

STEFANO BRUSATI

Presidente della Sezione Lavoro della Corte d'Appello di Bologna

Quando all' inizio degli anni '80 dello scorso secolo (per non dire millennio) ho cominciato ad avvicinarmi (come praticante avvocato in uno studio civilistico in attesa dell'esito del concorso in Magistratura) al mondo della legge, il Presidente Michele De Luca era, a Parma, *Il Pretore del Lavoro*.

Scrivo tutto in maiuscolo perché già allora era opinione unanime che si trattava di uno dei piu' preparati e brillanti Magistrati del Lavoro in campo nazionale.

Ma su questo non voglio soffermarmi perché i provvedimenti e gli scritti del Presidente De Luca e tutto il suo successivo cursus honorum parlano da soli e molto meglio di quanto possa fare il sottoscritto.

Voglio solo evocare un semplice ricordo.

Ed il mio ricordo è dato dalla - diciamo- sorpresa che ho provato quando ho cominciato a frequentare le aule civili.

La sorpresa nasceva dalle modalità di svolgimento di tali udienze e, quindi, di trattazione dei singoli procedimenti.

Il tutto avveniva, in maniera generalizzata, in una comune e concitata pubblica udienza, con una pluralità di Avvocati in coda, piu' o meno ordinata, davanti alla scrivania di un Magistrato che, sostanzialmente, si limitava ad indicare le date dei rinvii (tralascio ogni anche piccola esemplificazione sulle ragioni di tali rinvii, così come tralascio i ricordi circa le modalità di assunzione delle prove) o tratteneva la causa in riserva o in decisione.

Tutto questo non avveniva affatto nelle udienze di lavoro davanti al Pretore del Lavoro Michele De Luca.

Certamente le norme del processo del lavoro erano ben diverse da quelle del processo civile. Ma non si tratta solo di questo.

Le norme (come le idee) camminano sulle gambe delle persone.

E la trattazione e decisione delle controversie da parte dell'allora Pretore Michele De Luca era frutto di una idea precisa e forte di modello di Magistrato, con conseguente prassi applicativa, in anni in cui nemmeno si parlava di *buone pratiche organizzative*.

Ed era l'idea che il ruolo del Magistrato nel processo non si caratterizza e si qualifica solo (per non dire unicamente) con la, pur giusta ed argomentata, decisione finale della causa.

Tale momento - ovviamente fondamentale, se necessario- deve rappresentare solo l'epilogo finale di una trattazione attiva e fattiva del

procedimento fin dal momento del deposito degli atti, con una conoscenza approfondita degli stessi, una interlocuzione altrettanto attiva e fattiva in udienza con le Difese e le Parti, volta prima di tutto alla piu' completa ricostruzione dei fatti oggetto di causa, con lo svolgimento di attività istruttoria nei casi in cui sia veramente necessaria e per fatti realmente oggetto di contestazione (anche se il c.d. principio di non contestazione non era ancora apparso sulla scena giuridica), nel rispetto del fondamentale principio del contraddittorio, il tutto finalizzato ad una risoluzione, anche conciliativa, della controversia in grado di coniugare al meglio due esigenze fondamentali, e non facilmente conciliabili, quali quelle della " *qualità*" (intesa in senso ampio) e " *rapidità*" della decisione.

Si tratta di una idea e di una prassi per quegli anni (per quanto di mia esperienza) assolutamente innovative ed altrettanto (pur troppo) minoritarie.

In realtà si era in presenza, al contrario, di un modello magistratuale assolutamente innovativo e moderno, che precorreva i tempi e che conserva ancora oggi, a distanza di decenni, la sua assoluta attualità ed efficacia, tanto piu' in tempi in cui temo che il pendolo della Giustizia si stia spostando troppo e troppo pesantemente verso pur sacrosante esigenze di celebrità.

Quando, poi, successivamente e progressivamente ha avuto modo di conoscere meglio il Presidente De Luca, sia personalmente sia ovviamente attraverso la lettura dei suoi provvedimenti e dei suoi scritti, mi sono reso conto che alla base di tale modello vi era anche una *idea alta*" di Magistratura.

Quando parlo di *idea alta* non intendo riferirmi ad una idea *sacrale* o ieratica di Magistratura. La costante disponibilità e curiosità intellettuale dimostrate nel corso degli anni dal Presidente De Luca sono quanto di piu' lontano e antitetico a tale idea.

