



Università degli Studi di Macerata
Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Diritto privato e del lavoro italiano e comparato

W.P. Libertà, lavoro e sicurezza sociale
2/2011

Università degli Studi di Macerata
Piaggia dell'Università 8-11
62100 MACERATA
W.P. Libertà lavoro e sicurezza sociale

LA LEGGE N. 183/2010: LE NOVITÀ IN MATERIA DI LICENZIAMENTO

Sommario: 1. Premessa. – 2. I presupposti giustificativi del licenziamento: a) l'estensione del controllo giudiziale. – 3. Segue: b) il potere qualificatorio dell'autonomia collettiva e di quella individuale certificata. – 4. I termini di decadenza per l'impugnazione del licenziamento e per l'azione in giudizio. – 5. La penale dovuta nel regime di tutela obbligatoria. – 6. La devoluzione delle controversie ad arbitri.

1. La legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato lavoro) contiene un nucleo di disposizioni volte ad incidere anche sulla materia dei licenziamenti, la cui portata, peraltro, con ogni probabilità è destinata a non corrispondere pienamente alle intenzioni del legislatore, specie alla luce delle modifiche introdotte dopo il rinvio alle Camere del Presidente della Repubblica.

Infatti, come da più parti rilevato, le finalità principali della nuova normativa consisterebbero in un attacco da parte del governo di centrodestra alla giurisdizione statale pubblica¹ ed al principio di inderogabilità²: ciò attraverso la valorizzazione dell'autonomia delle parti collettive ed individuali nella determinazione delle condizioni di lavoro, ivi comprese di quelle di recesso, e la corrispondente riduzione sia della discrezionalità dei giudici nell'effettuazione del controllo di legalità anche a favore di forme di giustizia privata, sia delle tutele dei lavoratori, anche attraverso l'introduzione di termini brevi di decadenza per agire in giudizio³.

Tuttavia, specie in tema di licenziamenti, i timori appena esposti possono essere circoscritti, benché le valutazioni espresse sin dai primi commenti divergano

¹ Cfr., in particolare, O. Mazzotta, *La giustizia del lavoro nella visione del "collegato": la disciplina dei licenziamenti*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, p. XXVIII.

² Cfr. in particolare F. Amato, S. Mattone, *Il "collegato lavoro": ancora una legge per la riduzione dei diritti*, in F. Amato, S. Mattone (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 2011, p. 14 s.

³ Cfr. anche M. Pedrazzoli, *Licenziamenti, soggettivi e oggettivi, e sanzioni: una introduzione con le novità del "collegato lavoro"*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, 2011, p. XXXVIII s.

sensibilmente in ordine all'impatto degli artt. 30 e 32 sul quadro normativo preesistente. In ogni caso vanno affrontati separatamente i diversi profili sui quali è intervenuta la riforma: le causali ed il controllo giudiziale; le condizioni ed i termini per l'impugnazione e per l'azione; le conseguenze da riconnettere al licenziamento ingiustificato in caso di tutela obbligatoria; la proponibilità e le forme dell'eventuale giudizio arbitrale.

2. L'art. 30 contiene due delle disposizioni più controverse della legge n. 183/2010, che, riguardando l'estensione del sindacato giudiziale sull'esercizio dei poteri imprenditoriali (comma 1) e la valutazione delle motivazioni poste a base del licenziamento (comma 3), inducono ad affrontare alcune questioni di fondo dell'intera materia quali l'impatto delle novità sui presupposti giustificativi del licenziamento e sul principio dell'inderogabilità *in peius* delle norme di legge da parte dell'autonomia collettiva ed individuale.

Prendendo le mosse dal primo comma dell'art. 30, non può non essere sottolineata innanzitutto l'approssimazione del linguaggio usato dal legislatore allorché individua nelle “clausole generali” l'ambito di applicazione di quanto previsto in tema di estensione del controllo giudiziale. Non si è mancato, infatti, di rilevare che nelle fattispecie richiamate dalla norma in esame (instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso) vengono di solito in rilievo causali riconducibili all'ambito delle norme generali o aperte⁴ anziché a quello delle clausole generali, se si esclude tuttalpiù il concetto di “giusta causa” di licenziamento, peraltro più correttamente configurabile quale norma elastica.

Come puntualmente sottolineato, invero, le clausole generali sono norme incomplete, “norme di direttiva, che delegano al giudice la formazione della norma

⁴ Cfr. G. Pellacani, *Il cosiddetto “collegato lavoro” e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *RIDL*, 2010, I, p. 230. A tale categoria sono ricondotte, in particolare, le norme che consentono il licenziamento in presenza di giusta causa e di giustificato motivo: cfr. L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 9 e M.V. Ballestrero, *Perturbazioni in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *LD*, 2009, p. 4.

(concreta) di decisione vincolando ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale”⁵.

Al contrario “la norma generale è una norma completa costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva”⁶. Anch’essa lascia al giudice “un certo margine di discrezionalità ... ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità integrativa o produttiva di norme”⁷. In particolare, non rinvia a standard sociali o a regole di condotta espressione di valori⁸, ma deve fondarsi sull’esame dei parametri di riferimento attraverso i quali il legislatore ha provveduto al bilanciamento degli interessi contrapposti in gioco.

Tuttavia, se si considera che in tema di esercizio dei poteri datoriali, quando vengono in rilievo quelle “valutazioni tecniche, organizzative e produttive” di cui parla l’ultima parte del primo comma dell’art. 30, si fa riferimento di solito ad un giustificato motivo oggettivo (di licenziamento e di trasferimento, ad es.), si deve ritenere che il legislatore abbia impropriamente utilizzato il termine “clausola generale”⁹ per alludere a tutte le disposizioni connotate da elevata “generalità”¹⁰ o “genericità”¹¹, e più propriamente riconducibili tra le “norme generali”.

In secondo luogo, compiuta tale necessaria e preliminare precisazione, si tratta di verificare se l’esclusione di ogni sindacato di merito sia in grado di apportare novità significative in ordine alle soluzioni sino ad ora accolte dalla giurisprudenza, specie in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

⁵ Così L. Mengoni, *op. cit.*, p. 10. Cfr. altresì A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *RCDP*, 1984, p. 542 e P. Tullini, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990.

⁶ Così L. MENGONI, *op. cit.*, p. 19.

⁷ Così ancora L. MENGONI, *op. loc. ultt. citt.*.

⁸ Sul punto cfr. M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, p. 103 e C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, p. 40, testo e nota 33.

⁹ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *op. oc. citt.*.

¹⁰ Così M. TIRABOSCHI, *Giustizia del lavoro: la riforma nel Collegato*, in *GLav*, Suppl., 2010, p. 9. In termini analoghi cfr. G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 230.

¹¹ Così M. T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. n. 183 del 2010*, in *QL, Quaderni, Il diritto del lavoro dopo il “collegato”* a cura di O. MAZZOTTA, 2011, p. 15. Cfr. analogamente C. ZOLI, *op. ult. cit.*, p. 39 e M. PEDRAZZOLI, *op. cit.*, p. XLVII.

