

I GIUDICI ED I LICENZIAMENTI:
ANALISI DELLE SENTENZE DEL TRIBUNALE DI ROMA

RUGGERO PALADINI- ANDREA GABRIELLI

Università di Roma La Sapienza

DIRITTI, REGOLE, MERCATO
Economia pubblica ed analisi economica del diritto

XV Conferenza SIEP - Pavia, Università, 3 - 4 ottobre 2003

pubblicazione internet realizzata con contributo della



società italiana di economia pubblica

dipartimento di economia pubblica e territoriale – università di Pavia

I giudici ed i licenziamenti: analisi delle sentenze del Tribunale di Roma

Ruggero Paladini – Andrea Gabrielli*

1. Il ruolo dei tribunali nei regimi di protezione del lavoro.

Il grado di intensità dei regimi di protezione del lavoro (RPL) è oggetto di un'ampia letteratura che cerca di stabilire l'effetto dei RPL sulla disoccupazione e sulle sue caratteristiche. Tuttavia la misura del grado di protezione del lavoro in un determinato paese presenta aspetti di non facile quantificazione (Bertola et al.1999); infatti è relativamente semplice eseguire misure sui tempi di comunicazione del licenziamento o sulle entità delle compensazioni monetarie; ma esiste un aspetto che presenta problemi di valutazione complessi.

In molti paesi infatti il licenziamento di un lavoratore deve trovare una adeguata giustificazione, sia essa basata sul comportamento del lavoratore stesso, sia invece dovuta a circostanze tecnico-economiche indipendenti dal comportamento. Questa giustificazione deve essere approvata da organi pubblici, di natura amministrativa o giudiziaria. Il comportamento di questi organi diviene quindi essenziale per poter valutare l'effettivo grado di protezione, e l'influenza che esso determina sulle decisioni di assunzione o di licenziamento da parte delle imprese. In Italia in particolare il tema dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori è divenuto (probabilmente del tutto al di là dei suoi meriti o demeriti) il punto focale del più rilevante scontro sociale degli ultimi anni.

Si comprende intuitivamente che nel momento in cui la legittimità di un licenziamento viene posta di fronte ad un giudice, gli si conferisce un grado di discrezionalità forse maggiore di quanto non accada in altri settori del diritto civile o delle altre cause dei processi di lavoro. Sia che si tratti di giusta causa o giustificato motivo soggettivo (GC e MS, la distinzione dipende da una differenza di intensità, si veda più avanti al par. 3) oppure di giustificato motivo oggettivo (MO, cioè ragioni indipendenti dal comportamento del lavoratore), il giudice si trova a soppesare le ragioni del pro e del contro per poi far pendere il piatto della bilancia da una sola parte. Nel

* Il lavoro è frutto degli sforzi dei due autori, che se ne assumono in solido la responsabilità; tuttavia Ruggero Paladini ha curato i par. 1, 4 e 6, Andrea Gabrielli i par. 2, 3,5.

fare questo il magistrato può essere influenzato da vari fattori, che vanno dall'orientamento generale della sezione di cui fa parte ai suoi personali giudizi di valore, nonché alla situazione economica del mercato del lavoro in cui si trova, ed in particolare dal grado di disoccupazione ivi presente.

L'ipotesi secondo la quale i giudici siano influenzati dal grado di disoccupazione è stato studiato in due lavori (Ichino et al. 1998 ed Ichino et al. 2000) basati su un data base di licenziamenti effettuati in un lungo arco di tempo da una banca avente sportelli in tutta l'Italia; una parte dei licenziamenti sono stati impugnati dai lavoratori e hanno portato a sentenze; si tratta di licenziamenti dovuti a comportamento del lavoratore (GC o MS). Dal lavoro emerge che risulta (econometricamente) una maggiore probabilità che uno stesso giudice decida a favore del lavoratore nel sud rispetto al nord. In un altro lavoro (Macis 2001) si esaminano i dati aggregati ISTAT dai quali risulta che le impugnazioni presso i giudici sono chiaramente influenzati dal mercato del lavoro, ma che le sentenze dei tribunali nel sud sono meno favorevoli ai lavoratori di quanto non lo siano quelle nel nord.

Tuttavia questo dato aggregato non smentisce necessariamente l'ipotesi di bias del giudice; supponiamo infatti che sia i datori di lavoro che i lavoratori ritengano che il bias esista; i primi saranno attenti a ricorrere al licenziamento solo in casi veramente gravi, tali da dare loro sicurezza del giudizio; i secondi invece saranno propensi a ricorrere in giudizio contando proprio sul bias a loro favore. Il risultato di questi due comportamenti porta al risultato aggregato sopra citato, anche se in realtà il bias esiste (per la verità per produrre il risultato è sufficiente che le due parti siano convinte che esista un bias, anche se ciò non fosse vero).