Ugualmente non intendo fare riferimento ad una idea puramente e freddamente tecnocratica (che pure mi pare si stia attualmente diffondendo) del mestiere del Magistrato.

Per il Presidente De Luca - ne sono sicuro - la professionalità del Magistrato ed il suo continuo aggiornamento sono valori fondamentali ma non autoreferenziali, essendo valori e strumenti indispensabili per pervenire ad una decisione " giusta" e " rapida", il che significa dire che sono tra i valori fondanti della legittimazione, della indipendenza e della autonomia del Magistrato.

Quando parlo di *idea alta* intendo fare riferimento ad una *idea civile* del mestiere del Magistrato.

E con questo intendo la consapevolezza (che anch'essa di sembra di assoluta attualità) che la attività del Magistrato, come intesa e praticata dal Presidente De Luca, ha, tanto piu' in tempi incerti e schiodati come quelli che viviamo, una concreta centralità non solo istituzionale ma anche, ulteriormente per non dire soprattutto, per la vita dei cittadini, per i loro fondamentali diritti e doveri, per il buon funzionamento delle Istituzioni, tanto piu' in settori *sensibili* come quelli del lavoro, della previdenza e della assistenza.

Il che significa (senza esagerazioni) una centralità per lo stesso buon funzionamento e miglioramento della nostra democrazia.

Queste idee guida e questo modello penso ci possano essere di aiuto anche per affrontare la normativa oggetto di questo Convegno.

Non intendo soffermarmi specificatamente sulle novità della normativa, sui problemi che comporta, sulle possibili interpretazioni, tanto piu' in presenza di due Relatori come quelli ch ci onorano della loro presenza che rappresentano il meglio del mondo della Università (e della Avvocatura) ed il meglio del mondo della Magistratura.

Non intendo meno che meno dare un giudizio di valore sulle nuova normativa, anche perchè non è mio compito e credo esuli anche dalle finalità di questo Convegno.

Consentitemi una sola osservazione, anche perchè la stessa credo che riguardi un problema piu' generale con il quale tutti - da molto e troppo tempo- ci dobbiamo confrontare, e con il termine tutti non intende fare riferimento solo a chi professionalmente si occupa di diritto ma anche e prima ancora ai cittadini, ai lavoratori ed alle imprese.

La scelta del nostro legislatore si è tradotta dal punto di vista sostanziale (e credo che su questo tutti possiamo convenire) su di una diversificazione delle fattispecie e su di una diversificazione delle tutele previste in caso di illegittimità (uso il termine in senso ampio) di tali fattispecie.

C'è - semplifico al massimo- la fattispecie del licenziamento discriminatorio (con le ipotesi per gravità ad esso equiparabili).

C'è la fattispecie del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo (licenziamento disciplinare), con estensione della disciplina al licenziamento ex art. 2110. 2° comma c.c. ed al licenziamento intimato, anche ai sensi degli artt. 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999 n. 68, per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

C'è la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

C'è la fattispecie del licenziamento affetto da c.d. vizi formali.

Per ciascuna di tali ipotesi prevede tutele differenziate, anche notevolmente sia con riferimento al ripristino del posto di lavoro sia con riferimento alla entità del risarcimento del danno.

Dal punto di vista processuale, la scelta del legislatore (ispirata certamente da un piu' che lodevole intento di rendere obbligatoria quella c.d. corsia preferenziale per la trattazione e decisione delle controversie in tema di licenziamenti che le prassi piu' virtuose di vari Uffici giudiziari avevano già di fatto introdotto) si è tradotta nella previsione di un modello processuale articolato in due fasi in primo grado, con un giudizio di secondo grado definito come reclamo, di non facile gestione pratica, anche alla luce, sempre in estrema sintesi, di una non facile identificazione delle controversie che devono essere azionate con tale rito; di un non facile raccordo tra le due fasi del primo grado e la fase del reclamo (id est appello); di una sostanziale incertezza in ordine alle conseguenze circa l'errore nella scelta del rito.

Tale scelta è stata tradotta (ed anche su questo credo che tutti possiamo convenire) in una tecnica legislativa caratterizzata dall'uso di espressioni che giustificano diverse se non contrapposte interpretazioni.