A tal fine è sufficiente ricordare che la giurisprudenza¹² si è da tempo assestata su un'interpretazione atta a circoscrivere il controllo sulla misura organizzativa all'effettività della stessa, ovvero al verificarsi del ridimensionamento dell'organico aziendale¹³, cui si accompagna la ripartizione o la soppressione delle mansioni in precedenza affidate al (ai) lavoratore (i)¹⁴. A ciò si aggiunge l'onere per il datore di lavoro di dimostrare l'inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni equivalenti o persino inferiori qualora quest'ultimo abbia manifestato la propria disponibilità ad accettarle¹⁵. Le ragioni della soppressione del posto, ovvero quelle situazioni di mercato e/o quelle soluzioni tecnico-organizzative (ad es., rispettivamente, calo di attività ed esternalizzazioni) che impongono o consentono al datore di lavoro di adottare tale misura, sono sindacabili al fine di verificarne l'effettività, intesa come avente natura non temporanea e reale, e la sussistenza del nesso di causalità con la scelta del lavoratore da licenziare. Ma sulla possibilità di sindacare le finalità ultime della scelta, ed in particolare il risparmio dei costi o l'incremento dei profitti, la giurisprudenza anche di legittimità è tuttora divisa, pur prevalendo l'orientamento che esclude un tale tipo di controllo sul presupposto che le indicate finalità rientrano nella sfera più intima delle prerogative imprenditoriali e che, soprattutto, sono ultronee rispetto alle ragioni tecnico-organizzative del licenziamento¹⁶.

¹² Sulla ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia sia consentito rinviare a C. Zoli, *op. cit.*, p. 44 ss. Da ultimo v. anche O. RAZZOLINI, *Cause non imputabili e ragioni organizzative nel licenziamento individuale*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 99 ss.

¹³ In effetti è pacifico in giurisprudenza come siano idonee a legittimare il licenziamento tanto le vicende tecnico-organizzative che modificano l'apparato strutturale quanto quelle che lo lasciano inalterato: cfr., fra le tante, Cass., 16 maggio 2003, n. 7717, in *RIDL*, 2003, II, p. 821, con nota di V.A. Poso; Cass., 3 luglio 2003, n. 19554, in *LG*, 2004, p. 78; Cass., 24 maggio 2007, n. 12094.

¹⁴ Cfr., per tutte, Cass., 1 febbraio 2003, n. 1527, in *RFI*, (voce) *Lavoro (rapporto)*, n. 1605; Cass., 9 agosto 2003, n. 12037, *ivi*, 2003, voce *cit.*, nn. 1581-1582; Cass. 20 ottobre 2003, n. 15674, in *OGL*, 2003, p. 961; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26563.

¹⁵ Cfr. Cass., 23 giugno 2005, n. 13468, in *OGL*, 2005, p. 647 e Cass., 28 settembre 2006, in 21035, in *GLav.*, 2007, n. 4, p. 45, che, peraltro, ha altresì sottolineato come il datore di lavoro sia tenuto a giustificare oggettivamente il recesso anche con l'impossibilità di assegnare al lavoratore mansioni non equivalenti, nel solo caso in cui quest'ultimo abbia manifestato la propria disponibilità ad accettarle.

¹⁶ La giurisprudenza è, invero, divisa in ordine alla irrilevanza o meno delle finalità perseguite, ovvero alla legittimità anche di modifiche organizzative esclusivamente finalizzate all'incremento dei profitti o al risparmio dei costi. Per la prima soluzione cfr. Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *OGL*, 2003, p. 604; Cass. 14 giugno 2005, n. 12769, in *Mass.*; Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *GLav.*, 2007, n. 27, p. 42; Cass. 17 dicembre 2007, n. 26563, *cit.*; Cass. 24 maggio 2007, n. 12094, secondo la quale "Opinare diversamente significherebbe affermare il principio, contrastante con quello sancito dal richiamato art. 41, per il quale l'organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisca un dato non modificabile se non in presenza di un andamento negativo e non anche ai fini di una più proficua configurazione dell'apparato produttivo, del quale il datore di lavoro ha il "naturale" interesse ad ottimizzare l'efficienza e la competitività". Per la soluzione contraria propendono, fra le altre, Cass. 17 maggio 2003, n. 7750, in *NGL*, 2003, p. 747; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *RIDL*, 2004, II, p. 838, con nota di Ichino; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Mass.*;

Pertanto, se un significato può avere la disposizione secondo cui il sindacato giudiziale sulle “valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro” non può estendersi al merito delle stesse, sembra si possa ritenere che esso consista nel divieto per il giudice di sindacare le ragioni che hanno prodotto le esigenze poste a fondamento della soppressione del posto, ovvero di controllare l’opportunità sociale e la razionalità tecnica delle scelte imprenditoriali, oltre che le finalità perseguite dal datore di lavoro, a meno che non ne emerga la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta. In altre parole, a ben vedere l’art. 30, comma 1 non fa altro che avallare l’orientamento prevalente in giurisprudenza, a scapito di quello minoritario in precedenza ricordato, secondo una tecnica legislativa già utilizzata in altre occasioni (ad es., art. 29, d. lgs. n. 276/2003).

Da un lato, invero, il divieto di un sindacato giudiziale di merito non dovrebbe incidere sulla configurazione del licenziamento quale *extrema ratio*, in quanto tale concezione non comporta l’onere per il datore di lavoro di perseguire un determinato fine, ma introduce un ulteriore limite esterno alla cui sussistenza è subordinato l’esercizio del potere di recedere dal rapporto di lavoro¹⁷: un limite, per di più, in qualche modo deducibile tanto dal principio di effettività delle ragioni che giustificano il licenziamento, quanto dai “principi generali dell’ordinamento”¹⁸ in conformità ai quali il controllo giudiziale è tenuto a svolgersi. D’altro lato, il riferimento a tali principi non sembra in grado di superare il suddetto divieto di controllo di merito sino a mettere in discussione le scelte imprenditoriali in quanto

infine, cfr., altresì, Cass. 28 ottobre 2009, n. 22824, in *GCMass*, 2009, p. 1506, che seppure incidentalmente (in quanto riguardante un caso di licenziamento collettivo, ritenuto non controllabile dal punto di vista dei presupposti sostanziali), dopo aver affermato che non è necessaria una “crisi aziendale piena”, chiama in causa la circostanza che l’impresa versava in “difficoltà riferibili ad un solo settore, quello produttivo”, ritenute pericolose per “l’efficienza e la competitività” dell’impresa sul mercato. In dottrina, nel primo senso si esprime M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo* ..., cit., p. 107 ss.; *contra* A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2005, p. 28 e P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*, in *RGL.*, 2006, I, p. 67 ss. e in P. ALLEVA e altri, *I licenziamenti per motivi economico-produttivi e la responsabilità d’impresa*, Roma, 2007, p. 26; A. ANDREONI, *Razionalità e proporzionalità nei licenziamenti “oggettivi”*, ivi, p. 58 ss. Per un sintetico, ma chiaro quadro giurisprudenziale sul punto cfr. G. M. MASCARELLO, *I dilemmi della giurisprudenza*, ivi, p. 113 ss.

