi di comportamento oppositivo e di non reiterazione del licenziamento, sarà direttamente proporzionale alla durata del processo. Siccome i processi durano un numero di mesi sempre maggiore del massimo risarcimento ex art. 8 l. 604, il costo massimo di fatto, sarà di fatto maggiore nell'ipotesi della nullità. In questa ipotesi il costo di conformazione, non essendovi reiterazione del licenziamento, non potrà tenere conto del costo di estinzione (prognosi).

¹⁵Cass. S.U. 508/1999 cit. App. Palermo 2002 in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte d'appello > cerca > Elios

Nella ipotesi di *conformazione per reiterazione*, esisterà anche il costo aggiuntivo della conformazione per estinzione successiva, perché, in ipotesi di reiterazione, il licenziamento sarà soggetto al giudizio di giustificazione ed eventualmente all'applicazione delle sanzioni ex art. 8 l. 604; sanzioni che andranno ad aggiungersi al costo di conformazione per reiterazione.

Tale sviluppo evidenzia un'altra incoerenza della ricostruzione tradizionale. Nella fattispecie, infatti, il secondo licenziamento¹⁶ non sarebbe punto necessario, perché al primo è stata, di fatto, riconosciuta efficacia estintiva. Ciò significa che è stato riconosciuto efficace un licenziamento, in ipotesi, senza alcuna motivazione¹⁷, cioè efficace un licenziamento inefficace.

Si potrebbe avere, dunque, in caso di licenziamento reiterato ingiustificato, un costo di conformazione uguale o superiore alla conformazione per ingiustificatezza, mai inferiore.

Anche in questo caso, ciò non dipende dalla tecnica sanzionatoria, ma dal tempo e dal comportamento delle parti: cioè dalle variabili esterne alla fattispecie.

La comparazione, qui, si sposta dal costo della sanzione di un licenziamento viziato nella forma, al costo di una sanzione di un licenziamento che oltre a essere viziato nella forma, è anche viziato nella sostanza.

Tale evidenza incrina, almeno con due contraddizioni, l'assunto presupposto che la coerenza del sistema sanzionatorio implica una proporzionalità tra sanzione applicata (e limite effettivo di questa) e gravità del vizio del licenziamento.

Applicando il criterio ermeneutico della comparazione della sanzione, in relazione alla natura del vizio, e dovendosi perciò ritenere che un licenziamento, viziato contemporaneamente nella forma e nella sostanza, sia un licenziamento più gravemente viziato di un licenziamento viziato solo nella sostanza, ne discenderebbe il paradosso dell'applicazione per le due distinte violazioni, di un'unica, uguale, sanzione: quella per la violazione di sostanza.

Il che equivarrebbe ad affermare che la violazione di forma può restare del tutto sfornita di sanzione. Sarebbe come trattare la prescrizione di forma alla stessa stregua di una norma non inderogabile. Si premierebbe così il datore di lavoro che violi duplicemente la disciplina: nella forma e nella sostanza.

¹⁶Cfr. VALLEBONA, *Appunti sul secondo licenziamento*, Riv. it. dir. lav. 1994, II, 409.

¹⁷App. Palermo 2004, *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Tribunale > cerca > Acquicoltura.

La contraddizione non si sana neppure se si considera l'ipotesi, presupposta dalla teorica parallelistica, del licenziamento formalmente viziato e sostanzialmente giustificato.

Infatti, nel caso di reiterazione del licenziamento, a distanza inferiore al minimo risarcitorio ex art. 8 l. 604, l'applicazione della sanzione assorbente dell'art. 8 l. 604 al primo licenziamento, riceverebbe, per la violazione formale, un trattamento sanzionatorio più grave di quello che determinerebbe l'applicazione della regola dell'inefficacia.

E ciò è esattamente quanto la teorica della gerarchia delle sanzioni voleva evitare.

L'analisi funzionale dimostra, ancora una volta, che il sistema di ponderazione, basato sulla gravità delle conseguenze empiriche dell'applicazione della astratta sanzione, sempre, in ogni caso, di incoerenti disparità¹⁸ e non sana la presupposta incoerenza.

Le due prescrizioni, forma e sostanza, assolvendo a due funzioni diverse, non possono essere assorbite l'una nell'altra.

A questo punto è possibile trarre le prime conclusioni. Posto un sistema di valori, nel caso in esame quello per cui un licenziamento, per integrare il tipo, deve essere dotato di una giustificazione estintiva giustiziabile, l'apparato sanzionatorio deve essere tale, per essere coerente, da assicurare la funzione della norma violata, a presidio dell'effettività della quale, la sanzione è posta.

Conseguentemente, la diversità delle sanzioni e la diversità dei loro effetti non possono essere fonte di incoerenza sistematica interna. Cosicché il sistema duale di tutele deboli/forti, può continuare a basarsi su un sistema di tutela endodifferenziale, piuttosto che su un sistema uniforme.

Naturalmente questo risultato non è esaustivo. Risolve il problema fondativo della coerenza, nel sistema dell'area debole, di un sistema basato sulla tutela endodifferenziale. Non risolve, ancora, quello della coerenza in concreto e quello della sufficienza delle singole sanzioni: nel senso di effettività di tutela e di contemperamento del sacrificio della parte oppressa. In altri termini, non risolve il problema della sufficienza, oltre che come proporzionalità, anche come adeguatezza.

¹⁸Esse andrebbero combattute con il ricorso a mezzi di lotta del diritto processuale contro il tempo, come perspicuamente ammoniva MONTESANO, *I provvedimenti di urgenza nel processo civile* Napoli 1955 p. 52; v.- pure PROTO PISANI, *Note critiche sugli aspetti processuali del disegno di legge n. 1537 in materia di licenziamenti*, F. it. 1987, V, 194

7.3 La coerenza della tutela endodifferenziale tra vizi di forma nel sistema di tutela debole.

I risultati raggiunti in sede di analisi delle singole sanzioni e della loro funzione, e in sede di analisi dei criteri di comparazione degli effetti, escludono i caratteri dell'irrazionalità che sono stati attribuiti¹⁹ alla differenziazione delle tutele accordate alle tre fattispecie, della motivazione, del procedimento e della giustificazione, all'interno della medesima area. Deve essere precisato che non cambia i termini della questione l'applicabilità dell'art. 18 l. 300/70, che ha unificato gli aspetti attuativi delle sanzioni civili. Alla stessa stregua non è irrazionale - perché le sanzioni obbediscono alla stessa *ratio* - l'unificazione del regime delle tutele per il licenziamento orale e il licenziamento privo di motivazione. Al contrario, suscita perplessità il diverso trattamento dei vizi di forma del procedimento disciplinare del licenziamento e dei vizi di forma della motivazione; se non si adotta la soluzione proposta.

È evidente che la scelta dell'apparato sanzionatorio è opzione di politica del diritto. Ma, pur restando su tale piano, non può essere omesso di notare che, escludendo sanzioni di natura reale, a presidio di diritti che si assumono irrinunciabili (la regola della giustificazione necessaria), si affermerebbe che il licenziamento può essere o giustificato o pagato; contraddicendo la premessa e affermata *necessarietà*. Tale considerazione potrebbe essere estesa, nel senso pragmatico dell'espressione, anche all'ipotesi della tutela ex art. 8 l. 604, quale effetto empirico di fatto della tutela solo obbligatoria. In tal caso si dovrebbe, per coerenza, affermare che la regola della giustificazione non è una regola universale, con i caratteri della *necessarietà*, ma con i caratteri dell'alternatività.²⁰

Per la verifica di quanto affermato, sarà bene partire dal nucleo originario dei rapporti tra art. 2 e art. 8 l. 604, perché l'innesto della regola dell'art. 7 s.l. avviene su di esso.

Ci si deve riallacciare alla funzione della comunicazione scritta della motivazione. Essa, è stato dimostrato, è strumento di emersione necessaria della motivazione,²¹ finalizzata a garantirne l'effettività del controllo giudiziale. Si osserva, così, che tra motivazione e giustificazione, vi è un rapporto di strumentalità, talché gli effetti dell'una non sono trasponibili

¹⁹V. supra al par. 4.2, al par. 4.6, al par. 5.10, e al par. 5.11

²⁰Sulla compatibilità del sistema con le esigenze di tutela del lavoro - pur differenziata ex art. 35 Cost. - si rinvia alle conclusioni sul punto al par. 7.5.

²¹*Supra* al par. 4.6

nell'altra, ma ne sono causa; gli effetti della prima servono per l'esistenza della seconda.

La relazione evidenzia la non incoerenza della precisa scelta politica del legislatore della l. 604 che, con l'art. 1 introduce un elemento costitutivo del potere e con l'art. 2 lo rende effettivo; a prescindere dal giudizio sul suo corretto esercizio.

Si tratta di un limite nuovo (e ben più generalizzato e ampio dell'applicazione degli accordi interconfederali); si tratta di un sistema, che migra verso la straordinarizzazione del recesso; per quanto questa locuzione possa apparire impropria e vetusta, poiché l'art. 2118 c.c., sul recesso ordinario, oggi non ha più alcuna rilevanza sistematica.

Un passo enorme – culturalmente enorme – verso la coazione alla giustificazione. Incidendo sul più prezioso dei poteri padronali, quello di essere contestato sull'*ad nutum*, non esclusa una considerazione già afflittiva nel dovere motivare, il legislatore usa la mano leggera per coloro che non si sottraggono a tale nuovo comando, anche se sbagliano.

La realtà del limite, così evidente, è nondimeno attenuata negli effetti riflessi.

Può, dunque, affermarsi che, nel sistema puro della l. 604, l'introduzione della regola di giustificazione ha privilegiato la funzione pedagogica su quella repressiva.

La cosa si è ripetuta con l'estensione della regola di giustificazione alla generalità dei rapporti di lavoro: realtà del limite per assicurare il rispetto della regola; attenuazione del regime sanzionatorio per chi si conforma al principio, pur violandone il merito²².

La funzione delle disposizioni, sulla forma e sulla sostanza, è così diversa che evidenzia l'incomparabilità degli effetti delle sanzioni che le presidiano.

Ne discende un corollario di assoluto rilievo, per una ulteriore riflessione sui rapporti tra la sanzione ex art. 2 e quella ex art. 8 l. 604.

²²Nell'escludere l'incoerenza, gioca un ruolo il diverso grado di certezza, che assiste i diversi precetti della comunicazione scritta della motivazione e del contenuto della giustificazione.

Un licenziamento mancante della forma, è immediatamente apprezzabile. Allo stesso modo lo è l'eventuale tardività o l'omissione della comunicazione dei motivi, *specie* se il lavoratore impugna il licenziamento, ovvero chiede di essere pagato o di riprendere servizio. Se il datore di lavoro aspetta il giudicato per reiterare un licenziamento, magari giustificato, non avrà subito gravi conseguenze dall'inefficacia ma, eventualmente, dal processo.

Una valutazione della legittimità della giustificazione è invece un'operazione di giudizio complessa e dunque assai più controvertibile.

L'applicazione della disposizione dell'art. 8 necessita di una giustificazione: solo quando vi è una giustificazione è possibile l'intervento sanzionatorio calmierato.

Quando un licenziamento è inefficace ex art. 2 l. 604, la disciplina sui licenziamenti è violata duplicemente. Escluderne l'inefficacia, significherebbe sostituire il controllo sulla congruità della giustificazione, con un controllo sulla esistenza della giustificazione. Con la conseguenza di rimettere al datore di lavoro la scelta tra motivare e pagare e di rendere la regola per lui (almeno in parte) disponibile.

Un sistema siffatto sarebbe incoerente con lo scopo di controllo della giustificazione necessaria del licenziamento, a prescindere dalle esigenze di certezza dell'atto e del decorso del termine di impugnazione.²³

L'unico sistema possibile è dunque quello di impedire, fino al raggiungimento dello scopo, gli effetti del tipo.

Su questo sistema si è innestato quello del procedimento ex art. 7 s.l., necessario per l'irrogazione del licenziamento disciplinare.

I risultati raggiunti in sede di esegesi di tale questione,²⁴ permettono di tracciare con rapidità il quadro dell'incoerenza sistematica del risultato manipolativo della impostazione parallelistica.

L'innesto dell'art. 7 s.l. nel sistema è valso ad anteporre un tassello alla sequenza procedimentale di esternazione della motivazione ex art. 2 l. 604.

La funzione di tale procedimento, quale si ricava dagli interventi additivi della giurisprudenza costituzionale, che lo hanno introdotto, è già stata esaminata;²⁵ qui si richiama, di necessità, la relazione tra pendenza del rapporto ed esercizio del diritto di difesa, in funzione di tutela di diritti fondamentali del lavoratore.²⁶

Ciò che non vi è, tra procedimento e motivazione, è un rapporto di causa ed effetto. Ma la relazione tra esercizio del diritto ed effetto del tipo, è la stessa che c'è tra motivazione e giustificazione: il tipo non può conseguire i suoi effetti, prima che sia stato possibile esercitare il diritto.

Anche qui l'unica via per evitare di tradire lo scopo è quella di realizzarlo con la mediazione della sanzione; l'unica sanzione possibile è quella dell'inefficacia fino al raggiungimento di esso.²⁷

²³ Addotte da C.COST. 398/94 a sostegno della costituzionalità della violazione della forma scritta del licenziamento, rispetto alla violazione della forma del procedimento ex art. 7 s.l.

²⁴ *Supra* al par. 5.10

²⁵ *Supra* al par. 5.5 e al par. 5.8

²⁶ *Supra* al par. 5.10

²⁷ *Supra* al par. 5.11

Ancora un'ultima notazione. Nella misura in cui si mantiene la possibilità di motivare formalmente il licenziamento, con il richiamo alla contestazione, il differente regime sanzionatorio, attualmente riservato alle violazioni dell'art. 2 l. 604 e dell'art. 7 s.l., presenta un certo grado di incoerenza.²⁸ Essa è dovuta alla disparità di trattamento sanzionatorio riservato alle due ipotesi omogenee: della contestazione generica, seguita da motivazione *per relationem*; della motivazione congrua, non preceduta da contestazione.²⁹

Varrà riferirsi all'esempio già proposto: *prima ipotesi*, licenziamento disciplinare viziato sia dalla mancanza o dalla genericità della contestazione, sia dalla mancanza o dalla genericità della motivazione; *seconda ipotesi*, licenziamento disciplinare viziato solo dalla mancanza o dalla genericità della contestazione, quindi, con motivazione disciplinare congrua.

In entrambe le ipotesi avremo la medesima violazione del diritto al contraddittorio antecedente, con un regime sanzionatorio completamente diverso; uno funzionale allo scopo, l'altro no.

Nella prima ipotesi - dato che il licenziamento è inefficace - il diritto riceve una tutela funzionale; se infatti, il licenziamento vuole perseguire il suo scopo, deve essere ripetuto, attribuendo così al soggetto leso, l'ulteriore tutela del controllo della giustificazione. Nella seconda ipotesi - dato che il licenziamento è efficace ed equiparato all'ingiustificatezza - non solo non riceve tutela funzionale, perché il licenziamento non dovrà essere reiterato, ma impedisce pure il controllo sulla legittimità del licenziamento; cioè sulla congruità della giustificazione, per via dell'illegittimità presunta.

La diversità di tutele è, in conclusione, fonte di incoerenza sistematica e lo è, non per gli effetti della sanzione, ma perché, nella ricostruzione del sistema, non si è tenuto conto della funzione della sanzione e le si è attribuito un compito, al quale non è in condizione di assolvere.

Riconducendo, viceversa, tutte le conseguenze dei vizi formali alla sanzione del *rimedio temporaneo*³⁰ cade ogni incoerenza delle sanzioni per i vizi di forma al cospetto di quelle per i vizi di sostanza.

L'individuata relazione funzionale tra le sanzioni e i diversi vizi, conduce agevolmente ad affermare che, nell'area della tutela debole, è coerente non il regime unitario delle conseguenze dei vizi formali e sostanziali a essere coerente ma, all'opposto, quello endodifferenziale funzionale.

Aspetto d'indagine distinto da quello sulle conseguenze, fin qui condotto, è quello della valutazione degli effetti dell'applicazione della sanzione.

²⁸PERA, op. cit.

²⁹NOGLER, op cit.

³⁰V. al par. 4.5

La violazione della regola produce una dissimmetria di interessi. La rimozione della dissimmetria si realizza con la mediazione della sanzione. La mediazione della sanzione opera come strumento di conformazione della simmetria violata a quella consacrata nel tipo. Si tratta di stabilire se la rimozione di tale dissimmetria, sia sproporzionata rispetto la fine coerente perseguito e agli interessi protetti dalla regola e a quelli sacrificati dalla sanzione.