Solo per fare un esempio: insussistenza del fatto contestato per la fattispecie del licenziamento c.d. disciplinare; manifestata insussistenza del fatto per il licenziamento per g.m.o.; il potere discrezionale del Giudice previsto, senza criteri di specificazione, per il licenziamento per g.m.o.; la non chiara demarcazione dei confini dei vizi formali che possono inficiare il licenziamento; la identificazione delle controversie da azionare con il nuovo rito e di quelle, diverse, ma fondate sugli identici fatti costitutivi.

Tutto questo si sta traducendo, prevedibilmente, in una oggettiva incertezza interpretativa ed applicativa, testimoniata, appunto, dalle plurime interpretazioni delle norme che sono state elaborate e dalle prime divergenti decisioni giurisprudenziali, rendendo ulteriormente aleatorio l'esito dei relativi contenziosi.

Si tratta di una oggettiva incertezza di cui penso nessuno sentiva il bisogno e, temo, destinata ad introdurre ulteriori elementi di confusione in un settore quale quello dei licenziamenti che, al contrario, esige naturalmente, per gli interessi in gioco non solo economici, scelte il piu' possibile chiare e distinte, tradotte in concreto in norme e regole anch'esse il piu' possibile chiare e distinte.

Quello cui siamo chiamati -Magistrati, Professori, Avvocati- è un compito certamente difficile.

Penso che uno dei modi per affrontare al meglio tale incertezza e tali problematiche, sempre con il fine di pervenire a decisioni nel contempo rapide, giuste e qualificate sia -per quanto riguarda il mio mestiere di

Magistrato- proprio quello di dare attuazione concreta alle idee ed ai valori che hanno sempre ispirato la vita professionale del Presidente De Luca.

MATTIA PERSIANI
Prof. Emerito dell'Università di Roma "La Sapienza"

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA O GIUSTIFICATO MOTIVO SOGGETTIVO: LIMITI AL POTERE DEL DATORE I LAVORO E ARTICOLAZIONE DELLE TUTELE

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Difficoltà. - 3. Le nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo. - 4. Evoluzione giusta causa. - 5. Auspicata fine della fiducia. - 6. Nozione di fatto. - 7. I limiti al potere del datore di lavoro. - 8. Le clausole generali. Necessità. Pericoli. Rimedi. - 9. Disciplina sindacale e controllo del giudice. - 10. Il quinto comma del riformato art. 18 della legge n. 300 del 1970 - 11. Casi particolari relativi alla disciplina sindacale. - 12. Articolazione delle tutele. - 13. L'entità della indennità risarcitoria. - 14. Dubbi sulla reintegra affidata al giudice nel licenziamento economico. - 15. Nel licenziamento economico, se il fatto esiste, non è prevista sanzione alternativa alla reintegra. - 16. Conclusioni.

1. - Quando ho accettato l'invito a tenere una relazione sul testo riformato dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori già c'erano le avvisaglie, ma non erano ancora palesi le difficoltà che avrei incontrato e l'impegno che sarebbe stato richiesto.

Soltanto quando ho cominciato a leggere e a prendere appunti per costruire la mia relazione, mi sono reso conto di cosa mi aspettava.

Un primo elemento era già noto. Mentre il testo originario dell'articolo 18 ben può essere scritto in una sola pagina, quello dell'articolo 18 riformato ne occupa almeno tre.

Non era ancora noto, però, il secondo e più grave elemento.

Ed infatti, nel 1970, immediatamente dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, apparve ed ebbe rapida diffusione lo splendido, ma agile, commento (appena 200 pagine) di Nino Freni e di Gino Giugni. Soltanto nel 1975, e cioè cinque anni dopo l'entrata in vigore di quella legge, apparve il primo organico commentario, curato da Ubaldo Prosperetti, in due volumi (per un totale di 1300 pagine).

La legge Fornero, invece, a distanza di meno di un anno dalla sua entrata in vigore e senza contare i numerosi articoli apparsi sulle riviste, ha

già dato luogo a numerosi ed importanti commentari che, messi di piatto gli uni sugli altri, superano sicuramente il mezzo metro.

E a questi si aggiungerà, tra pochi giorni, un nuovo commentario quello diretto da Stefano Liebman e da me.

Per contro, c'è anche un elemento positivo. A differenza di quanto era accaduto, a suo tempo, per lo Statuto dei lavoratori, gli articolati e complessi commenti della riforma Fornero non sono redatti soltanto dai professori e, cioè, dalla giurisprudenza teorica, ma anche da numerosi ed autorevoli magistrati che sono sicuro apporteranno il fondamentale contributo della loro esperienza.