¹⁷ *Contra*, tuttavia, cfr. G. FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 13, il quale dubita che “la figura, ..., del licenziamento come *extrema ratio*” possa sopravvivere alla riforma in virtù del fatto che l’obbligo del *repêchage* in cui la stessa si sostanzia presuppone, secondo l’A., “un analitico approfondimento di merito, non solo della causale giustificativa, ma anche delle scelte “contestuali” di gestione aziendale” in un’ottica fortemente condizionata “dall’obiettivo di preservare la continuità dei rapporti di lavoro”. Cfr. analogamente G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 234 s.

¹⁸ Richiamati espressamente anche da O. MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro*, cit., p. XXX.

tecnicamente irragionevoli, ovvero socialmente inopportune, a meno che non ne emerga, come in precedenza ricordato, la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta e fermi restando i casi in cui il legislatore abbia espressamente disposto in senso contrario (ad es., artt. 10, comma 3, l. n. 68/1999 e 42, d. lgs. n. 81/2008), imponendo al datore di lavoro l'adozione di una "decisione che comporti un sacrificio proporzionato dell'efficienza economica"¹⁹.

In definitiva, la conclusione appena esposta si impone se si vuol ritenere che alla norma debba essere attribuito qualche, pur modesto, significato, anche se a ben vedere nella sostanza non incide, come rilevato, sulla ricostruzione del concetto di giustificato motivo oggettivo²⁰.

3. "Più complessa e insidiosa"²¹ si rivela la disciplina dell'art. 30, comma 3, nella misura in cui rimette sia alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello²² sia all'autonomia individuale certificata la possibilità di tipizzare i concetti di giusta causa e di giustificato motivo.

Innanzitutto va precisato che, a dispetto delle probabili intenzioni del legislatore, la norma non distingue tra le diversi causali di licenziamento e sembra pertanto riferirsi al giustificato motivo sia soggettivo sia oggettivo²³. Pertanto, come in passato accaduto in alcuni contratti collettivi²⁴ e come sperimentato prima dell'entrata in vigore del d. lgs. n. 368/2001 in relazione alle causali del contratto a termine, nulla

¹⁹ Così L. NOGLER, in AA.VV., *Opinioni sul "collegato lavoro"*, in DLRI, 2011, p. 130.

²⁰ Tanto meno la norma incide sul licenziamento collettivo sotto il profilo della causale, alla luce dell'orientamento pressoché consolidato in giurisprudenza, benché non del tutto condivisibile (sul punto C. ZOLI, *op. cit.*, p. 31 ss.), che esclude la sindacabilità della sussistenza del presupposto giustificativo: cfr. correttamente in tal senso G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 236.

²¹ Così C. PONTERIO, *Le motivazioni poste a base del licenziamento*, in F. AMATO, S. MATTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 16.

²² Cfr. analogamente L. NOGLER, *op. cit.*, p. 132, il quale ritiene altresì che, siccome l'art. 30, comma 3, l. n. 183/2010 rinvia ai "contratti collettivi stipulati dai (n.d.r. quindi da tutti i) sindacati comparativamente più rappresentativi", il rinvio stesso non si riferisce ad accordi separati; *contra* L. DE ANGELIS, in AA.VV., *Opinioni ...*, cit., p. 136. Quest'ultima opinione appare preferibile, se si considera che l'utilizzazione di tale formula sembra far riferimento a contratti stipulati da soggetti che nel complesso siano più rappresentativi dei sindacati non firmatari. Non si può peraltro trascurare che la mancata firma di uno o più sindacati di consistente rappresentatività sottrae inevitabilmente autorevolezza al contratto che deve fungere da riferimento per il giudice. Secondo M. MISCIONE, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in LG, 2011, p. 9, la norma in esame pone un divieto per il giudice di tener conto dei contratti collettivi "pirata" o comunque firmati da sindacati non comparativamente più rappresentativi.

²³ Cfr. in tal senso L. NOGLER, *op. cit.*, p. 132 e C. PONTERIO, *op. cit.*, p. 64; *contra* L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 136 e A. VALLEBONA, *Il collegato lavoro: un bilancio tecnico*, in www.unifi.it, p. 5.

²⁴ Cfr. C. PONTERIO, *op. cit.*, p. 64, testo e nota 5, che richiama due vecchi contratti del settore energia delle aziende a partecipazione statale (art. 58, c.c.n.l. 30.7.1979 e art. 68, c.c.n.l. 1.7.1987).

vieta che la contrattazione collettiva e quella individuale certificata possano ricomprendere tra i motivi di recesso, ad esempio, “la riduzione degli ordini e delle commesse al di sotto di un certo numero oppure il calo del fatturato aziendale di una percentuale prestabilita”²⁵, così come la chiusura del cantiere cui il lavoratore è addetto.

In secondo luogo, si deve ricordare altresì che la contrattazione collettiva da tempo ha provveduto a tipizzare i concetti di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo nelle norme disciplinari ricollegando a determinate infrazioni le corrispondenti sanzioni. Al riguardo la giurisprudenza era sostanzialmente consolidata nel ritenere che le indicazioni contenute nei contratti collettivi avessero natura esemplificativa e che potessero essere sanzionate anche ulteriori condotte del lavoratore socialmente riprovevoli ed agevolmente riconducibili a violazioni dell’etica comune e delle regole del vivere civile²⁶.

Parimenti era altrettanto pacifico che il giudice non fosse vincolato ad attenersi a tali previsioni in quanto giusta causa e giustificato motivo sono concetti legali, come tali derogabili soltanto *in melius* dalla contrattazione collettiva, oltre che dall’autonomia individuale²⁷.

A fronte di un siffatto quadro giurisprudenziale è lecito chiedersi se la disposizione in esame debba considerarsi *tamquam non esset*, visto che sancisce il solo obbligo per il giudice di “tener conto” delle tipizzazioni compiute dall’autonomia privata²⁸, oppure se sia in grado di produrre un qualche impatto concreto.

In primo luogo, deve essere rilevato che la formula utilizzata dal legislatore è volutamente più tenue rispetto a quella originaria secondo cui “il giudice deve fare riferimento” a quanto previsto dall’autonomia collettiva e individuale: di

²⁵ Così C. PONTERIO, *op. cit.*, p. 64.

²⁶ Cfr., fra le tante, Cass., 9 marzo 2004, n. 4778, in *RFI*, 2004, v. *Lavoro (rapporto)*, n. 1700; Cass., 21 luglio 2004, n. 13526, in *OGL*, 2004, p. 669; Cass., 25 settembre 2004, n. 19306, *ivi*, 2004, p. 920; Cass., 9 luglio 2007, n. 15334, in *LPO*, 2007, p. 1184; Cass., 30 marzo 2010, n. 7675. Per un quadro della giurisprudenza sul punto cfr. A. NICCOLAI, *Previsioni collettive e ruolo del giudice*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino, 2008, p. 95 ss.