7.4 La sufficienza di tutela dell'inefficacia.

La valutazione della sufficienza di tutela accordata dall'inefficacia alla motivazione e al procedimento (disciplinare) del licenziamento illegittimo, nell'area della tutela debole, non può essere condotta con riferimento alla corrispondente tutela nell'area forte; diversamente opinando, verrebbe meno la stessa necessità di graduare la tutela su più aree. Per i risultati raggiunti, non può neppure essere condizionata dal rapporto con la tutela offerta dall'art. 8 l. 604 alla giustificazione.³¹

Il riferimento all'art. 18 s.l., in chiave di sufficienza, non è conferente. Se si confronta la tutela ridotta dell'area debole con un sistema, in cui la tutela dell'effettività è realizzata al massimo grado, il giudizio di insufficienza discenderebbe in ogni caso. Tutte le volte che da questo sistema ci si allontana o tutte le volte che ad esso ci si avvicina, il giudizio sarebbe, rispettivamente, di deficienza o di eccesso, avuto riguardo agli interessi contrapposti delle parti. Interessi, la cui simmetria non è quella della fattispecie forte, ma quella ordinaria dei vizi dell'atto; non revocandosi in dubbio, che la tutela reintegratoria debba essere riservata alle imprese più grandi³², in grado di assorbirne gli effetti ulteriori rispetto a quelli propri dei vizi dell'atto.

La sufficienza deve essere, dunque, ricercata all'interno del sistema, con riferimento all'assicurazione degli effetti tipici della norma violata.

I problemi che si pongono riguardano, essenzialmente eventuali devianze delle conseguenze dell'inefficacia rispetto alle conseguenze strettamente funzionali alla conformazione successiva; nei casi di licenziamento: orale, immotivato, disciplinare viziato.

Se si assume l'inefficacia come fattispecie consecutiva alla nullità (dunque un'inefficacia automatica, definitiva e irreversibile), in situazioni di

³¹Per la dimostrata opzione di politica del diritto: *supra* al par. 7.3 e al par. 4.6

³²C.COST. 14 gennaio 1986 n. 2 in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1986 2;

cronica patologica durata dei processi, si pone per ambo le parti un problema di sufficienza: lo si afferma rispetto al datore di lavoro; lo si nega rispetto al lavoratore. La differenza è che nell'un caso si tratta non più che di un eccesso sanzionatorio, nell'altro caso si può arrivare all'ablazione di tutela.

Per ritrovare una ragione di equilibrio, occorre, dunque, che l'inefficacia non determini effetti che vadano oltre lo scopo per il quale è comminata.

L'applicazione dell'analisi funzionale prima proposta³³ e dei risultati ricostruttivi, raggiunti in sede di analisi dell'inefficacia ex art. 2 l. 604³⁴ ed ex art. 7 s.l.,³⁵ dimostra che l'eccesso di tutela scaturisce dal fatto che i suoi effetti sopravanzano il raggiungimento dello scopo. Fatto questo che consegue alla ricostruzione in termini di nullità dell'inefficacia. Al contrario, se si arresta l'effetto dell'inefficacia al momento del raggiungimento del suo scopo, l'elemento di eccesso e di squilibrio scompare e si restituisce il sistema alla regola della sufficienza.

L'effetto equilibratore si ottiene ricorrendo alla proposta ricostruzione dell'inefficacia in termini di *rimedio temporaneo: condizione di procedibilità sostanziale dell'effetto estintivo* del licenziamento rituale e giustificato.³⁶

Ricapitolando si afferma che l'inefficacia, come sanzione strumentale al raggiungimento dello scopo dell'atto che assiste:

non deriva di necessità dalla nullità;

non determina automaticamente alcun effetto risarcitorio;

non ha mai connotati punitivi;

autoregola il meccanismo di conformazione sanzionatorio;

è indistintamente strumento di conformazione della fattispecie, viziata nella forma come nella sostanza, essendo non un vizio dell'atto, ma una conseguenza del vizio;

rappresenta una situazione di latenza degli effetti tipici della fattispecie, fino al suo completamento, sotto il profilo dell'integrazione dell'effetto; è il prodotto del diniego di tutela ordinamentale all'atto invalido.

Ciò posto si possono sottoporre a verifica gli aspetti dell'inefficacia nelle ipotesi fin qui considerate con riferimento alla sufficienza di tutela, secondo lo scopo che l'inefficacia di volta in volta persegue, cioè con l'equilibrato assicurare lo scopo della norma protetta. Restituendo simmetria agli interessi consacrati nel tipo violato, la sufficienza di tutela si colora della funzionalità, diventando sufficienza funzionale.

³³ *Supra* al par. 7.2

³⁴ *Supra* al par. 5.5 e al par. 7.3

³⁵ *Supra* al par. 5.10 e al par. 7.3

³⁶ Cfr. *supra*, al par. 4.6.

Ciò posto si deve verificare la sufficienza di tutela che l'inefficacia assicura in tutte le ipotesi, nella quali essa è conseguenza di una qualche alterazione della fattispecie. Verificare la sufficienza significa: considerare lo scopo dell'inefficacia distintamente in ogni fattispecie viziata o incompleta; accertare se, e in che modo, venga assicurata la simmetria degli interessi consacrati nel tipo, violato o non completato. Si dimostra così che l'indagine sulla sufficienza della tutela non deve più essere né di tipo quantitativo, né di tipo comparativo con le altre tutele; né di tipo relativo, rispetto ai bisogni di tutela del soggetto.

La sufficienza di tutele deve essere una relazione funzionale tra effetto reale della sanzione e assicurazione dello scopo della norma protetta: essa è sufficienza funzionale.

In quest'ottica l'inefficacia, come *rimedio temporaneo*, assicura sempre una tutela sufficiente, come sarà evidente alla verifica nelle ipotesi di: a) difetto di legittimazione; b) difetto di potere rappresentativo; c) maternità; d) matrimonio; e) dimissioni assistite; f) malattia; g) art. 2 l. 604; h) art. 7 s.l..

Nel *difetto di legittimazione*³⁷, la temporaneità dell'inefficacia spiega i suoi effetti, fino a che il soggetto competente a esercitare il potere, non si sia sostituito al non legittimato. L'inefficacia protegge il rapporto in sé ed entrambi i suoi soggetti e cessa automaticamente, al momento della sostituzione, senza effetti ulteriori. L'eventuale danno prodotto dalla condotta del non legittimato potrà essere oggetto di una normale azione risarcitoria, di uno o di entrambi i soggetti lesi dalla condotta del non legittimato. Il danno deriva dalla condotta del soggetto responsabile, ma non dall'inefficacia.³⁸

Nel *difetto di potere rappresentativo*³⁹ l'inefficacia dell'atto determina una situazione di latenza, che può essere rimossa mediante la convalida del falsamente rappresentato. Anche in questa ipotesi l'oggetto della protezione dell'inefficacia è il rapporto. Non diverso è il meccanismo autoregolativo.

La cessazione dell'inefficacia è automatica alla ratifica o al contrario diviene irreversibile con lo spirare del termini di interpellato.⁴⁰ In ogni caso non protende i suoi effetti oltre l'evento finale (ratifica o liberazione), a protezione del quale è posta. Come nella precedente, in questa ipotesi gli

³⁷ *Supra* al par. 2.1.

³⁸ *Supra* al par. 1.1.

³⁹ *Supra* al par. 2.3.

⁴⁰ BIANCA, op. cit., p. 113

eventuali danni derivano dalla condotta del falso rappresentante. Anche nel caso degli atti unilaterali la situazione non è diversa.

L'eventuale danno non sarà conseguenza dell'inefficacia, ma conseguenza della irretroattività della convalida rispetto ai terzi. L'eventuale azione di danni del terzo nei confronti del falso rappresentato non è una conseguenza dell'inefficacia, ma della condotta del falso rappresentante;⁴¹ anche qui terzo, in quanto falso. L'eventuale responsabilità del falsamente rappresentato nei confronti del terzo, non deriva, ancora una volta, dall'inefficacia, ma eventualmente dal mancato regresso⁴² del falsamente rappresentato nei confronti del falso rappresentante.

Nella *maternità*⁴³, l'inefficacia, conseguente alla radicale nullità del licenziamento, non produce sul rapporto effetti ulteriori, rispetto a quelli derivanti dalla dichiarazione di nullità: l'esistenza del bene 'rapporto di lavoro' della madre. Esso non è destinato a cessare con la cessazione della causa di protezione.

L'inefficacia conseguente non produce alcun effetto risarcitorio né assimilato. Infatti l'inefficacia non è che il presupposto per l'esercizio della *denuntiatio* della lavoratrice. Gli effetti retributivi e risarcitori non potranno derivare che dalla *denuntiatio* medesima e (se c'è) dalla colpa del datore di lavoro.

In ogni caso l'inefficacia non spiega i suoi effetti oltre lo scopo: mantenimento del rapporto.⁴⁴

Nel *matrimonio*,⁴⁵ l'assunto ora proposto sembra soffrire di una contraddizione. La medesimezza di conseguenze sul rapporto della nullità del licenziamento a causa di matrimonio è del tutto assimilabile alla precedente ipotesi. Gli effetti indiretti della violazione del divieto producono, invece, conseguenze automatiche sul piano dell'obbligo retributivo. Si richiama, per eliminare l'apparente contraddizione, i risultati raggiunti in sede di comparazione tra matrimonio e maternità⁴⁶, in ordine alla rilevanza discriminante della colpa datoriale. È facile così ricondurre l'effetto risarcitorio alla condotta colposa del datore di lavoro, che non ha verificato la sussistenza del divieto, prima dell'intimazione del licenziamento. L'inefficacia non spiega in ogni caso i suoi effetti oltre lo scopo per la quale è data: la riammissione in servizio o la definitiva cessazione di esso, ex art. 2 comma

⁴¹Rif. par. 2.6 e par. 2.1

⁴²*Idem* rif. nota 41

⁴³*Supra* al par. 3.1

⁴⁴*Idem* rif. nota 43

⁴⁵*Idem* rif. nota 43

⁴⁶*Idem* rif. nota 43

2 l. 7/63. Conseguè che il meccanismo autoregolativo e proporzionale ne esce confermato.

Nelle *dimissioni assistite*, nelle due ipotesi della maternità e del matrimonio,⁴⁷ accomunate dal solo requisito della conferma, la situazione non è diversa.

L'inefficacia iniziale comminata all'atto fino alla sua conferma, a prescindere dalla diversità di discipline, non è idonea a produrre alcun effetto sul piano delle conseguenze retributive e risarcitorie; le quali dipenderanno sempre dal rifiuto colpevole della prestazione di lavoro, offerta nelle more dalla lavoratrice.

Nelle due diverse fattispecie, l'inefficacia – che protegge qui la genuinità, la serenità e la fermezza della volontà – cesserà al momento del raggiungimento dello scopo. Nessun effetto che sopravvanti la realizzazione dello scopo dalla stessa intermediato.⁴⁸

Nella *malattia*,⁴⁹ l'inefficacia produce il più chiaro esempio di autoregolazione. Poiché essa protegge la conservazione del posto per un determinato tempo, è proprio nella sua temporaneità che si adegua perfettamente a tutti gli eventi che possono verificarsi. La coincidenza del suo ambito di operatività con l'effettività dello scopo, dimostra la sua neutralità.

Nondimeno, nell'ipotesi di vizi formali o sostanziali del licenziamento, per superamento del periodo di comporta, l'inefficacia conseguente al vizio, determina effetti diversi e ulteriori rispetto a quelli di altro licenziamento, affetto da vizio della stessa natura.⁵⁰

Gli effetti distorsivi e autoregolativi che l'inefficacia produce nelle fattispecie di cui all'*art. 2 l. 604*,⁵¹ sono stati già ampiamente discussi. Siano essi quelli derivanti dalla nullità, siano essi quelli derivanti dal *rimedio temporaneo funzionale all'emersione della giustificazione*. Qui occorre ribadire che l'eventuale eccesso di tutela non deriva, in sé, dal fatto che la sanzione è l'inefficacia, ma dall'aver attribuito all'inefficacia una natura che si doveva escludere e i suoi conseguenti effetti. Escludendo la quale l'inefficacia torna ad obbedire coerentemente alle regole suddette.⁵²

Relativamente all'*art. 7 s.l.*,⁵³ si possono richiamare integralmente le conclusioni adottate a proposito dell'*art. 2 l. 604*. Allo scopo del *rimedio*

⁴⁷ *Supra* al par. 3.2

⁴⁸ *Idem* rif. nota 47

⁴⁹ *Supra* al par. 3.3

⁵⁰ *Supra* al par. 3.3

⁵¹ *Supra* al par. 4.1.

⁵² *Supra* al par. 4.1 e al par. 4.8

⁵³ *Supra* al par. 5.1.

temporaneo, di emersione della giustificazione si sostituisce quello della tutela del *diritto di difesa antecedente*.

La sufficienza di tutela funzionale, così ricostruita in tutte le fattispecie esaminate e ora richiamate, elide anche l'intrinseca incoerenza, tra art. 2 l. 604 e art. 7 s.l.. Questa deriva solo dal mantenimento di due regimi differenti per violazioni di norme che hanno l'*eadem ratio*; regimi differenti che sono destinato a produrre conseguenze sotto il profilo della sufficienza.

Il mantenimento dell'impostazione criticata, di riconduzione all'art. 8 l. 604 delle conseguenze della violazione dell'art. 7 s.l., determina la violazione del canone della sufficienza sotto entrambi i profili: dell'eccesso e del difetto.

Sotto il profilo del *difetto di tutela*, si è visto che detta impostazione non assicura al lavoratore il diritto al contraddittorio antecedente, a protezione dei suoi diritti inviolabili, tanto più quando la lesione della sua sfera è maggiormente lesa da un'accusa che, oltre a essere irrituale sia anche infondata nel merito.⁵⁴

Sotto il profilo dell'*eccesso di tutela*, la viola parimenti, quando il licenziamento, irrituale ma fondato nel merito, sia stato (o possa essere) reiterato, a distanza ravvicinata dal primo.⁵⁵

La teorica qui avversata, infatti, esclude l'autoregolazione dell'effetto dell'inefficacia e determina, per un licenziamento irrituale giustificato, conseguenze sanzionatorie maggiori di quelle che gli sarebbero derivate dalla dichiarazione di inefficacia (e in questo caso perfino di nullità). E non solo. Difatti, il lavoratore, ad es. 'colpevole di furto', non dovrà dare prova del danno subito, per avere diritto al risarcimento del danno in misura pari alla penale minima; non avrà dovuto neppure offrire la prestazione, a fronte del più breve periodo che può intercorrere tra licenziamento irrituale legittimo e secondo licenziamento rituale giustificato.

La tutela così accordata al lavoratore 'colpevole', è nondimeno eccessiva, anche sotto il profilo funzionale. Il secondo licenziamento rituale, infatti, avrà assolto allo scopo di consentire la difesa e il contraddittorio antecedenti; in un tempo minore della misura minima della penale risarcitoria. E' vero che il ripristino del contraddittorio avviene, così, durante un periodo in cui il rapporto non ha avuto materiale esecuzione; tuttavia, è anche vero che esso ha avuto tutela equivalente, proprio a cagione dell'inefficacia del primo licenziamento.

In definitiva la riconduzione delle conseguenze dell'inefficacia a quelle previste dall'art. 8 l. 604, viola, oltre il canone di coerenza, anche quello

⁵⁴ *Supra* al par. 7.3.

⁵⁵ cfr. autori a nota 1 del par. 4.1.

di sufficienza. Essa – si è dimostrato – non offre una tutela proporzionata; nemmeno quando la si invoca come tecnica equitativa, per escludere le conseguenze delle lungaggini giudiziarie.

7.5 La sufficienza e la coerenza della tutela debole ex art. 8 l. 604. Osservazioni critiche e spunti ricostruttivi.

Il sistema della responsabilità datoriale, conseguente all'annullamento del licenziamento illegittimo, fondato sull'art. 8 l. 604, presenta due chiavi: una di esonero e una di limitazione della responsabilità.⁵⁶

La *prima chiave* consiste nell'esonero dalla responsabilità contrattuale ed è realizzata impedendo in radice che l'efficacia *ex tunc* delle conseguenze della pronuncia di annullamento, possa avere effetto risarcitorio.⁵⁷ Va precisato che, a differenza di quanto accade nell'ipotesi dell'annullamento del contratto, in cui l'eventuale titolo di responsabilità è precontrattuale,⁵⁸ qui il titolo della responsabilità eventuale è contrattuale. Essa deriva, non da situazioni giuridiche di fatto, direttamente incise dall'atto annullato, ma da situazioni giuridiche di diritto, derivanti dal rapporto di lavoro; di esso l'atto di licenziamento, in quanto annullato, non può costituire, ora per allora, giustificazione.

La *seconda chiave* consiste nella previsione del risarcimento del danno futuro - in sostituzione del risarcimento in forma specifica - con la forfetizzazione del danno per equivalente. Agisce, inoltre, sul piano esecutivo, superando l'*impasse* della incoercibilità del *fare infungibile*, con una soluzione di tipo sostitutivo.