2. - I commenti al testo riformato dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori forniscono una serie ampia e, al tempo stesso, articolata e complessa di contributi quasi sempre illuminanti, spesso suggestivi e, comunque, idonei a suscitare attenta riflessione.

Stimolanti perché, come spesso accade per il diritto del lavoro, molti di loro sono orientati in un senso o nell'altro.

Se mai, è da dire che è stata già annunciata, in sede politica, l'intenzione di riformare la riforma Fornero che ha avuto il merito di soddisfare nessuno. E allora tutti i contributi diventeranno cartaccia.

In queste condizioni, non era consentito porsi come obiettivo (e, comunque, non ero in grado di proporvi) una relazione che si occupi di temi centrali della riforma (come sono i limiti al potere del datore di lavoro e, per converso, al potere dei giudici, l'articolazione delle tutele) offrendo soluzioni basate su solide argomentazioni giuridiche.

Il più che si poteva correttamente fare, e che ho tentato di fare, era di proporvi una relazione che, riprendendo, per così dire, le soluzioni che già erano state date a problemi tradizionali, ne verificassi la validità attuale alla luce delle nuove disposizioni.

Quasi a voler segnalare, cioè, le possibili continuità con l'esperienza passata.

3. - E, così, le mosse possono essere prese dalle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo.

A prima vista, sul punto c'è poco da dire. I commentatori, infatti, sono unanimi nel ritenere che la legge Fornero non ha modificato (direi per fortuna) le nozioni di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo.

Quelle nozioni, quindi, sono rimaste così come erano state rispettivamente definite dall'art. 2119 Cod. Civ. e dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966. Ciò

significa che possono continuare ad essere utilizzati gli importanti punti di riferimento forniti da una elaborazione teorica e giurisprudenziale importante perché pluridecennale e che, nel complesso, sono affidabili.

Ed è questa ragione per cui mi sembra ci sia poco da dire sulla nozione di “*giustificato motivo soggettivo*”.

Molto probabilmente, però, non è così, per il “*giustificato motivo oggettivo*” sia per la continua evoluzione delle situazioni che determinano le vicende dell’impresa e per l’estrema varietà dei modi con i quali quelle vicende si verificano onde sono richiesti continui aggiornamenti dell’elaborazione che si è venuta formando.

Tornando al giustificato motivo soggettivo, è a tutti noto che l’espressione “*obblighi contrattuali del prestatore di lavoro*” è inequivocabile. Ed infatti, fin dall’inizio, non ha posto problemi interpretativi nonostante quell’espressione avesse posto, rispetto al passato, un confine nuovo, rigoroso, quanto necessario, limitando, appunto, la rilevanza degli inadempimenti a quelli “*contrattuali*”.

Se mai, l’espressione “*notevole*” suscitò qualche problema. Ma possediamo, oramai, indicazioni precise sia nel confronto di quell’espressione con l’“*inadempimento di non scarsa importanza*” (art. 1455 Cod. Civ.) sia nel confronto con l’“*inadempimento di notevole importanza tale da menomare la fiducia nell’esattezza dei successivi inadempimenti*” previsto nella disciplina della somministrazione di cose (art. 1564 Cod. Civ.).

4. - Lo stesso dovrebbe dirsi, a ben vedere, con riguardo alla nozione di “*giusta causa*” rispetto alla quale anche la legge Fornero non ha apportato alcuna modifica.

Anzi, essendo contenuta nel Codice del 1942, quella nozione gode di una elaborazione, giurisprudenziale e dottrinarina, maturata in poco più (ma è tanto) di settanta anni.

Senonché, un’attenta dottrina (TREMOLADA), commentando la legge Fornero, ha riproposto una tesi che avevo formulato nel lontano 1971 e, cioè, proprio all’indomani dell’entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori.

A quanto mi risulta, quella tesi era rimasta del tutto inascoltata. Unica condivisione, non so se consapevole, è venuta da un’isolata sentenza del

Pretore di Genova che ebbi occasione di leggere, su *Il diritto del lavoro*, oramai tanto tempo fa e, più recentemente, da quella che mi sembra un'isolata dottrina (PISANI).