²⁷ Cfr., fra le tante, Cass., 4 marzo 2004, n. 4435, in *NGL*, 2004, p. 518; Cass., 14 febbraio 2005, n. 2906, in *LG*, 2005, p. 1133; Cass., 29 settembre 2005, n. 19053, in *OGL*, 2005, p. 918, Cass., 10 agosto 2006, n. 18144, in *RIDL*, 2007, II, p. 462, con note di R. Muggia e di G. Cannati; Cass., 20 marzo 2008, n. 7600.

²⁸ Cfr. analogamente G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 245.

conseguenza questi, come prima, continua a non essere vincolato alle suddette previsioni.

Tuttavia, il rinvio espresso al potere qualificatorio della contrattazione collettiva e individuale impone al giudice di confrontarsi con le scelte di quest'ultima e di esporre le ragioni per le quali eventualmente ritenga di distaccarsene²⁹, sino al punto che l'omessa o contraddittoria motivazione costituisce motivo di ricorso in cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c. Il tutto fermo restando che la tipizzazione non comporta comunque mai, con riguardo al licenziamento disciplinare, l'automaticità della sanzione, in quanto in ogni caso il giudizio sulla gravità della condotta richiede un esame dei fattori soggettivi ed oggettivi in cui la stessa si colloca: ciò anche nelle situazioni sempre più numerose quantitativamente in cui è addirittura il legislatore a qualificare determinati comportamenti in termini di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo di licenziamento (ad es., art. 55-*quater*, d. lgs. n. 165/2001).

In definitiva sembra di poter rilevare che, da un lato, il potere di tipizzazione conferito all'autonomia collettiva ed individuale certificata non incide sulle nozioni legali richiamate e quindi sui presupposti giustificativi del licenziamento, né di conseguenza sul principio dell'inderogabilità *in peius* che caratterizza di solito le norme di legge.

D'altro lato, tuttavia, la qualificazione operata dall'autonomia privata nelle forme e con i modi indicati dall'art. 30, comma 3, l. n. 183/2010 impone al giudice di confrontarsi con essa, di adottare una motivazione esaustiva ed in tal senso non può risultare priva di qualunque rilevanza. In particolare il contesto in cui sia raggiunto l'accordo tra datore e prestatore di lavoro, ovvero le reali condizioni di forza delle due parti, al di là del fatto che la stipulazione del contratto sia avvenuta innanzi ad una commissione di certificazione, dovrebbe indurre il giudice a valorizzare la volontà negoziale e rendere più difficile discostarsene (ad es., nel caso in cui sia prevista una clausola di rendimento minimo). In tale contesto si può ritenere che le stesse scelte dell'autonomia individuale certificata potrebbero persino prevalere su

²⁹ Cfr. A. VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: la legge n. del 2010*, in www.adapt.it, 1 aprile 2010, p. 4; O. MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro ...*, cit., p. XXIX e G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 243 s., i quali ritengono che il legislatore abbia inteso recepire e formalizzare a livello normativo il ricordato indirizzo giurisprudenziale.

quelle dell'autonomia collettiva³⁰, specie laddove emergano peculiari esigenze inerenti quel particolare rapporto di lavoro che impongano di discostarsi dalle tipizzazioni operate in via generale dai contratti collettivi.

4. Se l'art. 30 cerca in qualche modo di contenere la portata dell'intervento giudiziale restringendone i poteri interpretativi e di controllo³¹, l'art. 32, l. n. 183/2010 persegue l'obiettivo di costringere il lavoratore ad accelerare l'azione in giudizio per far valere i propri diritti in una serie importante di casi, tra cui proprio il licenziamento.

Se l'obiettivo era quello di ridurre l'entità del risarcimento dei danni che possono gravare sul datore di lavoro con riguardo al periodo intercorrente tra il licenziamento stesso e la reintegra³², di importo talora assai consistente anche a causa dell'inerzia del lavoratore sul quale incombeva soltanto il termine di prescrizione quinquennale, per di più nell'unica ipotesi del licenziamento ingiustificato, il risultato è quello di abbassare i livelli di protezione di quest'ultimo³³ o quanto meno di rendergli più difficile l'esercizio dei diritti.

L'innovazione, in effetti, consente di recuperare “un *gap* vistoso rispetto agli ordinamenti vicini accomunati dal fatto di prevedere sistemi più o meno articolati di decadenze, soprattutto in caso di licenziamento, ma non solo”³⁴. Tuttavia, mostra tutti i propri limiti se si considera che non incide minimamente sul processo³⁵ e sulla sua durata³⁶, diversamente da quanto si andava da tempo prospettando anche attraverso la

³⁰ Cfr. E. GHERA, L. VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *MGL*, 2010, p. 867 ritengono addirittura che la norma in esame consenta alla contrattazione individuale certificata di derogare *in peius* quanto previsto dai contratti collettivi.

³¹ Cfr. L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 133.

³² Cfr. G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 256 s.; G. IANNIRUBERTO, *Il nuovo regime delle decadenze nell'impugnazione degli atti datoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 221 s.

³³ Cfr. O. MAZZOTTA, *Note introduttive*, in *QL, Quaderni, Il diritto del lavoro dopo il “collegato”* a cura di O. MAZZOTTA, cit., p. 7.

³⁴ Così S. BRUN, *Licenziamento privo di giustificazione e tutela reale: la controversa natura del giudizio di “impugnazione”*, in *Corr. Giur.*, 2011, n. 6, p. 7, che esprime un giudizio positivo sulla novità, al di là delle numerose ombre delle soluzioni in concreto adottate. Per un giudizio positivo cfr. anche G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 256 e L. MENGHINI, *Il regime delle impugnazioni*, in *RGL*, 2011, I, 129 s., il quale giudica addirittura “troppo lungo” il lasso temporale complessivamente concesso al lavoratore per agire in giudizio.

³⁵ Cfr. A. PICCININI, C. PONTERIO, *La controriforma del lavoro*, in *www.cigl.it*, p. 15. Al riguardo, si è altresì sottolineato che innanzi a processi che continueranno ad avere durate considerevoli il sacrificio imposto al lavoratore, costringendolo ad agire in giudizio in tempi brevi, sarà inutile: cfr. D. Borghesi, *Le nuove frontiere dell'arbitrato del lavoro secondo il disegno di legge n 1441 quater, LD*, 2009, p. 15.

³⁶ Va anzi sottolineato che la durata dei processi rischia di aumentare con l'aumento del numero dei ricorsi, presentati in

proposta presentata dalla commissione Foglia. Nella stessa logica, di scarso respiro, sembra porsi la soppressione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, che pure qualche non trascurabile risultato aveva sortito in numerose sedi in termini di deflazione del contenzioso giudiziale.

L'art. 32, al primo comma, novella i commi 1 e 2 dell'art. 6, l. n. 604/1966 introducendo un doppio termine di decadenza, mentre al secondo comma estende tale previsione "a tutti i casi di invalidità del licenziamento".