Mette conto evidenziare che, codesta ripartizione della responsabilità, non ha cagione nella limitata sfera di applicazione dell'art. 18 s.l., ma è una conseguenza diretta della generale applicazione delle due chiavi dell'art. 8 l. 604.

Se anche non ci fosse l'art. 18 s.l., l'esonero di responsabilità si manterrebbe comunque, fin tanto che l'art. 8 l. 604 disporrà per gli effetti consecutivi all'annullamento del licenziamento illegittimo.⁵⁹

L'anomalia del sistema risiede solo nella *prima chiave*, limitatamente all'esonero totale di responsabilità. Questo sussiste oltre tutti i limiti del

⁵⁶Si richiama la conclusione formulata nel capitolo VI, secondo cui la specialità dell'art. 8 l. 604, produce una deviazione del regime di responsabilità e non del regime dell'atto.

⁵⁷Sul fondamento e la ragione di tale effetto per tutti BIANCA, op. loc. ult. cit.

⁵⁸BIANCA, op. cit., p. 673.

⁵⁹BIANCA, cit.

diritto comune. L'art. 1229 c.c., ad esempio, norme pacificamente di ordine pubblico, non consente la pattuizione di clausole di esonero totale della responsabilità contrattuale. È vero che nell'art. 8 l. 604 l'esonero non deriva da un accordo negoziale, ma dalla stessa legge. Ciò che si evidenzia è che, nel sistema delle obbligazioni, non sussistono fattispecie, in cui sia previsto l'esonero totale da responsabilità. La responsabilità, viceversa, è il principio su cui si basa tutto il diritto generale delle obbligazioni. Né l'esonero in parola può essere spiegato in termini di liceità della condotta; posto che, licenziare illegittimamente, non è certo un atto lecito.

Diversamente dalla *prima chiave*, la *seconda* non esclude la responsabilità, ma la tipizza.

La definizione di responsabilità della *seconda chiave* rimane circoscritta all'alveo della discrezionalità che il legislatore ha nel disciplinare gli effetti dell'annullamento del licenziamento illegittimo⁶⁰

Il diverso contenuto delle due responsabilità, per le due chiavi, è espressione della linea di tutela delle piccole realtà datoriali, dalle conseguenze dell'annullamento del licenziamento illegittimo. Tale scelta, radicale, non appare interamente condivisibile, perché una cosa è – si ribadisce – la graduazione delle tutele, un'altra cosa è, del tutto diversa, l'integrale sottrazione delle tutele⁶¹.

L'immunità, così conseguita dai datori di lavoro, doveva avere una propria giustificazione. E infatti la si è individuata nell'*additività* di tutela del sistema complessivo giustificazione-responsabilità, rispetto alla regola pre-vigente della libera recedibilità-irresponsabilità.⁶²

Come è stato dimostrato, la legge 11 maggio 1990 n. 108 ha spezzato l'equilibrio assicurato in forma additiva dall'impianto originario della l. 604.

L'obbligo di giustificazione non è una regola immediatamente legata a un regime sanzionatorio, cosicché la – dovuta – giustificazione del licenziamento non può più fungere da contrappeso all'esonero di responsabilità. Conseguenza che l'immunità non ha più una propria giustificazione.

A questo punto del percorso ricostruttivo, del sistema della responsabilità nei licenziamenti illegittimi, le due chiavi di responsabilità devono essere rimeditate, per verificare se, nel complesso, la seconda chiave abbia gli elementi per giustificare l'immunità derivatale dalla tradizione.

⁶⁰C.COST. 14 gennaio 1968 n. 2 e 398/94, cit. in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1986 2 1994 386; v. pure nota 37 del par. 1.2.

⁶¹Sulla relatività del concetto v. al par. 6.6 a proposito di *tutela sottrattiva*.

⁶²*Supra* al par. 5.9.

Si pone dunque un problema attuale di sufficienza della tutela. Non si tratta di dare nuove ragioni alla prima interpretazione dell'art. 8 l. 604 (cfr. *supra* in premessa), al fine di individuare spazi per fargli dire quello che non dice. La diversa ricostruzione proposta oppone all'immunità derivante dalla tradizione il diritto generale delle obbligazioni, sia nel complesso sia sotto il profilo delle tutele che residuano al lavoratore dall'esonero di responsabilità datoriale, in seguito all'annullamento del licenziamento ingiustificato.

Orbene, rientra certamente nella discrezionalità del legislatore, attribuire tutele differenziate, per natura e quantità, ai diversi rapporti, in armonia con la diversità delle situazioni in cui le parti possono versare. Probabilmente non vi rientra escludere in radice che il lavoratore possa agire per il risarcimento del danno, conseguente al licenziamento illegittimo, senza la fissazione di un limite ragionevole, al pari di quanto accade nella seconda chiave. In questa, infatti, la mancata riassunzione, comunque, non esonera il datore di lavoro dalla consequenziale responsabilità, data dalla misura presuntiva della penale.

L'annullamento del licenziamento accerta che la sospensione dell'adempimento delle obbligazioni del rapporto di lavoro non ha una giustificazione contrattuale: è cioè un inadempimento.

Infatti, la condotta datoriale, dopo l'annullamento del licenziamento, non è più conforme al tipo.

L'annullamento del licenziamento comporta perciò l'accertamento di una responsabilità contrattuale. Ne consegue che l'esonero totale di responsabilità per danni, si estende anche all'ipotesi di colpa grave.⁶³

Questo esonero totale di responsabilità contrattuale, nel contratto di lavoro, è unico nel sistema del diritto dei contratti.

La sola ragione che fonda la diversità di trattamento può rinvenirsi nella qualità del contraente responsabile del danno, dunque nelle qualità piccolo-datoriali. Non possono, invece, avere rilievo né la natura del rapporto, né la qualità del danneggiato, poiché non sono distintivi. Infatti, nell'ipotesi di tutela piena, quale quella reale, rapporto di lavoro e danneggiato sono identici. L'unica variabile resta perciò il datore di lavoro.

Si tratta di stabilire se la qualità del datore di lavoro possa essere fondante dell'esonero in parola; se, in altri termini, la sola tutela della seconda chiave, così residuata, sia sufficiente. Il *tertium comparationis* è la tutela conseguente all'annullamento in generale dell'atto e in particolare

⁶³Il problema della c.d. forfettizzazione del danno da licenziamento illegittimo, sarà esaminato più avanti, per escludere che la penale possa valere a risarcire – forfettizzare, anche i danni derivanti dall'annullamento del licenziamento ingiustificato.

del recesso per altre ragioni; ad es. le dimissioni annullate per incapacità, errore, dolo, violenza.⁶⁴

Va chiarito che la questione della tutela sufficiente deve sempre porsi, non con riferimento alla mancanza di forme tipizzate o predefinite o presuntive di restituzioni, ma come conseguenza, *de residuo*, della impossibilità, in testa al danneggiato di conseguire qualunque misura, anche minimale, di risarcimento.

Non muta i termini del problema la sussistenza dell'eventuale diritto all'indennità di disoccupazione. Anzi, la considerazione dei presupposti e della finalità della provvidenza, esalta la stridente contraddizione di ritenere il lavoratore meritevole di indennizzo, alla stessa stregua e nella stessa misura, sia quando il licenziamento è legittimo, sia quando il licenziamento è illegittimo e annullato.⁶⁵

La mancanza di una regola di ripetibilità dell'indennità di disoccupazione, in caso di annullamento del licenziamento illegittimo, distribuisce sulla collettività parte delle conseguenze dell'illegittimità del licenziamento, quantunque il datore di lavoro versi in colpa. Questa scelta rientra tra quelle che il legislatore può discrezionalmente adottare. Frutto della medesima discrezionalità, appare anche la scelta di limitare (art. 8 l. 604) o accentuare (art. 18 s.l.) la responsabilità per l'inattuazione degli obblighi di fare, nascenti dalla sentenza di annullamento del licenziamento.

Non appare, invece, sorretta dal potere discrezionale la scelta di escludere – senza una causa di giustificazione razionale – che il responsabile di un danno, per tutto il tempo in cui il danno ha prodotto i suoi effetti, non risponda neppure per una parte di esso.

Con l'ulteriore effetto che, l'esonero totale di responsabilità, finisce inevitabilmente per trasferire sul soggetto vittorioso, le conseguenze negative della durata del processo; ancor più quando questo si protragga per un tempo assai lungo. Ciò è tanto più grave, in quanto è in contrasto anche con il principio di retrodatazione degli effetti della sentenza, al momento della proposizione della domanda giudiziale; *a fortiori* quando questa è necessaria per ottenere l'effetto caducatorio dell'annullamento del licenziamento.

Si evidenzia che i suesposti dubbi non trovano adeguata risposta nel costante orientamento della Corte Costituzionale⁶⁶ sulla sufficienza e non

⁶⁴Cfr. Cass. 6 novembre 2000 n. 14438 Not. giur. lav. 2001, 227, Trib. Melfi 7 novembre 2002, Giur. merito 2003, 464; App. Firenze 11 febbraio 2002, Riv. crit. dir. lav. 2002, 682 con nota di TOGNAZZI.

⁶⁵Su questa circostanza *infra* nel testo.

⁶⁶C.COST. 14 gennaio 1986 n. 2, C.COST. 22 febbraio 1974 n. 55, C.COST. 6

irrazionalità dell'attuale dualismo di tutele.

Invero, la Corte Costituzionale è sempre stata investita della questione relativa al dualismo di tutele, sotto il profilo del diverso trattamento, previsto per il periodo successivo all'annullamento del licenziamento, con riferimento comparativo alla diversa tutela offerta dall'art. 18 s.l. all'attuazione dell'annullamento.

Invece, non è mai stato preso in considerazione l'aspetto dell'esonero totale di responsabilità, per i danni prodotti dall'annullamento: nel periodo anteriore alla sentenza di annullamento. Infine, la tutela complessiva dell'area debole non è stata verificata con riferimento al *tertium comparationis* del diritto comune, alla luce della generalizzazione dell'obbligo giustificatorio.

Uno degli argomenti a sostegno della tutela duale è stato che tale disciplina differenziata *trova il suo fondamento, oltre che nel criterio della fiduciarità del rapporto di lavoro e nella opportunità di non gravare di oneri eccessivi le imprese di modeste dimensioni*⁶⁷, *anche e soprattutto nell'esigenza di salvaguardare la funzionalità delle unità produttive (intese quali articolazioni di una più complessa organizzazione imprenditoriale, fornite di autonomia così dal punto di vista economico-strutturale come da quello funzionale o del risultato produttivo), ed in specie di quelle con un minor numero di dipendenti, nelle quali la reintegrazione nel medesimo ambiente del dipendente licenziato potrebbe determinare il verificarsi di situazioni di tensione nelle quotidiane relazioni umane e di lavoro.*⁶⁸

Si tratta, quindi, della mancanza della reintegrazione e di altre forme cogenti di riattivazione del rapporto. Né gli altri numerosi precedenti sono di diverso tenore.

Le questioni esaminate sono sempre relative al confronto tra tutela minore e tutela maggiore; o tese verso lo scrutinio della conformità co-

giugno 1975 n. 152, C.COST. 18 giugno 1975 n. 178, C.COST. 27 giugno 1975 n. 189, (*idem* C.COST. 9 dicembre 1976 n. 256 ord.). *Arg.* altresì da C.COST. 6 febbraio 2004 n. 41 e C.COST. 7 febbraio 2000 n. 46 (relative rispettivamente all'ammissibilità del referendum ampliativo e di quello abrogativo dell'art. 18 s.l.), nonché da C.COST. 23 aprile 1998 n. 143 e C.COST. 24 marzo 1998 n. 338 sulla *vis expansiva* dell'art. 18 s.l. all'interno dell'ambito di applicazione. Utili spunti sul fondamento dell'art. 8 l. 604 anche in C.COST. 2 aprile 1969 n. 81 e C.COST. 18 dicembre 1970 n. 194. Confronta altresì Cass. S.U. 16 gennaio 1986 n. 222, sulla doppia chiave di accesso alla tutela vincolistica dei licenziamenti.

⁶⁷Due ragioni rispettivamente afferenti alla bilateralità della sostituzione riassunzione-penale e alla misura data e predefinita della relativa penale.

⁶⁸Così C.COST. 189/75, richiamando C.COST. 81/1969 e 55/1974 e, citando espressamente dalla sentenza n. 152 del 1975, tutte in *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1969 81 1974 55 1975 55 189.

stituzionale della possibilità estintiva della penale risarcitoria. Nulla che abbia che vedere con la questione e con il profilo qui sviluppati.

Comunque, nel profilo di comparazione preso in considerazione dalla Corte e mantenuto nelle successive decisioni, si coglie, da un'implicita contraddizione, un argomento decisivo per la disamina della questione in discussione.

Pur dopo la novella del '90, la Corte Costituzionale⁶⁹, nell'esaminare la questione della natura alternativa della penale ex art. 8 l. 604 (e nell'escluderla), sempre con riferimento comparativo alla diversa disciplina dell'art. 18 s.l., pone la premessa argomentativa che *nella sola ipotesi di imprese minori, la legge ragionevolmente riconosce al datore di lavoro la scelta in ordine alla possibilità di riassumere il lavoratore illegittimamente licenziato, ovvero di risarcirgli il danno conseguente all'accertata illegittimità del licenziamento*, così legando il risarcimento alla illegittimità del licenziamento. Affermazione coerente con la presunta validità ed efficacia del licenziamento illegittimo nell'area della tutela debole.

In contrasto con la premessa, nelle conclusioni afferma che il pagamento della indennità, qualora il rapporto non si ripristini, sia sempre dovuto; e lo sia, per il solo fatto del mancato ripristino di esso, senza che a nulla rilevi quale sia il soggetto e quale la ragione per cui ciò abbia a verificarsi. Questa decisione, di apparente marginalità, è invece rivoluzionaria; anche perché la Corte ritiene che il meccanismo sostitutorio non alternativo, sia già nell'art. 8 l. 604.

Si tratta di una facoltà alternativa bilaterale, *ante litteram* rispetto a quella unilaterale *a latere creditoris* dell'art. 18 comma 5 s.l.. Essa è relativa alla medesima obbligazione restitutoria, conseguente all'annullamento. La riassunzione resta la facoltà principale e la penale quella subordinata, relativamente alla prosecuzione del rapporto ricostituito. Nulla cambierebbe qualificando la fattispecie come prestazione alternativa, cioè senza subordinazione di una facoltà all'altra. La quale, in ogni caso, diversamente dall'obbligazione alternativa, non comporta l'estinzione dell'obbligazione, in caso di impossibilità della obbligazione optata.

Ciò prelude, come sarà dimostrato avanti, alla cesura netta tra danno da annullamento nel periodo dal licenziamento alla sentenza e penale.

L'esclusione dell'alternatività della penale, in uno con la sua funzione di sostituzione della sola conseguenza restitutoria della riassunzione, impedisce di rinvenire nella penale elementi di tutela della fase anteriore.

⁶⁹C.COST. 44/1996 *tml.it*, <http://www.temilavoro.it> > giurisprudenza > Corte Costituzionale > cerca > 1996 44

Ma il meccanismo riassunzione-penale, non si può porre sul piano alternativo, civilisticamente inteso, ex art. 1286 c.c., anche perché incompatibile con la previsione dell'art. 8 l. 604 sotto altro profilo.

Assumendo riassunzione e penale obbligazioni alternative, derivanti dall'illegittimità del licenziamento, se ne deriverebbe la riassunzione come fattispecie risarcitoria della illegittimità. Tuttavia, la riassunzione non proietta i suoi effetti che sul futuro, determinando, a carico del lavoratore, obbligazioni che invece non gli deriverebbero dall'esecuzione della penale; anche, quando l'intervallo tra licenziamento e riassunzione sia minimo.

La penale non risarcisce alcunché del danno passato, essendo una prestazione che sostituisce, non le prestazioni inadempite (come non le sostituisce la riassunzione), ma le prestazioni del rapporto, ripristinato con l'annullamento del licenziamento. Perché la penale risarcitoria possa riferirsi, non alla mancata riassunzione, ma all'illegittimità del licenziamento, occorrerebbe che la riassunzione stessa fosse idonea a risarcire quel danno. Ma di tutta evidenza non lo è.

Questa soluzione, in cui riassunzione e penale non sono due obbligazioni alternative, né due facce della stessa obbligazione – l'unica conforme, ribadisce la Corte⁷⁰, al precetto costituzionale – restituisce alla penale il significato che le è proprio: di riparazione sostitutiva della mancata riassunzione. Lega, indissolubilmente, l'aspetto risarcitorio al danno (sebbene forfettizzato) da mancato ripristino ed esclude che la sanzione abbia connotati riparatori del danno prodotto, fino a quel momento, dall'atto annullato.