Trattasi della tesi secondo la quale, essendo il giustificato motivo soggettivo limitato all'inadempimento degli obblighi contrattuali, anche la giusta causa, per coerenza, sarebbe oramai costituita esclusivamente da un inadempimento agli obblighi contrattuali.

Pertanto, tra giusta causa e giustificato motivo la differenza sarebbe soltanto quantitativa.

Questa tesi è stata ora ripresa sotto il profilo che la riforma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 ha ricondotto anche il licenziamento per giusta causa alla nozione di licenziamento disciplinare (GALARDI) con conseguente necessaria applicazione anche alla giusta causa del principio di proporzionalità (art. 2106 Cod. Civ.) che, non a caso, si limita agli inadempimenti contrattuali in quanto è esplicitamente riferito alle "*infrazioni*" e all'"*inosservanza*" e, cioè, all'inadempimento agli obblighi previsti dagli artt. 2104 e 2105 Cod. Proc. Civ..

Tremolada ha ragione.

Oltretutto, la disciplina attualmente vigente ha assimilato la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo avendoli intesi tutti e due come inadempimenti. Ne consegue che, se "*giusta causa*" non fosse soltanto inadempimento, mancherebbe del tutto una disciplina per quel licenziamento per giusta causa che non sia motivato da inadempimento. Nessuna legge, infatti, prevede quella disciplina, né prevede le conseguenze di quel licenziamento.

Senonché, a suo tempo, la tesi della necessaria evoluzione della nozione di "*giusta causa*" mi venne suggerita da altre, e diverse, considerazioni.

Mi venne, cioè, suggerita dalla considerazione che, per la prima volta, il legislatore dello Statuto aveva avvertito con vigore l'esigenza di limitare i poteri unilaterali del datore di lavoro e, in particolare, il potere di licenziamento.

Esigenza di limitare quei poteri che, in base al canone della totalità ermeneutica per il quale ogni nuova legge influisce anche sulla comprensione dell'intero ordinamento precedente, si imponeva, e si impone, anche in sede di interpretazione delle preesistenti disposizioni della legge.

Ne deriva che l'art. 3 della legge n. 300 del 1970 influisce inevitabilmente anche sull'interpretazione dell'art. 2119 Cod. Civ..

Orbene, dottrina e giurisprudenza insegnavano, e insegnano che, sulla base della formulazione del testo dell'art. 2119 Cod. Civ. (che usa l'espressione "*causa*") e per effetto della modificazione che quella disposizione aveva apportato all'art. 9 della legge sull'impiego privato (r.d. n. 1825 del 1924) a mente del quale giusta causa era la "*grave mancanza*", l'interpretazione da dare all'art. 2119 Cod. Civ. è nel senso che la "*giusta causa*" di licenziamento non è costituita soltanto dall'inadempimento del lavoratore agli obblighi contrattuali, ma anche da ogni altra causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

Pertanto, si ritiene, e si riteneva, che anche fatti o situazioni diverse dall'inadempimento e, soprattutto, inadempimenti del lavoratore ad obblighi diversi da quelli che derivano dal contratto di lavoro, possono legittimare il recesso per giusta causa.

Orbene, il legislatore del 1966, prevedendo che soltanto il notevole inadempimento agli obblighi contrattuali del lavoratore possa giustificare il recesso con preavviso, ha posto necessariamente lo stesso limite anche al recesso senza preavviso e, cioè, per giusta causa, dovendosi ritenere che, oramai, anch'esso è consentito soltanto per gli stessi motivi che consentono il licenziamento con preavviso.

Pertanto, la giusta causa può consistere soltanto in un inadempimento agli obblighi contrattuali del lavoratore così grave da non consentire nemmeno la continuazione provvisoria del rapporto.

Simmetria che si giustifica anche con ciò che l'effetto del licenziamento consiste, sempre e comunque, nella perdita del posto rispetto alla quale la perdita del preavviso (soprattutto da quando la giurisprudenza ne ha ulteriormente diminuito l'effettività ritenendone alternativo il godimento rispetto all'indennità di mancato preavviso) comporta un danno assai minore.

Pertanto, se il licenziamento comporta sempre la perdita del posto, è irrazionale che tra giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento esista una differenza qualitativa che finisce per assegnare rilevanza alla fiducia.

La fiducia, infatti, non è idonea a rendere conto della *ratio* che ispira i limiti al recesso del datore di lavoro; *ratio* desumibile da ciò che il diritto