Con riguardo alla disciplina del primo termine di decadenza viene riproposta la soluzione precedente, se si esclude il suo ambito di applicazione. In altre parole, come in passato, il lavoratore è tenuto ad impugnare il licenziamento entro 60 giorni "dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale". Pertanto tale termine di decadenza non opera nei soli casi del licenziamento orale e della mancata comunicazione dei motivi, ove richiesti e non dati tempestivamente ai sensi dell'art. 2, l. n. 604/1966. Inoltre l'impugnazione può essere effettuata semplicemente "con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso". Ed al riguardo non possono non trovare conferma le interpretazioni consolidate sino ad ora in giurisprudenza, a partire da quella che si

giudizio al fine principale (se non esclusivo) di evitare la decadenza. Al riguardo, sembra pesare la circostanza relativa al mancato inserimento, accanto al (doppio) termine di ricorso, di meccanismi in grado di agire "al ribasso" sulla propensione ad andare in giudizio. In effetti, in assenza di tali accorgimenti è forte il rischio che l'imposizione di tali termini induca, paradossalmente, i lavoratori a depositare ricorsi in massa, anche quando essi non sono davvero convinti dell'opportunità di ricorrere alla tutela giurisdizionale. Al riguardo occorre infatti considerare che il lavoratore il quale si trovi a dover decidere se ricorrere o meno in giudizio non è assolutamente confortato nella sua decisione da alcun meccanismo che gli consenta di avere qualche parametro per giudicare della legittimità della condotta datoriale o, quanto meno, di avere un'informazione trasparente e precisa sulle motivazioni che l'hanno determinata (attraverso un obbligo di consultazione delle rappresentanze sindacali in azienda o di un colloquio individuale entrambi preventivi all'intimazione del licenziamento, come avviene, rispettivamente, in Germania e in Francia). Ancora, sono estranei all'ordinamento italiano sistemi di monetizzazione volti ad incentivare il lavoratore a rinunciare al ricorso per contestare la legittimità del licenziamento per motivi economici come accade in Spagna (cfr. l'art. 53, dell'*Estatuto de los Trabajadores*; legge n. 8 del 1980 e successive modificazioni) e in Germania (cfr. il § 1 a della *Legge di protezione contro i licenziamenti*). In entrambi i casi si prevede l'obbligo per il datore di lavoro di offrire al lavoratore un'indennità, fissata dalla legge, che verrà corrisposta a quest'ultimo quando sarà decorso il termine di decadenza senza che egli abbia presentato ricorso in giudizio; tale possibilità di scelta deve essere indicata nella lettera con la quale si intima il licenziamento. Su tali aspetti cfr. S. BRUN, *op. cit.*, p. 9 s.

limita a chiedere l'invio della lettera raccomandata entro il termine di decadenza previsto³⁷.

La prima novità significativa è costituita dall'introduzione di un secondo termine di decadenza di 270 giorni, entro il quale deve seguire – a pena di inefficacia dell'impugnazione effettuata nei 60 giorni – “il deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro” o la “comunicazione alla controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o arbitrato”.

Il primo problema da affrontare concerne il *dies a quo* di decorrenza di tale termine. In linea teorica si potrebbe ipotizzare una lettura restrittiva che fa decorrere anch'esso dal licenziamento oppure una soluzione più estensiva atta a consentirne il computo dalla scadenza del primo termine di 60 giorni, indipendentemente da quando sia stata inviata la lettera di impugnazione³⁸. Peraltro appare assai più convincente l'interpretazione che configura anche quello di 270 giorni quale termine mobile destinato a decorrere dall'invio della lettera di impugnazione del licenziamento: al di là della sua maggiore ragionevolezza³⁹, la stessa lettera della legge sembra muovere in tale direzione considerato che il 2° comma dell'art. 2, l. n. 604/1966 novellato fa riferimento, da un lato, all'impugnazione e non al licenziamento e, dall'altro, all'atto di impugnazione più che al termine entro cui quest'ultima può essere effettuata.

Altre questioni sono sollevate dalla seconda parte del 2° comma dell'art. 32, n. 1, con riguardo all'ipotesi in cui il lavoratore comunichi alla controparte la “richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato”. In particolare, sorge il dubbio se la suddetta richiesta sia riferita a qualsiasi tipo di procedura conciliativa, oppure soltanto a quella disciplinata dal nuovo testo dell'art. 410 c.p.c. Se si considera che l'art. 32, comma 1 non adotta alcuna soluzione limitativa, si deve ritenere che ad impedire la decadenza sia sufficiente l'attivazione di un qualunque procedimento regolato da fonte legale o

³⁷ Cfr. Cass, sez. un., 4 settembre 2008, n. 22287, in *RIDL*, 2009, II, p. 412, con nota di M. GARATTONI, *La Corte di Cassazione estende anche all'impugnazione stragiudiziale del licenziamento i principi della notifica di atti giudiziari*; Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in *DRI*, 2011, p. 494, con nota di V. NUZZO, *Sul termine per l'impugnazione del licenziamento: la decisione delle Sezioni Unite, le reazioni, il collegato lavoro*.

³⁸ Per quest'ultima soluzione propende C.A. NICOLINI, *L'impugnazione giudiziale dei licenziamenti*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *op. cit.*, p. 242 s.

³⁹ Cfr. F. SCARPELLI, *Il nuovo regime delle decadenze*, in *QL*, *Quaderni, Il diritto del lavoro dopo il “collegato”* a cura di O. MAZZOTTA, cit., p. 41; G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 252.

contrattuale⁴⁰, dovendosi escludere soltanto eventuali tentativi informali compiuti tramite un sindacato o un avvocato.

Problemi di più difficile soluzione pone il 3° comma dell'art. 32, n. 1, che prevede il decorso di un ulteriore termine di decadenza di 60 giorni per il deposito del ricorso “qualora la conciliazione o l'arbitrato siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento”.

Con riguardo alla procedura di cui all'art. 410 c.p.c., si può ritenere senza eccessivi dubbi che la data da cui decorre l'indicato ultimo termine per proporre l'azione in giudizio coincida con la comunicazione espressa del rifiuto o con la scadenza del termine di 20 giorni dal ricevimento della richiesta (termine entro cui il datore di lavoro può accettare la procedura depositando una memoria).

Al contrario, nel caso di procedure conciliative diverse, se il datore di lavoro non formalizza il proprio rifiuto, non è facile comprendere quando il tentativo possa dirsi rifiutato e quindi da quando decorra il termine di decadenza in questione. In tale ipotesi appare condivisibile la tesi di chi ritiene che non decorra alcun termine di decadenza, trattandosi di una disciplina eccezionale⁴¹ destinata a non tollerare un'interpretazione estensiva o analogica.

Infine, è controversa altresì la soluzione da accogliere nel caso in cui il datore di lavoro aderisca alla richiesta di procedura di conciliazione, ma il tentativo fallisca: una fattispecie non contemplata dalla norma in esame. Se non si è mancato di ritenere che la conclusione della procedura possa essere assimilata al mancato raggiungimento dell'accordo per il relativo espletamento⁴², la menzionata natura eccezionale delle regole in tema di termini di decadenza induce ancora una volta a propendere per la tesi restrittiva di chi ritiene che non possa nella specie operare alcun termine di tale natura⁴³.