La Corte pone così, inconsapevolmente (non essendo questione oggetto di giudizio) le premesse, per una valutazione di costituzionalità della totale assenza di tutela, per il periodo anteriore all'annullamento del licenziamento.

Per avvedersi dell'irragionevolezza della mancanza di tutela non deve aversi riguardo al diverso trattamento dell'art. 18 s.l., ma, ancora una volta, all'area di diritto comune, dell'annullamento negoziale e della responsabilità contrattuale.

Il presupposto di sufficienza della complessiva tutela risarcitoria, accordata all'art. 8 l. 604 viene meno in considerazione del portato evolutivo di aspetti fondamentali della disciplina. Si tratta della combinazione della regola di giustificazione necessaria – intesa quale tutela normale del licenziamento – con alcune sue stesse conseguenze: l'unitarietà del concetto di giu-

⁷⁰C. Cost. 44/1996 cit.

stificazione, la conseguente annullabilità del licenziamento ingiustificato, la sostitutività della penale risarcitoria.

Il significato complessivo delle disciplina conduce ad affermare che la tutela risarcitoria dell'art. 8 l. 604 non è accordata al licenziamento, ma al *mancato ripristino* del rapporto. *Senza che a nulla rilevi quale sia il soggetto e quale la ragione per cui ciò abbia a verificarsi.*⁷¹

La coppia "riassunzione penale" è conseguenza sanzionatoria del solo danno futuro, successivo all'annullamento del licenziamento illegittimo. Non ha nulla che vedere con la riparazione della dissimetria, prodotta *medio tempore* dalla ingiustificatezza e rimossa con l'annullamento⁷².

Tanto, anche a conforto della considerazione, fin troppo evidente, che la penale risarcitoria non può avere l'ulteriore effetto di risarcire i danni in questione, perché se all'annullamento del licenziamento seguisse in effetti la riassunzione,⁷³ questa non sarebbe idonea a risarcire il lavoratore del danno subito *medio tempore*. La mancanza di alternatività esclude anche che tra illegittimità del licenziamento annullato e penale vi possa essere più che un mero rapporto di occasionalità.

In conclusione, la penale risarcitoria nulla ha relazioni né mediatamente né immediatamente, con il risarcimento del danno prodotto fino a quel momento dal licenziamento illegittimo, annullato.

Deve inoltre osservarsi che, per la giurisprudenza costituzionale,⁷⁴ non sussiste alcuna incompatibilità, addirittura, tra effetti risarcitori integrali e ambito della tutela debole. L'argomento è che *non costituisce valido tertium comparationis l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori . . . , attesa la disomogeneità di questa situazione rispetto a quella della piccola impresa, foss'anche per ridurre le tutele nell'area debole.*

Ne discendono *tre corollari*. *Il primo*: la necessità di graduazione delle tutele non comporta *tout court* l'esonero da responsabilità datoriale per danni da licenziamento illegittimo. *Il secondo*: il termine di comparazione per la verifica della razionalità delle tutela deve essere ricercato, non in una diversa normativa speciale, ma nel diritto comune e, segnatamente, nella compatibilità della conseguenza civilistica del vizio del licenziamen-

⁷¹Testualmente da C.COST. ult. cit.

⁷²V. *supra* al par. 6.3

⁷³Sulla continuità del rapporto in caso di effettiva riassunzione [PERA, *Riassunzione e penale nella nuova legge sui licenziamenti individuali* Riv. (it.) dir. lav. 1968, II, 175 ss.. V. anche GHEZZI, *Sul rapporto tra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina dei licenziamenti*, Riv. (it.) dir. lav. 1968, I, 255 ss.] in armonia e obbedienza al principio dell'infrazionabilità dell'anzianità. [Su questo argomento anche SAETTA, *opp. citt.*].

⁷⁴C.COST. 398/1994, cit.

to con la tutela della piccola impresa. *Il terzo*: è necessario evitare che elementi di essenziale valore dell'atto di risoluzione del rapporto, possano restare privi di sanzione. Alla giustificazione non si può negare valore di elemento di essenziale del licenziamento, pena il dover revocare il fondamento stesso della portata generale e necessaria dell'obbligo di giustificazione. Cosicché vi è motivo per dubitare della ragionevolezza della totale assenza di tutela, quando la mancanza di giustificazione determina, con l'annullamento dell'atto, l'inefficacia di applicazione giudiziale.

Consegue che l'unica forma di inefficacia che, nel sistema di tutele deboli rimane sfornita di possibilità astratta di conseguenze risarcitorie, è l'inefficacia di applicazione giudiziale.

Tale trattamento, dato che il legislatore può distinguere e diversificare le tutele, non è in sé e per sé irragionevole. Lo diventa nella misura in cui, da un lato non fissa un minimo risarcitorio o, ciò che è lo stesso, un massimo di irresponsabilità; da un altro lato impedisce che gli effetti della sentenza retroagiscano, almeno fino al momento della proposizione della domanda giudiziale.

Questi elementi di irragionevolezza non sono ex sé idonei a determinare la misura della tutela ragionevole; infatti, la fissazione del minimo e dell'estensione temporale compete al legislatore, anche in caso di pronuncia di incostituzionalità.

Bisogna perciò chiedersi se nel sistema possa rinvenirsi un *tertium comparationis*, al quale parametrare il minimo risarcitorio.

La risposta, non facile e, ovviamente, non priva di un qualche grado di arbitrarietà, può essere avanzata, partendo sempre dagli effetti del vizio e dallo scopo della sanzione; perciò, ritornando alla mediazione della sanzione per il ristabilimento della simmetria violata. La simmetria pone, a base di riferimento, il danno minimale più immediatamente realizzato dall'illegittimità del licenziamento: la perdita della retribuzione.

Di essa, per una parte, si fa carico il sistema di sicurezza sociale, con l'indennità di disoccupazione.

A partire, dunque, dalla funzione alimentare e sociale, del bene perduto, si può ipotizzare di individuare quel *minimum* risarcitorio, nella corrispondente misura delle provvidenze a favore della disoccupazione.

Si tratta di un duplice referente: uno meramente *quoad poenam*; un altro, se non per *eadem ratio*, per assimilazione di *ratio*. Tanto che la misura dell'indennità di disoccupazione è, almeno in parte, rapportata alla misura della retribuzione perduta.

Nella misura della retribuzione minima, obbediente al principio dell'art.

36 Cost.⁷⁵, è insita una funzione di sicurezza sociale; funzione a cui assolve, in mancanza di essa, la previsione dell'indennità di disoccupazione, fondata sull'art. 38 comma 2 Cost.⁷⁶ Poiché nella retribuzione c'è quella quota

⁷⁵Nell'economia del presente lavoro in generale v.: PERONE, voce: *Retribuzione*, Enc. dir., vol. XL, p. 34, Milano 1989, CINELLI, voce: *Retribuzione dei dipendenti privati*, Nss dig. it., app. VI, p. 652, Torino 1986, ANGIELLO, *La retribuzione*, art. 2099-2102, Comm. cod. civ., Schlesinger, Milano 1990, ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, TREU, *La retribuzione: il quadro istituzionale*, Quad. gior. dir. lav. rel. ind., 1988, fasc. 4, 35. Su argomenti di interesse trasversale, ICHINO, *La giusta retribuzione tra diritto ed economia*, Dir. rel. ind., 2002, 165 PERSIANI, *I nuovi problemi della retribuzione*, Padova 1982, ID., *Problemi in tema di retribuzione*, Mass. giur. lav., 1980, 868, GHERA, *Nozione di retribuzione ed elementi retributivi*, Giur. it., 1984, IV, 9, D'ANTONA, *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, Riv. giur. lav., 1986, I, 3, ID., *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, Dir. rel. ind., 1984, 269, ZILIO GRANDI, *Le fonti della retribuzione. Spunti da una ricerca*, Dir. rel. ind., 1996, fasc. 2, 97. Per aspetti diversi con connotazioni più o meno marcate di politica del diritto, ZOPPOLI, *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, Dir. rel. ind., 1996, 357, ROCCELLA, *Salario d'ingresso: una norma inutile*, Dir. prat. lav., 1993, 545 ID., *Il salario minimo legale*, Pol. dir., 1983, 231, RICCI, *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse: la visione socialmente avanzata della Cassazione*, Lav. dir., 1995, 523.

⁷⁶Sull'indennità di disoccupazione: C.COST. 13 luglio 1994 n. 288, CINELLI, *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*, Milano 1982, [cfr. pure ID., *Un nuovo trattamento <privilegiato> di disoccupazione: l'indennità di mobilità*, Giust. civ., 1991, II, 479], LUCIANI, *Disoccupazione involontaria (assicurazione obbligatoria contro)*, in Nss. dig., app. III, p. 23 Torino 1982, ALES, *Trattamento speciale di disoccupazione e prestazioni decrescenti*, Dir. lav., 1994, II, 554, GIORGIS, *Indennità di disoccupazione: una additiva di principio non vincolante per il legislatore?*, Giur. cost., 1995, 565, DE BERNARDI, *La disoccupazione involontaria*, Dir. prat. lav., 1990, 933, PACI, *L'indennità di disoccupazione: il punto della situazione*, Lav. giur., 2001, 326, SANTORO PASSARELLI G., *Misure contro la disoccupazione e tutela del lavoratore*, Dir. lav., 1995, I, 341, LISO, *I trattamenti di disoccupazione. Riflessioni critiche*, Riv. it. dir. lav., 1995, I, 339, LISO, *Sulla legge di riforma del trattamento ordinario di disoccupazione*, Lav. dir., 1991, 385 ROMEO, *L'uso, oggi, della indennità di disoccupazione*, Ass. soc., 1981, 51 LAGALA, *L'indennità di disoccupazione come sostegno alla ripartizione del lavoro: l'esperienza delle cooperative agroindustriali della Romagna*, Riv. giur. lav., 1993, I, 497, ID., LAGALA, *L'indennità di disoccupazione: un primo bilancio per una riforma da completare*, Riv. giur. lav., 1991, III, 75, MARIMPIETRI, *Trattamenti previdenziali di disoccupazione e attività di lavoro*, Riv. giur. lav., 1994, I, 221, RIGHETTI, *Presente e futuro della indennità ordinaria di disoccupazione*, Prev. soc., 1988, 1007 CIMINO, *Il periodo di preavviso, l'indennità sostitutiva ed il trattamento speciale di disoccupazione in industria*, Giust. Civ., 1987, I, 2922, BELFIORE, *Rapporto di lavoro stabile e assicurazione contro la disoccupazione*, Giur. merito, 1980, 1093. Sul sistema di sicurezza sociale in generale. BALANDI, voce: *Sicurezza sociale*, Dig. disc. priv. sez. comm., vol. XIII, p. 419 Torino 1996, ID., voce: *Assicurazione sociale*, in Dig. disc. priv. sez. comm., vol. I p. 379, Torino 1987, ID., *Per una definizione del diritto della sicurezza sociale*, Pol. dir., 1984, 555, GIUBBONI, *Un panorama europeo degli aspetti relativi alla sicurezza sociale*, Dir. rel. ind., 1996, 595. Su argomenti di specifico interesse per il

di minimo di sussistenza, assicurato dal sistema pubblico di sicurezza, la perdita della retribuzione, nella misura in cui si protragga oltre la copertura assicurativa, determina la perdita del minimo vitale. È infatti in tale misura che il legislatore ritiene indefettibile assicurare al lavoratore una posizione sostitutiva di quella lavorativa. Così che il mantenimento del *minimum* in considerazione, diviene la simmetria di interessi in caso di licenziamento, laddove non ci siano le condizioni per una migliore tutela⁷⁷.

Questa banale considerazione si carica di più interessanti significati se la si valuta in termini di distribuzione e di traslazione del rischio⁷⁸ della perdita di tale minimo.

Si deve però distinguere, nell'attuale sistema di tutela debole, il licenziamento legittimo da quello illegittimo. Sono entrambi, infatti, produttivi dell'evento considerato.

Le opzioni di distribuzione del rischio nelle due fattispecie produttive dell'evento, possono essere diverse. Accollarlo interamente al sistema pubblico, o al datore di lavoro, o al lavoratore; o infine di distribuirla tra essi.

Secondo questo schema, ne vigente sistema di tutela debole, si avrà la seguente distribuzione.

In caso di *licenziamento legittimo* il rischio è distribuito tra sistema pubblico (*rischio iniziale*) e lavoratore (*rischio ulteriore*).

In caso di *licenziamento illegittimo*, il rischio è parimenti distribuito tra sistema pubblico (*iniziale*) e lavoratore (*ulteriore*).

Vi è dunque una omogenea distribuzione del rischio, a fronte di una disomogeneità delle fonti produttive del bisogno, che qui però non rileva come tale, ma come danno imputabile.

Per il *rischio iniziale*, non vi è alterazione della simmetria di interessi consacrata nel *minimum*; giacché le posizioni di lavoratore e datore di lavoro non vengono in conflitto, entrambe le posizioni sono legittime. All'opposto, per il *rischio ulteriore*, si crea una situazione di conflitto, giacché

tema trattato cfr. BALANDI E RENGÀ, *Disoccupazione nel diritto della sicurezza sociale*, Dig. disc. priv. sez. comm., vol. V, p. 42. Torino 1990, BALANDI, *Non lavoro e protezione sociale*, Lav. dir., 1995, 9, ID., *Vecchi termini per questioni nuove: rischio e bisogno*, Pol. dir., 1984, 521.

⁷⁷ *Infra* nel testo.

⁷⁸ PERSIANI, *Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale*, MISCIONE, *Previdenza sociale, minimo vitale e garanzia del reddito*, ROSSI F. P., *Tutela previdenziale e tutela dei redditi*, tutti in Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Rimini, 28-29 aprile 1984, Milano 1985, Nonché PERSIANI, *Diritto della Previdenza Sociale*, XIII ed. Padova 2003, CINELLI, *Diritto della Previdenza Sociale*, V ed. Torino 2003, PESSI, *Lezioni di diritto della previdenza sociale (parte generale)*, III ed. Padova 2004 ID. *idem*, (*parte speciale*) III ed. Padova 2004. Sul punto anche BALANDI, *Vecchi termini* ...

si determina una dissimmetria contro il soggetto al quale si accolla il rischio di danno ulteriore.

La partita si gioca, dunque, tutta sul fronte della distribuzione del rischio ulteriore, cioè sul meccanismo di *traslazione del rischio (ulteriore)* da un soggetto a un altro.

Comune essendo la fonte produttiva del danno (cioè il licenziamento *sans phrases*), ciò che determina la traslazione del rischio ulteriore, è la legittimità-illegittimità del licenziamento.

Nella situazione data, tanto la legittimità quanto l'illegittimità, trasferiscono il rischio ulteriore in testa al lavoratore.

In caso di legittimità, cioè in assenza di responsabilità, la scelta traslativa, poiché si pone fuori dalle logiche della responsabilità, rientra in una valutazione politica discrezionale, che non può essere sindacata sotto i parametri ora in rilievo.

Nel caso dell'illegittimità, la scelta traslativa, all'opposto, è interamente derivante dalla scelta del soggetto, su cui fare gravare le conseguenze dannose dell'illegittimità. Restando nella logica della responsabilità, si ripropongono le opzioni teoriche della distribuzione tra: sistema pubblico, datore di lavoro, lavoratore; o, infine, di una distribuzione tra essi. Posto che il sistema pubblico non si accolla il rischio ulteriore, restano in gioco solo lavoratore e datore di lavoro. Va incidentalmente avvertito che qui la distribuzione parziale del rischio non è possibile, trattandosi del *minimum* si è in presenza dell'unità elementare indivisibile; anzi, ragionando in termini di *ripartizione* delle conseguenze dell'atto annullato, si rinviene già, nel sistema dato, la regola che accolla al lavoratore il rischio dei danni eccedenti il *minimum*.

Nel sistema attuale l'esonero di responsabilità trasferisce gli effetti della dissimmetria (che ora è il solo *minimum*) dal soggetto al quale è imputabile, a quello che la subisce. Con la conseguenza che la sanzione attuale (annullamento senza responsabilità) non è idonea ad assicurare la rimozione della dissimmetria.

Dunque, nel periodo del rischio ulteriore, in cui il lavoratore si trova nella medesima situazione del rischio iniziale (ma per cause imputabili a un responsabile, il datore di lavoro e a lui non imputabili), non si palesa ragione alcuna, per privarlo del *minimum*, fino alla cessazione della dissimmetria, dal quale esso origina. Cioè fino all'operare del meccanismo riassunzione-penale dell'art. 8 l. 604.

In quel momento, infatti, la dissimmetria in parola cesserà, per una delle seguenti due ragioni:

o perché non ci sarà più danno; il rapporto, infatti, sarà stato ripristinato con l'assorbimento del *minimum* progressivo nella retribuzione;

o perché si sarà estinto (legittimamente); la fattispecie produttiva del rischio ancora ulteriore, sarà uguale a quella del licenziamento legittimo, nella quale discrezionalmente, il rischio viene accollato al lavoratore.

È chiaro che il legislatore può regolare in qualunque modo la rimozione della dissimmetria, prodotta dall'annullamento del licenziamento nell'area debole. Per le viste ragioni, comunque, non pare che possa ridurre la soglia di responsabilità del datore di lavoro al di sotto dell'equivalente al *minimum*.

Per farlo, dovrebbe escludere in radice l'illegittimità del licenziamento; per escluderla, dovrebbe rendere il licenziamento illegittimo non annullabile; per renderlo non annullabile, dovrebbe creare due zone di giustificazione, una causalmente estintiva e una non estintiva.⁷⁹ Per realizzare siffatto sistema, dovrebbe revocare la regola della giustificazione necessaria, come regola di generale applicazione; ma ciò restringerebbe l'attuale sistema di protezione della giustificazione. E dunque, in conclusione, nell'attuale sistema di tutela debole, l'esclusione della responsabilità datoriale per i danni prodotti nel tempo che va dal licenziamento alla sentenza⁸⁰, in caso di annullamento, in quanto si spinga oltre il *minimum* sopra individuato, appare irragionevole causa di una tutela minimale insufficiente.

⁷⁹Sulla falsa riga della giustificazione del licenziamento del dirigente.

⁸⁰Anche in quello coperto dalla assicurazione per il rischio iniziale – risolvendosi il cumulo in una questione di *aliunde perceptum aut percipiendum*.

Bibliografia

Agnesi. In tema di concezione causale dell'atto di recesso. *Riv. it. dir. lav.*, II:98, 1982.

Ales. Trattamento speciale di disoccupazione e prestazioni decrescenti. *Dir. lav.*, II:554, 1994.

Ales. Famiglia e sicurezza sociale nei principi costituzionali. *Dir. lav.*, I:405, 1996.

Ales. Famiglia e diritto della sicurezza sociale: modelli e strumenti giuridici per un nuovo stato sociale. *Dir. lav.*, I:153, 1999.

Ales. La reintegrazione trent'anni dopo: Un nuovo caso di 'archeologia giuridica'? *Dir. Lav.*, I:20, 2000.

Alibrandi. Nullità del licenziamento a causa di matrimonio e diritto della lavoratrice alla retribuzione. *Mon. trib.*, p. 1157, 1966.

Alibrandi. Considerazioni sulla motivazione del licenziamento. *Arch. civ.*, p. 3, 1978.

Alleva. L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti. *Riv. it. dir. lav.*, I:67, 1971.

Alleva. L'ambito di applicabilità della tutela reale contro i licenziamenti ingiustificati e il dissenso tra corte costituzionale e corte di cassazione. *Riv. giur. lav.*, I:77, 1976.

Alleva. Dimensioni aziendali e disciplina limitativa dei licenziamenti. *Riv. giur. lav.*, I:3, 1984.

Alleva. Il consolidamento dell'opinione giurisprudenziale sull'ambito di applicabilità della tutela contro i licenziamenti. *Riv. giur. lav.*, II:438, 1985.

Allorio. Osservazioni critiche sulla sanzione. *Riv. dir. civ.*, p. 16, 1951.

Allorio. Osservazioni critiche sulla sanzione. In *Studi Messineo*, volume IV, p. 1. Milano, 1959.

- Alpa, Pulitini, Rodotà, e Romani (a cura di). Interpretazione giuridica e analisi economica del diritto. In *Milano*. 1982.
- Altavilla. Sindacabilità dei motivi di licenziamento ed art. 2118 c.c. e sospensione dell'efficacia del licenziamento mediante provvedimento d'urgenza. *Giust. civ.*, I:1836, 1981.
- Amorth. *Lineamenti della organizzazione amministrativa*. Milano, 1950.
- Andrioli. *Commento al codice di procedura civile I*. Napoli, 1964.
- Andrioli. La corte costituzionale e l'art. 2118 c.c. *Dir. lav.*, II:173, 1965.
- Andrioli. *Diritto Processuale Civile*. Napoli, 1979.
- Angiello. Sulle conseguenze dei licenziamenti invalidi ed inefficaci. *Dir. lav.*, I:205, 1972.
- Angiello. *La retribuzione - art. 2099-2102*. Comm. Schlesinger, Milano, 1990.
- Angiello. La violazione degli obblighi di comunicazione nel licenziamento collettivo. *Dir. lav.*, I:947, 2004.
- Aranguren. *I licenziamenti individuali e la reintegrazione nel posto di lavoro*. Firenze, 1972.
- Aranguren. La disciplina del licenziamenti nell'industria. *Dir. economia*, p. 1955, 543.
- Ardau. L'efficacia del licenziamento non motivato. *Or. giur. lav.*, p. 535, 1968.
- Auletta. voce: Attività (dir. priv.). In *Enc. Dir. Milano*. 1958.
- Auricchio. voce: Autorizzazione (dir. privato). In *Enc. dir. Milano*. 1959.
- Avondola. nota a cass. 3699/1983. *ADL*, p. 357, 2003.
- Balandi. Per una definizione del diritto della sicurezza sociale. *Pol. dir.*, p. 555, 1984.
- Balandi. Vecchi termini per questioni nuove: rischio e bisogno. *Pol. dir.*, p. 521, 1984.
- Balandi. voce: Assicurazione sociale. In *Dig. disc. priv. sez. comm.* Torino, 1987.

- Balandi. Non lavoro e protezione sociale. *Lav. dir.*, p. 9, 1995.
- Balandi. voce: Sicurezza sociale. In *Dig. disc. priv. sez. comm.* Torino, 1996.
- Balandi e Renga. Disoccupazione nel diritto della sicurezza sociale. In *Dig. disc. priv. sez. comm.* Torino, 1990.
- Ballestrero. *I Licenziamenti*. Milano, 1975.
- Barassi. *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano ristampa anastatica (ed. 1901) a cura di Napoli*. Milano, 2003.
- Basenghi. *Il licenziamento del dirigente*. Milano, 1991.
- Basenghi. Il lavoro domestico. In *Comm. Schlesinger*. Milano, 2000.
- Battini. Il licenziamento del dipendente nell'impiego pubblico e nell'impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni. In *Dall'Impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni (a cura di Battini e Cassese)*, p. 30. 1997.
- Belfiore. Rapporto di lavoro stabile e assicurazione contro la disoccupazione. *Giur. merito*, p. 1093, 1980.
- Bellavista. Accettazione senza riserve dell'indennità sostitutiva del preavviso. *Giur.it.*, I, 1:1889, 1989.
- Bellavista. Il disegno di legge in materia di mercato del lavoro e di riforma del licenziamento individuale. *Riv. crit. dir. lav.*, p. 3, 2001.
- Bellavista. La riforma della disciplina del licenziamento individuale. In *Il diritto del lavoro dal 'libro bianco' al disegno di legge delega 2002*, Milano. 2002.
- Bellavista. Fonti del rapporto. la privatizzazione del rapporto di lavoro. In *comm. Carinci F. - vol. V (Carinci F- Zoppoli L. a cura di)* Torino. 2004.
- Bellomo. Riordino possibile con la delega sui congedi parentali. *Dir. giust.*, f.18:53, 2000.
- Bergianti. nota a cass. 9869/1991. *Riv. giur. lav.*, II:1030, 1992.
- Betti. Teoria generale del negozio giuridico. *Torino, II ed.*, 1960.

- Biagi. Articolo 18 senza drammi. ora in *Omaggio a Marco Biagi supplemento di Guida al Lavoro*, p. marzo, 2002.
- Bianca. *Diritto civile 2 La famiglia. Le successioni*. Milano, 1989.
- Bianca. *Diritto Civile 3 Il contratto*. Milano IIed., 2000.
- Bianchi D'Urso. Estinzione del rapporto di lavoro e sua prosecuzione di fatto. *Dir. giur.*, p. 628, 1970.
- Bianchi D'Urso. voce: Lavoro domestico. In *Enc. Giur. Treccani*. Roma, 1990.
- Bianchi D'Urso. Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali. *Mass. giur. lav.*, p. 338, 1991.
- Bigliuzzi Geri. *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*. Milano, 1967.
- Bobbio. voce: Sanzione. In *Nss. dig. it. Torino*. 1957.
- Bobbio. *Dalla struttura alla funzione*. Milano, 1967.
- Boer, Liebman, Salvemini, Treu, Ichino, Fadda, Bertola, e Bonanni. Disciplina dei licenziamenti, lavoro temporaneo e occupazione: oltre il referendum sull'art.18 dello statuto dei lavoratori. documento presentato da (gli autori). *Riv. it. dir. lav.*, III:283, 2000.
- Boghetich. nota a cass. 4743/1995. *Mass. giur. lav.*, p. 422, 1995.
- Bolego. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore. *Riv. it. dir. lav.*, II:173, 1995.
- Bollani. Forma scritta e licenziamento. *Riv. it. dir. lav.*, II:623, 1996.
- Bosacati. Verifica dei risultati. la responsabilità dirigenziale. In *comm. Carinci-D'Antona*. 2000.
- Brida. Inefficacia del licenziamento per omessa comunicazione dei motivi e sue conseguenze. *Giur. it.*, I:1828, 2000.
- Buoncristiani D. *tutela penale*.
- Bursese. In tema di licenziamento illegittimo a seguito di recesso ad nutum. *N. dir.*, p. 322, 1979.

Cammalleri. Un nuovo tipo di contratto di lavoro per i dipendenti delle società di reimpiego costituite dalla g.e.p.i. s.p.a. ? *Istituto di Diritto del Lavoro e della Navigazione della Facoltà di Economia dell'Università di Palermo*, p. 42, 1992.

Cammalleri. Divieto di intermediazione e di interposizione nella prestazioni di lavoro. *l'in fraudem legis agere* al vaglio delle sezioni unite in un caso di (sopravvenuto illecito) appalto di mano d'opera. *Mass. giur. lav.*, p. 862, 1997.

Cammalleri. Forma e motivazione del licenziamento per superamento del periodo di comporto. *Mass. giur. lav.*, p. 257, 1997.

Cammalleri. Rimborso di anticipazioni cigs: decadenza o prescrizione? *Mass. giur. lav.*, p. 775, 1999.

Cammalleri. Sulla responsabilità contributiva dell'interposto la cassazione muta orientamento. *Mass. Giur. Gav.*, p. 1324, 1999.

Cammalleri. danno alla persona e reintegrazione. *tml.it*, dottrina, 2003. <http://www.temilavoro.it> > link a dalla vecchia serie.

Cammalleri. Osservazioni minime sul rapporto tra azione diretta ex art. 1676 c.c. e litisconsorzio. *tml.it*, dottrina, dottrina, 2003. <http://www.temilavoro.it>.

Cannarsi. Nullità e inefficacia del licenziamento nella legge 15 luglio 1966 n. 604. *Giur. it.*, IV:29, 1969.

Carabelli. Organizzazione del lavoro e professionalità una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo. In *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Teramo 2003*. <http://www.aidlass.org/attivita/convegni/conv/2003.htm>, 2003.

Carchio. I licenziamenti disciplinari e la sentenza della corte costituzionale 30 novembre 1982 n. 204. *Lav. prev. oggi*, p. 674, 1983.

Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, e Treu. *Diritto del lavoro*. Torino, 1985.

Carinci F. Statuto dei lavoratori e piccola impresa. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, p. 485, 1990.

Carinci F. Discutendo intorno all'art. 18 dello statuto dei lavoratori. *Riv. it. dir. lav.*, I:35, 2003.

- Carinci M.T. nota a cass. su 2517/1997. *Riv. it. dir. lav.*, II:705, 1997.
- Carinci M.T. Sulla distinzione tra distacco lecito e interposizione: ha rilievo la natura dell'interesse del distaccante? *Riv. it. dir. lav.*, II:407, 2001.
- Carnelutti. Del licenziamento nella locazione d'opere a tempo indeterminato. *Riv. dir. civ.*, I:389, 1911.
- Carraro. voce: Dichiarazione recettizia. In *Nss. dig. it.* Torino, 1957.
- Carresi. In tema di difetto e di abuso di rappresentanza. *Riv. dir. comm.*, I:211, 1951.
- Carresi. *Il contratto*. tratt. Cicu - Messineo, Milano, 1987.
- Caruso. Gli esiti della globalizzazione: disintegrazione o trasformazione del diritto del lavoro?
- Casciaro. In tema di azione dichiarativa nel processo del lavoro. *Mass. giur. lav.*, p. 90, 1985.
- Casciaro. nota a c.cost. 17/1987. *Dir. lav.*, II:130, 1987.
- Casciaro. Il licenziamento immotivato nell'area della tutela obbligatoria. efficacia (o inefficacia?) dell'atto di recesso. *Dir. lav.*, II:312, 1997.
- Cassese. *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego in*.
- Cassese. Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell'). In *Enc. Giur. Treccani*. Roma, 1990.
- Cattaneo. *Il concetto del diritto (trad. it. di Hart 1961)*. Torino, 1965.
- Cattani. nota a trib. bari 20 ottobre 2000. *Riv. it. dir. lav.*, II:635, 2001.
- Cerreta. nota a c.cost. 426/1992. *Giur.it.*, I, 1:1121, 1986.
- Cerreta. nota a cass. 4844/1994. *Dir. lav.*, II:368, 1994.
- Cesarini e Sforza. Norma e sanzione. *Riv. it. fil. dir.*, p. 60, 1921.
- Cessari. *L'interposizione fraudolenta nel diritto del lavoro*. Milano, 1959.
- Cessari. Nullità del licenziamento. In *Studi Bonaiuti*, p. 265. 1963.
- Chelotto. nota a c.cost.143/1998. *Mass. giur. lav.*, p. 369, 1998.

Chericoni. *Il licenziamento individuale*. Milano, 1988.

Cimino. Il periodo di preavviso, l'indennità sostitutiva ed il trattamento speciale di disoccupazione in industria. *Giust. civ.*, I:2922, 1987.

Cinelli. *La tutela del lavoratore contro la disoccupazione*. Milano, 1982.

Cinelli. voce: Retribuzione dei dipendenti privati. In *Nss. dig. it.*, Torino, p. 652. 1986.

Cinelli. Un nuovo trattamento <privilegiato> di disoccupazione: l'indennità di mobilità. *Giust. civ.*, II:479, 1991.

Cinelli. *Diritto della Previdenza Sociale*. Torino V ed., 2003.

Conte. nota a cass. 6407/1993. *Riv. it. dir. lav.*, II:329, 1994.

Corrias. La presunzione di nullità del licenziamento intimato a causa di matrimonio. *Mass. giur. lav.*, 510, 1968.

Cotta. *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*. L'Aquila, 1968.

D'Agostino. *La sanzione nell'esperienza giuridica*. Torino, 1989.

D'Agostino. voce: Sanzione (teoria generale). In *Enc. dir.*, Milano. 1989.

D'Alessio. La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa. In *comm. Carinci lpa*, Milano, p. 285. 1995.

D'Antona. *Lo statuto dei lavoratori e le tecniche di tutela*.

D'Antona. *La reintegrazione nel posto di lavoro*. Padova, 1979.

D'Antona. Licenziamento nullo per vizio di forma e tutela cautelare. *Riv. giur. lav.*, II:1125, 1979.

D'Antona. Le nozioni giuridiche della retribuzione. *Dir. rel. ind.*, 269, 1984.

D'Antona. Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione. *Riv. giur. lav.*, I:3, 1986.

D'Antona. Sulla responsabilità risarcitoria per il licenziamento illegittimo. *Riv. giur. lav.*, I:377, 1987.

D'Antona. La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto. In *Dall'Impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni (a cura di Battini e Cassese)*. 1997.

Danza. nota a pret. mantova 7 febbraio 1997. *Giur. merito*, p. 936, 1997.

D'Auria. Sulla nullità del licenziamento inefficace. *Riv. giur. lav.*, II:939, 1978.

De Ambrid Corridoni. Malattia del lavoratore e giustificato motivo di licenziamento. *Riv. giur. lav.*, II:106, 1972.

De Bernardi. La disoccupazione involontaria. *Dir. prat. lav.*, p. 933, 1990.

De Cristofaro. Licenziamento per causa di matrimonio e tutela del lavoratore. *Dir. lav.*, II:262, 2000.

De Falco. nota a c.cost. 61/1991. *Dir. lav.*, II:221, 1991.

De Fiores. nota a c.cost. 46/2000. *Giur. it.*, 1548, 2000.

De Luca. I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive. *F. it.*, I:855, 1983.

De Luca. nota a c.cost. 46/2000. *Foro it.*, I:1401, 2000.