Le stesse considerazioni possono essere dedicate al caso in cui venga richiesto l'arbitrato sulla base di discipline diverse da quella di cui al nuovo art. 412-quater,

⁴⁰ Cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 42.

⁴¹ Cfr. ancora F. SCARPELLI, *op. loc. ultt. citt.*.

⁴² Cfr. M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in MGL, 2010, p. 880 e G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 253 s.

⁴³ Cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 43 s.; nello stesso senso, C. A. NICOLINI, *op. cit.*, p. 248.

terzo comma, c.p.c., l'unica cui sembra fare riferimento l'art. 32, n. 1, l. n. 183/2010: nel caso in cui non sia possibile individuare il momento in cui il datore di lavoro abbia rifiutato di aderire alla procedura arbitrale, ancora una volta il terzo termine di decadenza non potrà decorrere⁴⁴.

La seconda significativa novità della riforma consiste nella dichiarata vocazione omnicomprensiva della normativa, ovvero nella sua estensione “a tutti i casi di invalidità del licenziamento” (art. 32, comma 2), a prescindere dalla causale e dagli eventuali vizi dello stesso.

L'unica condizione per l'applicabilità dei termini di decadenza appena illustrati è, come parimenti anticipato, che il licenziamento ed i relativi motivi, se richiesti, siano comunicati per iscritto. Di conseguenza, alla luce dell'art. 32, n. 1, con riguardo alla tradizionale tripartizione dei vizi del licenziamento individuale – nullità, annullabilità ed inefficacia – sembra di poter affermare che la disposizione dell'art. 32, n. 2 si applica alla nullità ed all'annullabilità, non già all'inefficacia, in base ad una lettura testuale e sistematica delle norme⁴⁵, oltre che al più corretto utilizzo delle categorie generali.

Se nel campo di applicazione dell'art. 32 sembrano rientrare anche i licenziamenti collettivi⁴⁶, è dubbio se sia stato implicitamente abrogato l'art. 5, comma 3, l. n. 223/1991, che prevede un sistema di impugnazione stragiudiziale senza vincoli ulteriori per tale tipo di licenziamento⁴⁷. Se si considera che quella norma, quando venne emanata, sostanzialmente riproduceva l'art. 2, l. n. 604/1966 e che l'art. 32, n. 2, l. n. 183/2010 si pone quale principio di generale applicabilità, sembra di poter propendere per un'interpretazione dell'art. 5, l. n. 223/1991 che tenga conto della riforma del 2010 nella parte in cui fa riferimento ai termini di impugnazione. Di conseguenza tale norma deve esser considerata ancora vigente nella parte in cui qualifica i vizi della procedura e dispone il regime di tutela applicabile (l'art. 18, l. n.

⁴⁴ Cfr. F. SCARPELLI, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵ Cfr. P. ALBI, *Impugnazioni e decadenze. Del licenziamento e delle fattispecie “assimilate”*, in *QL, Quaderni, Il diritto del lavoro dopo il “collegato”* a cura di O. MAZZOTTA, cit., p. 61.

⁴⁶ La soluzione contraria, d'altro canto, avrebbe l'effetto di introdurre un'ulteriore ed ingiustificata differenza di disciplina tra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali, pur sempre accomunati dal fatto di appartenere al medesimo *genus* (quello dei recessi da parte dell'impresa supportati da motivazioni tecnico-organizzative): sul punto cfr. S. BRUN, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁷ Cfr. P. ALBI, *op. cit.*, p. 63.

300/1970). Si può quindi concludere che i termini di decadenza non operano tanto nel caso di inefficacia per mancanza di forma scritta del licenziamento, quanto nell'ipotesi di mancata comunicazione agli enti di cui all'art. 4, comma 9, l. n. 223/1991 dell'elenco dei lavoratori collocati in mobilità e delle altre circostanze richieste, ipotesi per la quale è parimenti prevista l'inefficacia del recesso.

Al contrario, nessun dubbio deve permanere con riguardo all'applicabilità del doppio (o persino triplo) termine di decadenza a tutte le fattispecie di licenziamento nullo, oltre che annullabile: per giusta causa e giustificato motivo soggettivo (quindi disciplinare), per giustificato motivo oggettivo, per superamento del periodo di comportamento, per ragioni discriminatorie o ritorsive, a causa di matrimonio, nel caso di maternità o di congedo di paternità, per mancato superamento della prova, per violazione di altre disposizioni.

Alla stessa conclusione deve pervenirsi anche nell'area della libera recedibilità, nella misura in cui vengano evidenziati eventuali vizi connessi alla discriminatorietà del licenziamento o ad eventuali altre violazioni di norme di legge.

Lo stesso dicasi per i dirigenti privati⁴⁸, mentre per quelli che operano alla dipendenze della P.A. il problema non si pone, dato che la giurisprudenza ritiene direttamente applicabile la stessa disciplina vigente per gli altri lavoratori subordinati⁴⁹. Infatti, se, da un lato, la richiesta di una giustificazione è opera della contrattazione collettiva, il legislatore ha comunque previsto anche per il licenziamento dei dirigenti l'obbligo della comunicazione scritta ed ha espressamente esteso ad essi l'applicazione dell'art. 2, l. n. 604/1966, come disposto dal 4° comma di tale norma; inoltre l'art. 3, l. n. 108/1990 applica anche ai dirigenti l'art. 18, l. n. 300/1970 nel caso di recesso per ragioni discriminatorie.

Dovrebbe, invece, rimanere escluso il caso del licenziamento adottato dall'interposto in caso di somministrazione irregolare, in quanto giuridicamente

⁴⁸ *Contra* invece G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 260.

⁴⁹ Cfr. Cass., 1 febbraio 2007, n. 2253, in *LPA*, 2007, p. 515 e Cass., sez. un., 1 dicembre 2009, n. 25254, *ivi*, 2009, p. 1085.

inesistente “e dunque assolutamente inidoneo a produrre il suo normale effetto estintivo”⁵⁰.

L’art. 32, comma 3, infine, estende l’art. 6, l. n. 604/1966 “ai licenziamenti che presuppongono la risoluzione di questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro ovvero alla legittimità del termine apposto al contratto”. In entrambi i casi si fa riferimento ad una comunicazione scritta con riguardo alla quale il lavoratore è tenuto a presentare l’impugnazione stragiudiziale e ad agire in giudizio nei termini di decadenza previsti. Si tratta evidentemente di una comunicazione non formulata quale licenziamento in quanto il rapporto dal quale il datore di lavoro intende recedere non ha natura subordinata o è destinato a cessare per la scadenza del termine apposto al contratto. Tale comunicazione può consistere in un recesso dal rapporto di lavoro autonomo o in un licenziamento *ante tempus* da un contratto a termine, ma potrebbe consistere anche in un qualsiasi atto unilaterale con cui semplicemente si comunichi l’imminente o intervenuta cessazione del rapporto; fermo restando che, nel caso del contratto a tempo determinato, l’art. 32, n. 3, lett. d) prevede comunque che dalla scadenza del termine decorrano i 60 giorni per esercitare l’azione diretta a far valere la nullità del termine stesso.

Da ultimo qualche osservazione va dedicata alla fase transitoria. Innanzitutto, quanto all’entrata in vigore della nuova disciplina, si è posto il dubbio se essa si applichi o meno ai licenziamenti intimati prima dell’entrata in vigore della legge n. 183/2010, ovvero prima del 24 novembre 2010, in caso affermativo con decorso del termine di decadenza da tale data. Se si considera che la norma regolamenta appunto i termini di decadenza dell’atto di impugnazione, il principio *tempus regit actum* non ne preclude l’applicazione ai licenziamenti già intimati e che debbano essere ancora impugnati in via stragiudiziale o in giudizio.

Perplessità ancora maggiori suscita l’art. 1, comma 54, l. n. 10/2011, di conversione del c.d. decreto mille proroghe (d. l. n. 225/2010), che ha aggiunto all’art. 32 un comma 1-bis dal seguente tenore: “In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all’art. 6, primo comma della legge 15 luglio 1966, n. 604, come

⁵⁰ Così giustamente G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 258.

modificato dal comma 1 del presente articolo, relativa al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011".

L'interpretazione letterale di tale norma induce e ritenere che per i licenziamenti entrambi i termini di decadenza siano destinati ad operare soltanto a partire dal 1° gennaio 2012, mentre a diversa soluzione si dovrebbe pervenire negli altri casi (quelli di cui all'art. 32, nn. 3 e 4, l. n. 183/2010) nei quali l'art. 6, l. n. 604/1966 riceve applicazione.

La soluzione appare del tutto contraddittoria ed irragionevole perché finisce per sottoporre il lavoratore all'onere più gravoso proprio nelle situazioni in cui in precedenza non operava alcun termine di decadenza, mentre per i licenziamenti sembra sospendere l'operatività persino del termine iniziale di 60 giorni, che era previsto dal testo originario dell'art. 6, l. n. 604/1966. A diversa conclusione, del resto, sembra difficile pervenire se si considera che l'art. 32, n. 1, l. n. 183/2010 ha sostituito, abrogandoli, i commi 1 e 2, l. n. 604/1966, che l'art. 1, comma 54, l. n. 10/2011 non sembra aver posto di nuovo, seppur temporaneamente, in vigore. Evidenti esigenze di certezza del diritto impongono, pertanto, un ulteriore intervento del legislatore che quanto meno fornisca l'interpretazione autentica della normativa applicabile nella fase transitoria.

5. Il c.d. Collegato lavoro è intervenuto altresì sul risarcimento del danno dovuto dal datore in luogo della riassunzione.

Ancora una volta il legislatore non ha brillato quanto a chiarezza nell'individuare i parametri di cui il giudice è chiamato a tener conto nella determinazione del risarcimento spettante al lavoratore illegittimamente licenziato al quale trovi applicazione la sola tutela c.d. obbligatoria. Infatti l'art. 30, comma 3, seconda parte, l. n. 183/2010 ha indicato due tipi "di elementi e di parametri": quelli fissati dai contratti collettivi e dagli accordi individuali certificati, nonché quelli che esso ha previsto direttamente, quali "le dimensioni e le condizioni dell'attività esercitata dal datore di lavoro, la situazione del mercato del lavoro locale, l'anzianità e le

condizioni del lavoratore, nonché il comportamento delle parti anche prima del licenziamento”.

Da un lato, dunque, ha attribuito all'autonomia privata una funzione regolatrice in tema di penale risarcitoria, che si aggiunge a quella qualificatoria in ordine alle causali del licenziamento, senza che sia chiaro se ai criteri di genesi contrattuale sia attribuito lo stesso peso conferito a quelli di legge (a meno che all'avverbio “egualmente” non sia dato proprio tale significato)⁵¹.

D'altro lato, ha previsto parametri in parte coincidenti con quelli di cui all'art. 8, l. n. 604/1966 (il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, l'anzianità di servizio, le condizioni ed il comportamento del lavoratore), in parte innovativi ed ulteriori (le condizioni dell'attività esercitata, la situazione del mercato del lavoro locale), che hanno indotto i primi commentatori a dissentire in ordine all'intervenuta abrogazione implicita *in parte qua* della vecchia norma. In termini di stretto diritto sembra preferibile ritenere che la nuova disposizione integri quella precedente alla luce della sua formulazione, che richiama espressamente il predetto art. 8⁵². In ogni caso, in concreto, le conseguenze di una diversa interpretazione sarebbero pressoché insignificanti, se si considera che i criteri di cui all'art. 30, comma 3 riprendono tutti quelli contenuti nell'art. 8, l. n. 604/1966 con due sole lievi sfumature che non ne modificano la portata complessiva: il parametro del comportamento del lavoratore è ora specificato come la condotta tenuta prima del licenziamento, mentre le condizioni del datore di lavoro sono ora riconducibili alle condizioni dell'attività dallo stesso esercitata⁵³. Gli stessi criteri sembrano, come nel meccanismo precedente, applicabili anche qualora, in relazione all'anzianità di servizio, la penale risarcitoria possa essere aumentata⁵⁴. Nulla dispone, infatti, la

⁵¹ Secondo G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 247, in caso di contrasto tra i parametri di legge e quelli previsti dalla contrattazione collettiva o individuale sono destinati a prevalere i primi, considerato che alle parti “dovrebbe essere consentito specificare i criteri previsti dalla legge, ma non sovvertirli, ed anche introdurne di nuovi, purché coerenti rispetto ai primi e non esclusivi o alternativi ad essi”.

⁵² Cfr. in tal senso L. NOGLER, *op. cit.*, p. 133 e M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti ...*, cit., p. 28; *contra* L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 137 e G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 248.

⁵³ Cfr. L. DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 137.

⁵⁴ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *Perturbazioni in arrivo ...*, cit., p. 10, secondo cui i nuovi criteri riguardano anche le mensilità da 6 a 10 e da 10 a 14, “consentendo così al giudice di non operare la maggiorazione, quando la ragguardevole anzianità di servizio del lavoratore licenziato e la dimensione non piccola dell'impresa siano “controbilanciate” da condizioni economiche non floride dell'impresa medesima o del mercato locale”.

norma in senso contrario, così come non incide sul necessario rispetto dei minimi sanciti dall'art. 8, l. n. 604/1966⁵⁵.

In definitiva, la montagna ha partorito un topolino dalla fisionomia tutt'altro che chiara. Per determinare l'indennità alternativa alla riassunzione in un *range* di solito piuttosto contenuto (da 2,5 a 6 mensilità), sono stati introdotti e per di più richiamati più volte una pluralità di parametri di fonte diversa e dal significato tutt'altro che univoco: inevitabilmente proprio quei giudici, i cui poteri interpretativi e di controllo il legislatore col Collegato lavoro ha inteso circoscrivere, non potranno che godere della più ampia discrezionalità.