De Luca Tamajo. Disciplina dei licenziamenti individuali. *N. leggi civ.*, p. 133, 1991.

De Marinis. Brevi note in margine alla nuova disciplina in materia di licenziamenti individuali. *Dir. lav.*, I:449, 1991.

De Marinis. Il licenziamento illegittimo: i profili concettuali della nozione tra recenti tendenze razionalizzatrici e possibili prospettive evolutive. *Dir. lav.*, I:449, 1994.

De Marinis. nota a c.cost. 143/1998. *Mass. giur. lav.*, p. 489, 1996.

De Martini. Recesso unilaterale dal contratto con rappresentante senza potere. *Riv. dir. comm.*, II:266, 1995.

De Tommaso. Dalla tutela reale ai licenziamenti ad nutum. *Dir. lav.*, I:55, 1984.

Del Conte. nota a c.cost. 61/1991. *Riv. giur. lav.*, II:3, 1991.

- Del Punta. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Milano, 1992.
- Del Punta. *La sospensione del rapporto di lavoro*. Milano, 1992.
- Del Punta. Il licenziamento disciplinare. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 143, 1996.
- Del Punta. La nuova disciplina dei congedi parentali familiari e formativi. *Riv. it. dir. lav.*, I:149, 2000.
- Del Punta. *Malattia, infortunio, maternità servizio militare. Artt. 2110 - 2111 -*. Commentario del codice civile (ora) diretto da Francesco D. Busnelli, Milano 1992.
- Del Punta. *Malattia, infortunio, maternità servizio militare. Artt. 2110 - 2111 -*. Commentario del codice civile (ora) diretto da Francesco D. Busnelli, Milano 1992.
- Della Rocca. Condizioni personali del lavoratore e distribuzione delle tutele. *Dir. lav.*, I:265, 2001.
- Dell'Olio. Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. In *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*.
- Dell'Olio. relazione e replica.
- Dell'Olio. Licenziamento, reintegrazione, retribuzione, risarcimento. *Mass. Giur. lav.*, p. 504, 1979.
- Dell'olio. Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. *Gior. dir. lav. e rel. ind.*, p. 423, 1987.
- Denaro. *Il licenziamento individuale nel rapporto di lavoro privato*. Milano, 1984.
- Depretis. Sulla ratifica della diffida ad adempiere intimata da falsus procurator. *F. it.*, I:1988, 1981.
- Di Francesco. nota a cass. 11497/1996. *Giur. it.*, I, 1:1483, 1997.
- Di Lemma. nota a cass. 5213/2003. *Dir. lav.*, II:163, 2003.
- Di Maio. voce: Tutela (dir.privato). In *Enc. Dir.* Milano.
- Di Maio. I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale. *Riv. giur. lav.*, I:274, 1974.

- Di Majo. voce: Legittimazione negli atti giuridici. In *Enc. dir.* Milano.
- Di Nubila. Ancora sulla risarcibilità dei danni conseguenti a un licenziamento ingiustificato. *Riv. giur. lav.*, II:726, 1968.
- D'Orta. Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato. In *comm. Carinci - D'Antona*. Milano.
- D'Orta. Verifica dei risultati. la responsabilità $\frac{1}{2}$ dirigenziale. In *comm. Carinci lpa*. Milano.
- Dui. nota a cass. 5213/2003. *Lav. giur.*, p. 735, 2003.
- Ehrlich. *Grundlegung der Sociologie des Rechts, Duncker & Umblot*. Munches-Leipzig, 1913.
- Fanfani. Il risarcimento del danno per i licenziamenti invalidi. *Dir. lav.* 1971, p. 363, 1971.
- Fantini. In tema di violazione dell'obbligo di non concorrenza del lavoratore. *Dir. lav.*, II:58, 1998.
- Fazzalari. voce: Sentenza civile. In *Enc. dir.* Milano.
- Fazzalari. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, 1989.
- Febbrajo. *I fondamenti della sociologia del diritto (trad. it. di Ehrlich 1913)*. Milano, 1976.
- Ferraro. voce: Acquiescenza (acquiescenza del lavoratore). In *Enc. giur.* Roma.
- Fezzi. nota a c.cost. 46/2000. *Riv. crit. dir. lav.*, p. 85, 2000.
- Fidanza. Considerazioni in tema di licenziamento per fatti concludenti. *Riv. trim. civ.*, 230, 1974.
- Figurati. nota a cass. 12031/1999. *Mass. giur. lav.*, p. 61, 2000.
- Figurati. Osservazioni sull'obbligo di repechage nel licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni. *Mass. giur. lav.*, p. 1211, 2000.
- Foglia. La corte costituzionale ed il licenziamento disciplinare. *Dir. lav.*, II:405, 1982.
- Fontana. nota a cass. 61/1991. *Mass. giur. lav.*, p. 4, 1991.

Fossati. Licenziamento del dirigente e obbligo del cd. repechage. *Riv. it. dir. lav.*, II:575, 1998.

Franceschinis. nota a cass. 5065/2002. *Riv. crit. dir. lav.*, p. 680, 2002.

Franzoni. *Degli effetti del contratto*. comm. Schlesinger Artt. 1372 - 1373 Vol. 1 Milano, 1988.

Galantino. Verso una disciplina unitaria del recesso del datore di lavoro. *Dir. lav.*, I:165, 1990.

Galgano. voce: Negozio giuridico (dottrine generali). In *Enc. dir.* Milano.

Galgano. *Il negozio giuridico*. tratt. dir. civ. Cicu - Messineo Milano, 1988.

Garilli. Prime riflessioni sulla riforma dell'indennità di anzianità. *Riv. giur. lav.*, I:333, 1982.

Garilli. Il contratto di lavoro e il rapporto di impiego privato nella teoria di Iodovico Barassi. *Riv. giur. lav.*, I:375, 2001.

Garilli. Flessibilità e subordinazione. *Dir. lav.*, I:393, 2002.

Garilli. Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni. In *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Teramo 2003*. <http://www.aidlass.org/attivita/convegni/conv/2003.htm>, 2003.

Garofalo M.G. Contributo all'esegesi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 564, 1975.

Gavazzi. *Elementi di teoria del diritto*. Torino, 1970.

Ghera. *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*.

Ghera. Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, p. 305, 1977.

Ghera. Nozione di retribuzione ed elementi retributivi. *Giur. it.*, IV:9, 1984.

Ghera. Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1991.

Ghera. Licenziamento per superamento del periodo di comporta. *Lav. giur.*, p. 62, 2000.

Ghera Liso. voce: Mora del creditore (dir. lav.). In *Enc. dir.* Milano.

Ghezzi. *La mora del creditore nel rapporto di lavoro.* Milano, 1965.

Ghezzi. Sul rapporto tra riassunzione e prestazione patrimoniale nella disciplina legislativa dei licenziamenti individuali. *Riv. (it.) dir. lav.*, I:255, 1968.

Giampiccolo. voce: dichiarazione recettizia. In *Enc. dir. Vol. XII.* Milano.

Giampiccolo. *La dichiarazione recettizia.* Milano, 1959.

Giannini. voce: Impiego pubblico (profili storici e teorici). In *Enc. Dir.* Milano.

Giorgis. Indennità di disoccupazione: una additiva di principio non vincolante per il legislatore? *Giur. cost.*, p. 565, 1995.

Girardi. Inefficacia e nullità del licenziamento (rassegna di giurisprudenza sugli artt. 2 e 4 della legge 15 luglio 1966 n. 604. *Not. giur. lav.*, p. 759, 1978.

Giubboni. Un panorama europeo degli aspetti relativi alla sicurezza sociale. *Dir. rel. ind.*, p. 595, 1996.

Golferini. La risoluzione del rapporto di lavoro per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni assegnate tra obbligazioni di mezzi e obbligo di repechage. *Or. giur. lav.*, I:360, 2000.

Gorla M. Licenziamento annullato, estromissione del lavoratore a seguito di sentenza di appello ed effetti della mancata impugnazione del nuovo licenziamento. *Dir. lav.*, II:515, 1984.

Gottardi. La tutela della maternità nel contratto a tempo determinato. *Mass. giur. lav.*, 658, 2002.

Gramiccia. nota a cass. 5591/2001. *Mass. giur. lav.*, p. 700, 2001.

Gramiccia. nota cass. 5065/2002. *Mass. giur. lav.*, p. 466, 2002.

Grandi. Modificazioni aziendali nel rapporto di lavoro. In *Enc. Giur. Treccani.* Roma.

Grandi. La risoluzione delle controversie in tema di licenziamento individuale. considerazioni esegetiche sugli artt. 6 e 7 della l. 15 luglio 1966 .604. procedimento giurisdizionale e procedure stragiudiziali nei licenziamenti individuali. *Riv. giur. lav.*, p. 405, 1967.

Grandi. *Le modificazioni del rapporto di lavoro I Le modificazioni soggettive*. Milano, 1972.

Grandi. Il campo di applicazione della nuova disciplina del licenziamento. *Lav. dir.*, p. 3, 1991.

Graziani. *La rappresentanza senza procura*, volume XXXVII. Milano.

Hart. *The concept of Law*, Oxford University Press. London, 1961.

Ichino. Sospensioni del rapporto di lavoro non espressamente disciplinate e anzianità. *Mass. giur. lav.*, p. 56, 1980.

Ichino. Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento. *Riv. it. dir. lav.*, III:3, 1999.

Ichino. Rubare? si può se lo fan tutti. *Corriere della sera*, 12:21, 2000.

Ichino. Licenziare missione impossibile. *Corriere della Sera*, 9:2, 2001.

Ichino. La giusta retribuzione tra diritto ed economia. *Dir. rel. ind.*, p. 165, 2002.

Ichino. *Il contratto di lavoro*, volume III. Milano, 2003.

Ichino. *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*. Milano, 2004.

Ichino. *Lezioni di diritto del lavoro. Un approccio di labour law and economics*. Milano, 2004.

Ichino A., Ichino P., e Polo M. L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento. *Riv. it. dir. lav.*, I:10, 1998.

Ichino P. *Il licenziamento illegittimo*. Napoli, 1982.

Irti. La perfezione degli atti giuridici e il concetto di onere. In *in Norme e Fatti Saggi di teoria generale del diritto*. Milano.

Jucci. La garanzia del posto di lavoro e la nuova legge sui licenziamenti individuali. *Dir. lav.*, p. 10, 1967.

Lagala. L'indennità di disoccupazione: un primo bilancio per una riforma da completare. *Riv. giur. lav.*, III:75, 1991.

Lagala. L'indennità di disoccupazione come sostegno alla ripartizione del lavoro: l'esperienza delle cooperative agroindustriali della romagna. *Riv. giur. lav.*, I:497, 1993.

Lambertucci. Il licenziamento cosiddetto disciplinare al vaglio della corte costituzionale. *Giur. it.* 1983, 1:1345, I.

Lepore. Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice. *Dir. lav.*, II:33, 2000.

Levi. *Norma giuridica e diritto soggettivo*. Padova, 1995.

Levi. Preavviso non lavorato e risarcimento danni. *Dir. lav.*, I:425, 2002.

Levi. Il sistema dei licenziamenti individuali nell'ordinamento giuslavoristico italiano. *Dir. economia* 2001, 665, II.

Li Donni. Il licenziamento disciplinare al vaglio della corte costituzionale. *Riv. it. dir. lav.*, II:319, 1983.

Liso. Sulla legge di riforma del trattamento ordinario di disoccupazione. *Lav. dir.*, p. 385, 1991.

Liso. I trattamenti di disoccupazione. riflessioni critiche. *Riv. it. dir. lav.*, I:339, 1995.

Liso. La privatizzazione dei rapporti di lavoro. In *comm. Carinci-D'Antona*. Milano, 2000.

Liso. Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti. *Riv. it. dir. lav.*, I:169, 2002.

Liso. Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti. *Riv. it. dir. lav.*, I:169, 2002.

Loi. Analisi economica del diritto e diritto del lavoro. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 547, 1999.

Luciani. Disoccupazione involontaria (assicurazione obbligatoria contro). In *in Nss. dig.*, volume app. III.

Ludovico. L'onere datoriale del repechage e la sopravvenuta inidoneità del lavoratore nell'interpretazione delle sezioni unite della cassazione. *Or. giur. lav.*, I:196, 1999.

Lunardon. Il licenziamento orale tra il diritto comune dei contratti ed il diritto speciale del lavoro. *Giur. It.*, p. 687, 1999.

Magnani. Il licenziamento disciplinare e i rimedi al recesso illegittimo. *Riv. it. dir. lav.*, I:39, 1996.

Magnani. Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro. In *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Teramo 2003*. <http://www.aidlass.org/attivita/convegni/conv/2003.htm>, 2003.

Magrini. Problemi in tema di licenziamento del dirigente. *Dir. lav.*, I:7, 1993.

Mainardi. *Il licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico e privato*. Art. 2106 - Comm. Cod. Civ. - Diretto da Busnelli - Milano 2002.

Mainardi. Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. In *comm. cod. civ. Busnelli*. Milano.

Mainardi. *Gestione delle eccedenze di personale e collocamento in disponibilità* $\frac{1}{2}$. comm. Carinci-D'Antona, 2000.

Mancini. Statuto dei diritti dei lavoratori sub art. 18. In *comm. Scialoja e Branca*. Bologna - Roma.

Mancini. *Il recesso ordinario e i rapporti di lavoro*. Padova, 1962.

Mancini. La disciplina del licenziamento nello statuto dei lavoratori (contributo all'esegesi dell'art. 18). *Riv. giur. lav.*, I:169, 1972.

Mancini. Il progetto di legge sulla «giusta causa» e la disciplina del licenziamento nel diritto comparato. *Riv. giur. lav.*, I:111, 1986.

Manganaro. Gli effetti della mancata indicazione dei motivi del licenziamento. *Or. giur. lav.*, I:176, 2000.

Mannacio. nota a c.cost. 426/1992. *Mass. giur. gav.*, p. 551, 1992.

Mannacio. nota a cass. 5213/2003. *Mass. giur. lav.*, p. 537, 2003.

Mannacio. nota a c.cost. 143/1998. *Lav. giur. 1998*, 783.

- Marazza. nota a cass. 5930/1996.
- Marcelli. nota a cass. 5063/2001. *Dir. lav.*, II:573, 2002.
- Marimpietri. Trattamenti previdenziali di disoccupazione e attività di lavoro. *Riv. giur. lav.*, I:221, 1994.
- Marino. Il vizio di forma nel licenziamento. *Riv. it. dir. lav.*, I:518, 1992.
- Marino. La comunicazione scritta del licenziamento nell'interpretazione della corte di cassazione. *Riv. it. dir. lav.*, II:392, 1998.
- Marra. voce: Sanzione. In *Dig. disc. priv., sez. civ.* Torino.
- Marra. nota a cass. 9037/2001. *Riv. it. dir. lav.*, II:129, 1998.
- Mattace e Raso. nota cass. 2949/1997. *Lav. giur.*, p. 211, 1998.
- Mattarolo. Il divieto di licenziamento delle lavoratrici madri e i limiti generali al potere di recesso del datore di lavoro. *Riv. dir. lav.*, I:478, 1980.
- Mattarolo. nota a c.cost. 61/1991. *Riv. it. dir. lav.*, II:264, 1991.
- Mattarolo. Sulla nullità del licenziamento della lavoratrice madre. *Riv. it. dir. lav.*, II:724, 1991.
- Mazziotti. Motivazione e licenziamento disciplinare. *Riv. it. dir. lav.*, II:144, 1983.
- Mazziotti. Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, p. 491, 1987.
- Mazziotti. Inefficacia del licenziamento e risarcimento del danno. *Dir. lav.*, I:415, 2001.
- Mazzoni. La responsabilità sindacale per la mancata applicazione della procedura sui licenziamenti individuali. *Dir. Economia*, p. 228, 1955.
- Mazzotta. Licenziamento orale immotivato di lavoratore. *Foro it.*, I:1619, 1976.
- Mazzotta. Licenziamento inesistente, continuità del rapporto e adempimento dell'obbligo retributivo. *Foro it.*, I:1698, 1979.
- Mazzotta. Accertamenti sanitari eccessiva morbilità e contratto di lavoro. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, p. 25, 1983.

Mazzotta. Diritto del lavoro e categorie civilistiche. *Riv. it. dir. lav.*, I:50, 1991.

Mazzotta. La terra è piatta? o quasi. *Foro. It.*, I:2706, 1994.

Mazzotta. *Diritto del lavoro*. Milano, 2002.

Menchini. *I limiti oggettivi del giudicato civile*. Milano, 1987.

Mengoni. Il contratto di lavoro nel secolo xx. In *in Atti del convegno AIDLASS Ferrara 2000*. Milano.

Mengoni. Contratto e rapporto di lavoro nella recente dottrina italiana. *in Riv. Soc.*, p. 675, 1965.

Menichetti. Effetti dell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento. *Riv. (it.) dir. lav.*, I:210, 1970.

Messineo. *Il contratto in genere*. tratt. dir. civ. Cicu - Messineo vol. XXI t. 2 Milano, 1972.

Meucci. Principi di diritto sostanziale a proposito del licenziamento disciplinare giunto in corte costituzionale. *Lav. prev. oggi*, p. 108, 1983.

M.g. Legittimità del licenziamento motivato per relationem. *Dir. lav. 1985*, p. 425, II.

Milli. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repace. *Riv. giur. lav.*, II:457, 2002.

Minale e Costa. Il testo unico sui congedi parentali. *Gior. dir. lav. rel. ind.*, p. 63, 2002.

Mirabelli. *Dei contratti in generale*. Torino, 1980.

Miscione. Previdenza sociale minimo vitale e garanzia del reddito. In *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Rimini 1984*. Milano.

Miscione. Sanzioni disciplinari e responsabilità. In *comm. Carinci-D'Antona*. 2000.

Miscione. Il diritto del lavoro e il licenziamento. *Lav. giur.*, II:105, 2001.

M.n.b. Recesso non validamente motivato dell'impresa assicuratrice ed accordo nazionale agenti. *Dir. lav. 1985*, p. 428, II.

- Mocella. nota a cass. su 508/1999. *Dir. lav.*, II:359, 2000.
- Mocella. nota a c.cost. 398/994. *Dir. lav.*, II:507, 2004.
- Montesano. Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi. *Riv. dir. proc. civ.*, p. 15, 1991.
- Montuschi. La giustificazione del potere disciplinare nel rapporto di lavoro. In *in Le Pene Private (a cura di Busnelli Scalfi)*. Milano.
- Montuschi. *Potere disciplinare e contratto di lavoro*. Milano, 1973.
- Montuschi. *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*. Quad. dir. lav. e rel. ind. Torino, 1991.
- Montuschi. Il licenziamento disciplinare secondo il diritto vivente. *Riv. It. Dir. Lav.*, I:13, 1996.
- Montuschi. ora voce: Sanzioni disciplinari. In *Dig. Disc. priv. sez. comm. Torino*, p. 153. 1996.
- Montuschi. Un caso di riduzione delle tutele: il rapporto di lavoro del dirigente di azienda. *Riv. it. dir. lav.*, II:363, 1997.
- Mortati. *Raccolta di scritti III*. Milano, 1972.
- Muggia. nota a cass. su 508/1999. *Riv. crit. dir. lav.*, p. 889, 1999.
- Napoletano. *Diritto processuale del lavoro*. Milano, 1956.
- Napoli. Le proposte di modifica dell'art. 18 e dello statuto dei lavoratori. In *Il diritto del lavoro dal 'libro bianco' al disegno di legge delega 2002*. Milano.
- Napoli. voce: Licenziamenti. In *Dig. Disc. priv. sez. comm. Torino*.
- Napoli. *La stabilità reale nel posto di lavoro*. Milano, 1980.
- Napoli. *Introduzione alla ristampa anastatica di Barassi - Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*. Milano, 2003.
- Napoli. La nascita del diritto del lavoro. In *Milano*. 2003.
- Natoli. Diritto al lavoro inserzione del lavoratore nell'azienda e recesso ad nutum. *Riv. giur. lav.*, I:101 ss., 1951.

Natoli. Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso «ad nutum» dell'imprenditore. *Riv. giur lav.*, p. 281, 1957.

Natoli. *L'attuazione del rapporto obbligatorio, II.* tratt. Cicu - Messineo, Milano, 1984.

Nicolini. *Congedi parentali.* Milano, 2000.

Nigro. voce: Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell'). In *Enc. Giur. Treccani.* Roma.

Nigro. *Giustizia Amministrativa.* Bologna, 1983.

Nigro B. Effetti del licenziamento illegittimo. *Lav. prev. Oggi*, p. 1790, 1986.

Nigro B. I licenziamenti nell'evoluzione giurisprudenziale. *Lav. prev. Oggi*, p. 1527, 1986.

Nogler. Sul c.d. licenziamento ingiustificato nell'area del recesso ad nutum. *Giust. civ.*, p. 151, 1994.

Nogler. La corte costituzionale dinnanzi alla razionalizzazione della disciplina di tutela contro i licenziamenti: un colpo alla botte ed uno al cerchio. *Resp. civ. e prev.*, p. 516, 1995.

Noviello-Tenore. *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato.* Milano, 2002.

Nunin. La direttiva n. 96/34/ce sui congedi parentali ed il suo recepimento nell'ordinamento italiano. *Dir. lav.*, I:207, 2000.

Nunin. Congedi parentali e tutela dei diritti del padre lavoratore: novità normative ed orientamenti della giurisprudenza. *Lav. giur.*, p. 1055, 2001.

Nunin. Diritti dei padri lavoratori ed esigenze dell'impresa: primi interventi della giurisprudenza a tutela della fruizione dei congedi parentali. *Lav. giur.*, p. 957, 2001.

Nunin. nota a cass. 5065/2002. *Fam. dir.*, p. 345, 2002.

Occhino. La nascita del diritto del lavoro: il contratto di lavoro di lodovico barassi cent'anni dopo. novità influssi distanze. *Riv. it. dir. lav.*, III:207, 2001.

Offeddu. Lavoro domestico. In *Tratt. Rescigno.* Torino.

- Ogriseg. nota a cass. su 508/1999. *Riv. it. dir. lav.*, II:145, 2000.
- Oriani. *Diritti potestativi contestazione giudiziale e decadenza*. Padova.
- Orsi-Vergiatì. Licenziamento inefficace per intempestiva comunicazione scritta dei motivi. *Riv. it. dir. lav. 1984*, II:682, 1984.
- Paci. L'indennità di disoccupazione: il punto della situazione. *Lav. giur.*, p. 326, 2001.
- Pagni. Rinnovabilità del licenziamento irritualmente intimato e tempestività dell'impugnazione del secondo recesso. *Riv. it. dir. lav.*, II:109, 1995.
- Pajno. La nuova giurisdizione del giudice amministrativo. In *tratt. Cassese*. Milano.
- Paleologo. voce: Organizzazione amministrativa. In *Enc. dir.* Milano.
- Paolucci. Osservazioni in tema di patto di non concorrenza. *Riv. it. dir. lav.*, II:329., 2000.
- Papaleoni. Profili processuali e sostanziali della sentenza di invalidazione del licenziamento. *Giust. civ.*, I:2522, 1981.
- Papaleoni. Profili processuali e sostanziali della sentenza di invalidazione del licenziamento. *Giust. civ.*, I:2522, 1981.
- Papaleoni. Profili processuali e sostanziali della sentenza di invalidazione del licenziamento. *Giust. civ.*, I:2522, 1981.
- Papaleoni. Sulla comunicazione dell'atto di licenziamento. *Giust. Civ.*, I:1274, 1981.
- Papaleoni. Il licenziamento disciplinare dopo la corte costituzionale. *Mass. giur. lav.*, p. 757, 1982.
- Papaleoni. L'inefficacia del licenziamento. *Giust. civ.*, I:1786, 1984.
- Papaleoni. Sul campo di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti. *Dir. lav.*, I:159, 1984.
- Papaleoni. Sul campo di applicazione della disciplina limitativa dei licenziamenti. *Dir. Lav.*, I:159, 1984.

Papaleoni. Rapporti tra licenziamento disciplinare e licenziamento per giustificato motivo oggettivo. *Giust. civ.*, I:59, 1989.

Papaleoni. La più recente fase di evoluzione normativa della disciplina dei licenziamenti: la legge 11 maggio 1990 n. 108. *Dir. lav.*, I:253, 1990.

Papaleoni. La più recente fase di evoluzione normativa della disciplina dei licenziamenti: la legge 11 maggio 1990 n. 108. *Dir. lav.*, I:253, 1990.

Papaleoni. Ancora sulla reiterabilità del licenziamento disciplinare. *Riv. it. dir. lav.*, II:452., 1991.

Papaleoni. Licenziamento disciplinare e nullità di diritto comune. *Riv. it. dir. lav.*, II:651, 1995.

Papaleoni. Inidoneità sopravvenuta e repechage. *Mass. giur. lav.*, p. 876, 1998.

Papaleoni. nota a cass. su 508/1999. *Mass. giur. lav.*, p. 1061, 1999.

Pardolesi. voce: Analisi economica del diritto. In *Dig. disc. priv. sez. civ.* Torino.

Pastori. La pubblica amministrazione. In *Manuale di diritto pubblico.* Bologna.

Pedrazzoli. La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1020, 1973.

Pedrazzoli. Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo. *Lav. dir.*, p. 79, 1988.

Pedrazzoli. Struttura dei rimedi al licenziamento illegittimo. *Lav. dir.*, p. 79, 1988.

Pelaggi. Licenziamento irrituale in regime di tutela obbligatoria: si profila un nuovo ; intervento delle sezioni unite. *Mass. giur. lav.*, II:283, 1997.

Pellecchia. nota a cass. 1757/1999. *Riv. it. dir. lav.*, II:177, 2000.

Pera. La formazione extralegislativa del diritto del lavoro e la disciplina dei licenziamenti nell'esperienza contrattuale italiana (1950-1964). *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1081, 1968.

Pera. *La cessazione del rapporto di lavoro.* Padova, 1980.

- Pera. Licenziamento per superamento del periodo di comporta. *Giust. civ.*, I:1464., 1981.
- Pera. Il licenziamento come sanzione disciplinare. *Giust. civ.*, I:19, 1983.
- Pera. nota a c.cost. 2/1986. *Giur. cost.*, I:235, 1986.
- Pera. *Diritto del Lavoro*. Padova III ed., 1988.
- Pera. La nuova disciplina dei licenziamenti individuali. *Riv. it. dir. lav.*, I:251, 1990.
- Pera. Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria. *Riv. it. Dir. Lav.*, II:3, 1995.
- Pera. Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento. *Giust. civ.*, I:938, 1997.
- Pera. Rileggendo. il contratto di lavoro (1915 - 17) di ludovico barassi. *Riv. it. Dir. Lav.*, I:3;, 1998.
- Pera. Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato. *Riv. it. dir. lav.*, I:15, 2002.
- Perone. voce: Retribuzione. In *Enc. dir.*, XL Milano. Milano.
- Persiani. Rischio e bisogno nella crisi della previdenza sociale. In *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Rimini 1984*. Milano.
- Persiani. voce: Domestici (lavoro domestico). In *Enc. dir.* Milano, 1964.
- Persiani. *Contratto di lavoro e organizzazione*. Padova, 1966.
- Persiani. Problemi in tema di retribuzione. *Mass. giur. lav.*, p. 868, 1980.
- Persiani. I nuovi problemi della retribuzione. 1982.
- Persiani. L'ambito di applicazione della nuova disciplina della reintegrazione nel posto di lavoro. *Dir. lav.*, I:3, 1991.
- Persiani. *Diritto della Previdenza Sociale, XIII ed.* Padova, 2003.
- Pessi. *Lezioni di diritto della previdenza sociale (parte generale) IIIed.* Padova, 2004.
- Petrucci. Inefficacia del licenziamento intimato dal datore di lavoro interposto. *Dir. lav.*, II:489, 1999.

Piovesana. nota a cass. 9864/2002. *Lav. giur.*, 1066., 2002.

Proto Pisani. Note critiche sugli aspetti processuali del disegno di legge n. 1537 in materia di licenziamenti. *F. it.*, V:194, 1987.

Proto Pisani. La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990 n. 108): giudizio di legittimità dell'impugnazione dei licenziamenti. *F. it.*, V:373;, 1990.

Pizzoferrato. nota a cass. 1757/1999. *Lav. giur.*, p. 825, 1999.

Proia. Impugnazione del licenziamento e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso. *Riv. it. dir. lav.*, II:858, 1993.

Proia. Impugnazione del licenziamento e diritto all'indennità sostitutiva del preavviso. *Riv. it. dir. lav.*, II:858, 1993.

Quattromini. Risoluzione del rapporto di lavoro: licenziamento verbale o dimissioni? il punto sull'eterno dilemma. *Riv. crit. dir. lav.*, II:507, 1996.

Rendina. nota a c.cost. 46/2000. *Mass. giur. lav.*, p. 376, 2000.

Ricci. La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse: la visione socialmente avanzata della cassazione. *Lav. dir.*, p. 523, 1995.

Righetti. Presente e futuro della indennità ordinaria di disoccupazione. *Prev. soc.*, p. 1007, 1988.

Roccella. Il salario minimo legale. *Pol. dir.*, p. 231, 1983.

Roccella. I licenziamenti nelle piccole imprese. *Dir. prat. lav.*, p. 666, 1990.

Roccella. Il tramonto del recesso ad nutum e la nuova disciplina del licenziamento individuale. *Quad. gior. dir. lav. rel. ind.*, 8:9, 1990.

Roccella. Salario d'ingresso: una norma inutile. *Dir. prat. lav.*, p. 545, 1993.

Romagnoli. Statuto dei diritti dei lavoratori sub art. 18. In *comm. Scialoja e Branca*. Bologna - Roma.

Romagnoli. La stabilità immaginaria del rapporto di lavoro. *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 1550, 1980.

Romagnoli. La tutela contro i licenziamenti: un passo avanti e due indietro? *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1217, 1990.

Romeo. L'uso oggi della indennità di disoccupazione. *Ass. soc.*, p. 51, 1981.

Romeo. La reintegrazione nel posto di lavoro: tra tecniche giuridiche e vicende politiche. *Lav. Giur. 2002*, p. 105, 2002.

Romeo. L'area delle tutele: diritto civile e diritto del lavoro. *Dir. Lav.*, I:145, 2005.

Rossi. La risoluzione del rapporto di lavoro subordinato con particolare riguardo ai profili patologici del licenziamento individuale. *Dir. lav.*, I:405, 1998.

Rossi F. P. Tutela previdenziale e tutela dei redditi. In *Atti delle Giornate di Studio AIDLASS Rimini 1984*. Milano.

Ruggiero. Licenziamento inefficace per mancata comunicazione dei motivi nell'area della tutela debole. *Riv. it. dir. Lav.*, I:147, 2004.

Saetta. *Sull'indennità di anzianità*. Palermo, 1979.

Saetta. Revoca del licenziamento e risarcimento del danno. *Mass. giur. lav.*, p. 191, 1985.

Saetta. Il padre lavoratore e la sentenza 1/1987 della corte costituzionale. *Mass. giur. lav.*, p. 155, 1987.

Saetta. Ancora su revoca del licenziamento e risarcimento del danno. *Mass. giur. lav.*, p. 692, 1988.

Saetta. Il ruolo del padre lavoratore nella evoluzione della giurisprudenza della corte costituzionale. *Mass. giur. lav.*, p. 143., 1993.

Saetta. Sui limiti della tutela costituzionale del lavoratore padre. *Mass. giur. lav.*, p. 297, 1994.

Sanchini. La nuova tutela cautelare. In *tratt. Cassese*.

Sandulli. Commento all'art. 18.

Sandulli. Il licenziamento disciplinare nell'orientamento della corte costituzionale. *Riv. dir. civ.*, II:865, 1983.

- Santaniello. Il rapporto di pubblico impiego. *Corr. amm.*, p. 194, 1960.
- Santoni. La tutela del provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro.
- Santoro Passarelli F. *Dottrine generali del diritto civile IXed.* Napoli, 1997.
- Santoro Passarelli G. Misure contro la disoccupazione e tutela del lavoratore. *Dir. lav.*, I:341, 1995.
- Santulli. nota a cass. 11178/1999. *Riv. giur. lav.*, II:339, 2000.
- Satta F. *Giustizia Amministrativa.* Padova, 1997.
- Scaglione. nota a c.cost. 61/1991. *Giur. cost.*, p. 2405, 1991.
- Scarpelli. voce: Semantica giuridica. In *Nss. Dig. It.* Torino, 1969.
- Scarponi. a cura di. In *Globalizzazione e diritto del lavoro: il ruolo degli ordinamenti sopra nazionali.* Milano, 2001.
- Scirè. In tema di comunicazione dei motivi del licenziamento, di non rettività di tale comunicazione nonché in tema di conseguenze del licenziamento inefficace di determinazione del periodo di sospensione a seguito del ricorso all'ufficio provinciale del lavoro. *Proc. civ.*, p. 193, 1976.
- Scognamiglio. *Contributo alla teoria del negozio giuridico.* Napoli, 1969.
- Scognamiglio. *Contratti in generale.* tratt. Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1980.
- Scognamiglio. Il contratto di lavoro e il contratto di locazione nel pensiero di lodovico barassi. *Riv. it. dir. lav.*, 25, 2002.
- Scognamiglio. Licenziamento dichiarato illegittimo e permanenza dell'obbligo di fedeltà del lavoratore. *N. giur. civ. comm.* 1998, 233, I.
- Scognamiglio. *Contratti in generale.* (Tratt. dir. civ. Grosso e Santoro Passarelli), Milano 1980.
- Sermonti. Interpretazione e applicazione dell'accordo interconfederale sui licenziamenti. *Dir. lav.*, I:187, 1956.
- Simonazzi. Escalation della cassazione verso l'inesistenza del licenziamento verbale nella pi recente giurisprudenza. *Inf. Pirola*, p. 235, 1978.