6. L'attacco alla magistratura e l'abbassamento delle tutele dei lavoratori subordinati sono stati intravisti anche, se non soprattutto, nel forte rilancio che il legislatore ha tentato di compiere delle c.d. forme di giustizia privata. Ma, come ben noto, proprio con riguardo all'ammissibilità dell'arbitrato in materia di licenziamento si è concentrata buona parte dei rilievi critici del Presidente della Repubblica, cosicché la legge n. 183/2010 ha escluso espressamente che la clausola compromissoria possa "riguardare controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro" (art. 31, comma 10).

Di conseguenza l'esperibilità dell'arbitrato⁵⁶ in tale tipo di controversie è affidata all'eventuale compromesso sottoscritto tra datore e (ormai *ex*) prestatore di lavoro, quando la situazione di *metus* del secondo nei confronti del primo è inevitabilmente venuta meno.

Proprio le mutate condizioni delle parti consentono alle stesse, ed in particolare al lavoratore, di scegliere una soluzione più celere di quella giudiziale, al di fuori dei procedimenti in via d'urgenza di cui agli artt. 700 c.p.c. e 28, l. n. 300/1970. E tale opzione può essere compiuta ben al di là di quanto previsto dagli artt. 412-*ter* e 412-*quater* c.p.c. con riguardo alla clausola compromissoria per le controversie non

⁵⁵ Cfr. ancora L. DE ANGELIS, *op. loc. ultt. citt.*

⁵⁶ In realtà è meglio parlare di pluralità di arbitrati: sul punto cfr., tra gli altri, L. DE ANGELIS, *Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato irrituale lungo un accidentato percorso di certezza dei rapporti e deflazione giudiziaria*, in DRI, 2011 p. 415; R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Corriere giuridico*, 2011, n. 2, p. 274 ss.

attinenti alla risoluzione dei contratti di lavoro, ovvero a prescindere dalle necessarie disposizioni dei contratti collettivi e dalla certificazione dell'accordo concluso tra le parti.

L'intervenuta libertà (da condizionamenti) del prestatore, oltre che del datore, di lavoro consente agli stessi di optare del tutto liberamente per un arbitrato irrituale con limitata impugnabilità del lodo ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c. (art. 412, comma 4, c.p.c.), senza che sia prospettabile alcun problema di costituzionalità.

Lo stesso dicasi per la scelta delle parti di decidere la controversia "secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari" (art. 412, comma 2 e 412-*quater*, comma 3, c.p.c.).

Tale soluzione con ogni probabilità troverà scarsa applicazione per la tradizionale diffidenza delle organizzazioni sindacali nei confronti di una giustizia extra-statuale. Tuttavia, specie nell'ambito di applicazione della c.d. tutela obbligatoria, non si vede perché la lunghezza del processo e l'entità circoscritta dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 8, l. n. 604/1966 non possano orientare la scelta del lavoratore a favore dell'arbitrato: il tutto senza trascurare che il collegio chiamato a valutare secondo equità, al di là dei profili di incertezza allo stato numerosi⁵⁷, sarebbe comunque vincolato a rispettare quanto meno il principio della necessaria giustificatazza del licenziamento (desumibile tanto dai "principi regolatori della materia", quanto dai "principi derivanti dagli obblighi comunitari") e potrebbe determinare il risarcimento dovuto (l'unico tipo di tutela deducibile dagli obblighi

⁵⁷ In particolare, tra l'altro, sono controverse la natura integrativa (L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, p. 420 s.; G. PELLACANI, *op. cit.*, p. 221; V. SPEZIALE, *I limiti alla giustiziabilità dei diritti nella riforma del lavoro*, in *RGL*, 2011, I, p. 59) oppure sostitutiva o formativa (così R. DEL PUNTA, in *AA.VV.*, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, in *DLRI*, 2011, p. 138) dell'equità, così come l'individuazione dei "principi generali dell'ordinamento", per alcuni deducibili da tutte le norme inderogabili di legge e persino dei contratti collettivi, quando delegate dalle prime (così L. DE ANGELIS, *op. ult. cit.*, p. 422 s.; *contra* R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 143 ss.). Un fattore di ulteriore e rilevante incertezza riguarda il vincolo imposto al giudizio equitativo, e già ricordato nel testo, relativo al rispetto "dei principi regolatori della materia"; al riguardo sembra sicuro che gli stessi vadano ravvisati, rispetto ai più "vaghi" principi generali dell'ordinamento, nelle linee essenziali caratterizzanti la disciplina della materia", mentre sarebbe possibile intervenire, modificandoli, solo sugli "elementi di dettaglio della fattispecie normativa": cfr., sul punto, V. SPEZIALE, *op. cit.*, p. 56 s., che prende spunto, al riguardo, dalle definizioni rese dalla giurisprudenza della Suprema Corte e della Consulta in materia di giudizio equitativo del giudice di pace, anch'esso sottoposto al rispetto dei principi regolatori della materia.

comunitari⁵⁸) anche in un importo superiore a quello di legge, qualora emergesse non già la natura discriminatoria, bensì la (sola) pretestuosità dell'intimato licenziamento. Ad analoghe considerazioni si potrebbe pervenire persino nell'ambito della c.d. tutela reale allorquando il lavoratore non sia interessato alla reintegra e, soprattutto, quando venga in rilievo un licenziamento per ragioni organizzative, laddove la soppressione del posto di lavoro sia effettiva ed il recesso presenti buone probabilità di essere considerato giustificato: una situazione nella quale il giudizio equitativo potrebbe, comunque, indurre a riconoscere a favore del lavoratore una qualche tutela risarcitoria.

⁵⁸ Anche secondo R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 143 s., l'art. 18, l. n. 300/1970, a differenza del principio di giustificazione, non può essere considerato espressione di un diritto fondamentale, ma in un giudizio secondo equità il collegio potrebbe disporre la reintegra del dipendente nell'area della tutela obbligatoria, così come non disporla nell'area della tutela reale. *Contra*, tuttavia, V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel "collegato lavoro"*, in *DLM*, 2010, p. 160, secondo cui nell'ambito di applicazione della tutela reale non potrà escludersi l'applicazione dell'art. 18, in quanto previsione ritenuta, alla stregua dei "principi regolatori della materia", un tratto essenziale, e quindi non modificabile, della disciplina positiva (cfr. nota precedente); attraverso il giudizio equitativo, invece, resterà possibile determinare il risarcimento tenendo conto delle "caratteristiche specifiche del caso concreto". Da ultimo lo stesso A. (in *I limiti alla giustiziabilità dei diritti*, cit. p. 58, nota 109) ammette, con una conclusione coerente con le premesse dallo stesso poste, che, per gli stessi motivi, gli arbitri non potranno disporre la reintegra del lavoratore nell'ambito di applicazione della tutela obbligatoria: al riguardo, infatti, pesa la circostanza che un elemento essenziale dell'art. 8, l. n. 604 del 1966 è l'impossibilità di operare "qualsiasi effetto ricostitutivo del vincolo contrattuale".