Spagnuolo. Modalità di trasmissione della lettera di contestazione degli addebiti e prova della sua ricezione. *N. giur. civ. comm.*, I:103, 1989.

Speziale. L'impugnazione del licenziamento inefficace ed i suoi effetti secondo la l. n. 604 del 1966 nell'elaborazione giurisprudenziale. *Riv. it. dir. lav.*, I:275, 1983.

Suppiej. La corte costituzionale legifera sui licenziamenti disciplinari. *Riv. it. dir. lav.*, II:214, 1983.

Carinci M. T. *La fornitura di lavoro altrui*. Milano, 2000.

Tampieri. Il regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. *Dir. lav.*, I:71, 1992.

Tarello. In margine a un ricerca empirica. *Riv. trim. dir. proc. civ.*, p. 1095, 1968.

Terzago. La malattia quale causa di licenziamento del lavoratore. *Nuovo dir.*, p. 466, 1971.

Terzago. Sul licenziamento per giusta causa per inidoneità $\frac{1}{2}$ al lavoro. *Nuovo dir.*, p. 472, 1971.

Terzago. Inefficacia del licenziamento e sua impugnazione. *Foro pad.*, I:737, 1972.

Thon. *Rechts norm und subjectives Recht*. Böhlau Weimar, 1878.

Tiraboschi. Area di libera recedibilità licenziamento disciplinare e violazione delle garanzie procedurali: un'importante pronuncia sulla cassazione a sezioni unite sulla struttura causale del negozio di recesso. *Or. giur. lav.*, p. 602, 1994.

Traversa. Questioni vecchie e nuove sul licenziamento a causa di matrimonio. *Mass. giur. lav.*, p. 394, 1973.

Treu. La retribuzione: il quadro istituzionale. *Quad. gior. dir. lav. rel. ind.*, fasc. 4:35, 1988.

Treu. La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: ambiti e struttura. *Dir. rel. ind.*, p. 1, 1994.

Triola. In tema di ratifica di licenziamento intimato da falsus procurator. *Giust. civ.*, 1:2685, 1995.

Tullini. Forma e riconoscibilità del recesso: un caso di fattispecie a formazione progressiva. *Riv. it. dir. lav.*, II:277, 1992.

Tullini. Ritualità e formalismo nel procedimento disciplinare. *Riv. it. dir. lav.*, II:213, 1994.

Tullini. Sugli effetti del vizio formale del licenziamento intimato nelle imprese minori: un problema ancora aperto. *Riv. it. dir. lav.*, II:881, 1996.

Vaccaro. Licenziamenti individuali: le norme dal 1966 a oggi. *Dir. e prat. lav.*, p. 3089, 1990.

Vaccaro. La nullità del licenziamento della lavoratrice madre e i suoi effetti dopo la decisione della corte costituzionale n. 61 del 1991. *Lav. prev. oggi*, p. 225, 1992.

Vais. Iter formativo ed interpretazione della legge sui licenziamenti individuali. *Riv. giur. lav.*, I:285, 1966.

Vallauri. Ambito aziendale interessato dalla riduzione del personale, individuazione dei criteri di scelta applicabili e obbligo di repechage. *Giust. civ.*, I:3257, 2000.

Vallebona. Il problema dell'acquiescenza del lavoratore al licenziamento illegittimo nel caso di accettazione senza riserve delle indennità di fine rapporto. *Mass. Giur. lav.*, p. 180, 1978.

Vallebona. Licenziamento «inefficace» e termine di impugnazione. *Giust. civ.*, I:874, 1983.

Vallebona. Sulla sistemazione del licenziamento per scadenza del periodo di comporta. *Dir. lav.*, I:16, 1983.

Vallebona. Licenziamento. impugnazione. forma scritta ad substantiam. procura rilasciata a un terzo. *N. giur. civ. comm.*, I:719, 1987.

Vallebona. *L'onere della prova nel diritto del lavoro*. Padova, 1988.

Vallebona. Appunti sul secondo licenziamento. *Riv. it. dir. lav.*, II:409, 1994.

Vallebona. *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*. Padova, 1995.

Vallebona. Inefficace significa efficace: gli eccessi di tutela generano il paradosso. *Riv. it. dir. lav.*, II:371, 1997.

Vallebona. Etica e ordinamento del lavoro. *Dir. Lav.*, I:461, 2000.

Veneto. Malattia, eccessiva morbilità e licenziamenti. *Giur. it.*, IV:233, 1981.

Veneziani. La flessibilità del lavoro e i suoi antidoti. un'analisi comparta. *Dir. Lav. Rel. Ind.*, p. 279, 1993.

Verkerke. Un approccio di labour law and economics alla questione della libertà di licenziamento negli stati uniti. *Riv. it. dir. lav.*, I:293, 1998.

Vidiri. Sul divieto di licenziamento delle lavoratrici che contraggono matrimonio gestanti e puerpere. *Dir. giur.*, p. 321, 1975.

Virga P. *Il pubblico impiego IIIed.* Milano, 1991.

Virga P. *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione.* Milano IV ed., 2002.

Vitta. Spunti sul nuovo stato giuridico degli impiegati governativi. *Riv. amm.*, p. 381.

Zagrebelsky. Intervento. In *Atti delle Giornate di Studio Aidlass Pesaro - Urbino 2002.* Milano.

Zanini. Valore dei limiti temporali nella presunzione del licenziamento per causa di matrimonio. *Mass. giur. lav.*, p. 520, 1968.

Zavalloni. nota a cass. su 508/1999. *Lav. Giur.*, p. 955, 1999.

Zilio Grandi. Corte costituzionale e licenziamento disciplinare. *Lav. dir.*, p. 99, 1992.

Zilio Grandi. Le fonti della retribuzione. spunti da una ricerca. *Dir. rel. ind.*, fasc. 2:97, 1996.

Zilio Grandi. nota a cass. *Riv. It. dir. lav.*, II:253, 2001.

Zoli. Note sul giustificato motivo obiettivo di licenziamento. *Riv. it. dir. lav.*, II:765, 1982.

Zoli. Quale «integrazione» è possibile fra la l. n. 604 del 1966 e l'art. 18 statuto lavoratori. *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, p. 598, 1984.

Zoli. Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici. *Dir. rel. ind.*, p. 633., 1993.

Zoli. Revoca del licenziamento e libertà del lavoratore di optare immediatamente per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. *Riv. it. dir. lav.*, II:359, 1998.

Zoppoli. *La corrispettività nel contratto di lavoro*. Napoli, 1991.

Zoppoli. Retribuzione politiche dei redditi e tecniche regolative. *Dir. rel. ind.*, p. 357, 1996.

Indice degli autori citati

- Agnesi, 150
Ales, 16, 64, 210
Alibrandi, 63, 80
Alleva, xv, 3, 15, 17, 20, 150, 151, 157, 160, 187
Allorio, 7
Alpa, 14
Altavilla, 150
Amato, 47
Ambri, 72
Amoroso, 110, 121
Amorth, 47
Andrioli, 10, 12, 16
Angiello, 80, 81, 210
Aranguren, xviii, 153
Ardau, 20, 80
Assanti-Pera, 165
Auletta, 8
Auricchio, 24, 30, 70
Avio, 103
Avondola, 81
- Balandi, 210, 211
Ballestrero, xv, xviii, 20, 151, 160, 169
Barassi, 27, 115
Barbera, 47
Barbieri, 59
Basenghi, 36, 37, 39, 44, 45, 150, 158
Battini, 54
Belfiore, 210
Bellavista, 5, 47, 56, 73, 148, 150, 185
Bellomo, 67
Bergianti, 72, 74
- Bermani, 17
Bernardi, 210
Bertola, xvi
Betti, 19, 23, 24, 33, 46, 84, 138
Biagi, 4, 5
Bianca, 19, 23, 29–31, 33, 37, 40, 70, 84, 93, 98, 100, 119, 138, 167, 183, 197, 201
Bianchi D'Urso, 36, 37, 45
Bobbio, 7–9
Boer, xvi
Boghetich;, 142
Bolego, 160
Bollani, 79, 81
Bonanni, xvi
Bosacati, 58
Branca, 4
Brida, 79, 81
Buoncristiani, 172
Bursese, 150
Busnelli, 54, 65, 140
- Cammalleri, 22, 25, 27, 32, 43, 44, 60, 72–75
Cannarsi, 80
Carabelli, 40
Carchio, 130
Carinci, 58
Carinci F., xvi, 47
Carinci M.T., 25–27, 60
Carinci_Comm_lpa_I_ed., 25
Carinci_Comm_lpa_I_ed., 19, 20, 26, 27, 44, 47, 48, 52, 58, 60
Carnelutti, xviii
Carraro, 92, 93

- Carresi, 29, 30
 Caruso, 22
 Casciaro, 79, 88
 Cassanti, 5, 155
 Cassese, 47, 48, 128
 Cattaneo, 6
 Cattani, 60
 Cerreta, 11, 117
 Cessari, 44, 80
 Chelotto, 11
 Chericoni, 149
 Cicu, 19, 29, 84
 Cimino, 210
 Cinelli, 210, 211
 Conte, 11, 37
 Corrias, 63
 Corridoni, 72
 Cotta, 7

 D'Alessio, 48
 D'Antona, xviii, 3, 5, 8, 9, 12, 16, 17, 20, 32, 47, 48, 52, 58, 59, 79, 90, 150, 151, 156, 168, 169, 185, 187, 210
 D'Orta, 58
 Danza, 29
 De Luca, 11, 130, 149
 De Luca Tamajo, 20
 De Marinis, 11, 150
 Del Punta, 20, 63, 65, 67, 72, 74
 Dell'Olio, 19, 20
 Della Rocca, 64
 Denaro, 150
 Depretis, 29
 Di Francesco, 81
 Di Maio, 17
 Di Majo, 3, 17, 23
 Di Nubila, xv, 3

 Ehrlich, 7

 Fadda, xvi
 Falco, 11
 Fanfani, xviii
 Fantini, 167
 Fazzalari, 88
 Febbrajo, 7
 Ferraro, 92, 166
 Fezzi, 11
 Fidanza, 80
 Figurati, 72, 161
 Fiore, 11
 Foglia, 130
 Fontana, 11
 Fossati, 161
 Franceschinis, 63, 69
 Franzoni, 33

 Galantino, 19, 163
 Galgano, 19, 35
 Garilli, xvi, 9, 10, 40, 69, 115
 Garofalo, 6, 152, 175
 Gavazzi, 9
 Ghera, 10, 68, 72, 210
 Ghezzi, 68, 69, 208
 Giampiccolo, 92, 93
 Giannini, 47
 Giorgis, 210
 Girardi, 80
 Giubboni, 210
 Golferini, 161
 Gorla, 150
 Gottardi, 63
 Gramiccia, 63, 82
 Grandi, 19, 36, 37, 60, 111, 163, 210
 Graziani, 33
 Grosso, 19, 23

 Hart, 6

 Ichino, xvi, 11, 14–16, 44, 72, 74, 76, 77, 87, 111, 140, 160, 210

- Irti, 6
- Jucci, xv, 3
- Lagala, 210
- Lambertucci, 130
- Lemma, 118, 158
- Lepore, 161
- Levi, 7, 72, 150, 185
- Li Donni, 130
- Liebman, xvi
- Liso, 5, 47, 68, 149, 210
- Loi, 14
- Luciani, 210
- Ludovico, 161
- Lunardon, 79, 81
- Magnani, 19, 40, 111
- Mainardi, 52, 54, 140
- Mancini, xviii, 4, 17, 20, 90, 153, 168, 187
- Manganaro, 79, 81
- Mannacio, 11, 118, 158
- Marazza, 135
- Marcelli, 63, 69
- Marimpietri, 210
- Marino, 79
- Marra, 72
- Martini, 33
- Mattace, 167
- Mattarolo, 11, 63
- Mazzamuto, 9, 10
- Mazziotti, 20, 79, 81, 130
- Mazzoni, 153
- Mazzotta, xvi, 6, 18, 76, 80, 111, 114, 121, 131, 137, 152, 157, 163, 172, 177
- Menchini, 166
- Mengoni, 11, 18, 39
- Menichetti, xv, 3
- Messineo, 7, 19, 29, 84
- Meucci, 130
- Miguidi, 67
- Milli, 161
- Minale Costa, 63, 67
- Mirabelli, 28, 33
- Miscione, 48, 54, 150, 211
- Mocella, 81, 87
- Montesano, 17, 190
- Montuschi, 5, 17, 19, 20, 111, 140, 158
- Mortati, xviii
- Muggia, 81
- Napoletano, 152
- Napoli, 9, 10, 19, 20, 27, 76, 116, 147, 149, 150, 152, 157, 158, 190, 210
- Natoli, xviii
- Nicolini, 67
- Nigro, 47, 128, 138, 149
- Nogler, 18, 79, 83, 87, 108, 111, 137, 143, 150, 194
- Noviello, 47, 49, 54, 55
- Nunin, 63, 67
- Occhino, 115
- Offeddu, 36, 37
- Ogriseg, 81
- Oriani, 17, 157, 164, 165
- Orsi, 79, 81
- Pagni, 79
- Pajno, 138
- Paleologo, 47
- Paolucci, 167
- Papaleoni, 19, 20, 80, 81, 85, 92, 111, 130, 150, 160, 166
- Pardolesi, 14
- Pastori, 47
- Pedrazzoli, 5, 17, 20
- Pelaggi, 79, 81, 87, 111

- Pellecchia, 33
 Pera, 5, 15, 16, 20, 72, 83, 84, 87,
 108, 111, 115, 130, 136, 143,
 150, 163, 169, 174, 181, 194,
 208
 Perone, 210
 Persiani, 19, 36, 39, 45, 210, 211
 Pessi, 211
 Petrucci, 25
 Piovesana, 66
 Pizzoferrato, 33
 Polo, 15
 Proia, 92, 166
 Prosperetti, 2
 Proto Pisani, 164, 166, 190
 Pulitini, 14

 Quattromini, 79, 84

 Raso, 167
 Rendina, 11
 Renga, 211
 Rescigno, 36
 Ricci, 210
 Righetti, 210
 Roccella, 19, 163, 177, 210
 Rodotà, 14
 Romagnoli, 2, 5, 149, 163, 177
 Romani, 14
 Romeo, 19, 210
 Romeo C., 22
 Rossi, 150, 211
 Ruggiero, 80

 Sabetta, 64, 67, 69, 103, 208
 Salvemini, xvi
 Sanchini, 128
 Sandulli, 2, 111, 130
 Santaniello, 47
 Santoni, 20
 Santoro Passarelli F., 19
 Santoro Passarelli G., 22, 210
 Santulli, 30
 Satta F., 127
 Scaglione, 11
 Scarponi, 22
 Scialoja, 4
 Scirè, 80
 Scognamiglio, 19, 23, 115, 152, 167
 Sermonti, 152
 Simonazzi, 80
 Spagnoli, 11
 Speciale, 92, 166
 Suppiej, 130

 Tampieri, 6, 152, 175
 Tarello, 169
 Tenore, 47
 Terzago, 72, 80
 Thon, 7
 Tiraboschi, 19, 111
 Tognazzi, 204
 Tommaso, 150
 Tosi, 20
 Traversa, 63
 Treu, xvi, 20, 48, 210
 Triola, 31
 Tullini, 20, 79, 81, 84, 85, 95, 97

 Vaccaro, 19, 63
 Vais, xv, 3, 20
 Vallauri, 161
 Vallebona, 15, 35, 69, 72, 73, 79,
 81, 84–86, 92, 101, 163, 166,
 184, 189
 Veneto, 72
 Veneziani, 44
 Verkerke, 14
 Vidiri, 63
 Virga, 46
 Vitta, 47

Zagrebelsky, 64
Zanini, 63
Zavalloni, 81
Zilio, 60, 111, 210
Zoli, 20, 48, 103, 160
Zoppoli, 47, 210

Publicato con il contributo MIUR - fondi ex 60%
Università di Palermo - Dipartimento S.E.A.F.

Finito di stampare nell'ottobre 2005
dalle Officine Tipografiche Aiello e Provenzano s.r.l.
Via del Cavaliere n. 93 - Bagheria (PA)
per la *Biblioteca della Facoltà di Economia di Palermo*, editore
temilavoro.it, coeditore *on line*

Annotazioni

Annotazioni

Annotazioni