Tuttavia l'analisi econometrica, per quanto ben condotta, si basa su un numero limitato di sentenze, tutte su licenziamenti in uno specifico settore e per uno stesso tipo di motivazione (GC e MS); vi è necessità di analisi empiriche che possano portare ulteriore luce su questo come su altri aspetti del RPL.

2. L'evoluzione normativa

Il primo riferimento normativo in materia di licenziamento individuale è rappresentato dal R.D.L. 1825/1924, disciplinante la materia dell'impiego privato che prevedeva la reciprocità tra licenziamento e dimissioni. Alla base di tale decisione del Legislatore dell'epoca stava il principio della libera recedibilità dai contratti soggetti ad un vincolo temporaneo secondo canoni e principi propri di una legislazione liberale. Tale *modus operandi* di legiferare si poteva rinvenire anche nell'art. 2118 del codice del '42. Articolo che, in aggiunta al principio della libera recedibilità, prevede solo in caso di licenziamento un obbligo di preavviso. Obbligo che grava sul datore di lavoro e deve essere comunicato al lavoratore in un termine che varia in funzione del tipo di rapporto e della durata del vincolo contrattuale. Il mancato adempimento dell'obbligo costringe il datore di lavoro a versare al lavoratore un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. Il codice nell'art. 2119 disciplina l'ipotesi in cui ricorra una giusta causa nel recesso. L'operare di tale giustificazione determina il venir meno dell'obbligo di preavviso per estinguere il rapporto attraverso il licenziamento.

Ambedue gli articoli sono poi resistiti all'avvento della Carta Costituzionale ed alle critiche sempre più serrate di quanti li ritenevano inadeguati ed incapaci a comprendere la diversa posizione delle parti rispetto al venir meno del rapporto. Riguardo alla Carta Costituzionale, parte della dottrina, ha ritenuto di poter enucleare una regola di giustificazione necessaria del licenziamento dagli artt. 3, c.2 (tutela della parte debole), 4, c.1 (tutela del diritto al lavoro), 35, c.1 (tutela del lavoro in tutte le forme ed applicazioni in cui si svolge). Orientamento, questo, sostenuto da quella parte della dottrina che mirava ad innalzare il potere contrattuale e i diritti di libertà del lavoratore. Questa impostazione è stata però più volte sconfessata dalla Corte Costituzionale. Nella famosa sentenza 45/1965, confermata anche da altre sentenze successive (come ad esempio le più recenti aventi ad oggetto l'ammissibilità dei referendum per l'abrogazione o estinzione della tutela reale, 2000-2002) la Corte ha ritenuto le norme non cogenti e quindi direttamente applicabili, ma di principio. Spetta quindi al legislatore in piena libertà scegliere quale legislazione ritenga più adatta a tale materia.

La necessità di ridurre tale sproporzione tra le parti del rapporto di lavoro per via di un potere risolutivo privo di controlli ha spinto all'epoca le parti sociali, ed *in primis* i sindacati, ad addivenire attraverso accordi interconfederali a creare una vera e propria disciplina negoziale dei licenziamenti. Sono infatti gli accordi

interconfederali per l'industria del 1947, 1950, 1965 a predisporre la necessità di giustificare l'estinzione del rapporto attraverso il licenziamento. Si noti come l'introduzione di tale disciplina negoziale del licenziamento era dalla CGIL e dai giuristi a lei vicini criticate per i caratteri di provvisorietà ed obbligatorietà. Si ponevano infatti degli obblighi ad efficacia indiretta sul potere di licenziare del datore di lavoro. Non si può però negare che la disciplina negoziale ebbe il merito di individuare soluzioni ancor oggi in voga come ad esempio la predisposizione di un controllo preventivo, ad opera di un collegio arbitrale, sulla correttezza del licenziamento o la possibilità di procedere ad accordi stragiudiziali anche attraverso il ricorso ad arbitrati irritali.

Questo modello di tutela, fondato su una disciplina negoziale e forme di tutela extra-giudiziali, entrò in crisi a causa dell'irrigidirsi dei rapporti tra le parti sociali, connotati sempre più da un regime di conflittualità diffusa. E' così che negli anni '60, anche per via della nascita di una nuova alleanza politica, il centro-sinistra, si infittisce la predisposizione di normative poste a tutela e protezione dell'impiego. Ed è con il Governo Moro che viene istituita una commissione governativa che avrebbe dovuto portare al varo di uno statuto dei diritti del lavoratore. Il progetto naufragò per via delle divisioni sindacali. Da una parte vi era che, come la CGIL, mirava all'introduzione di un sistema di stabilità reale. Si considerava così il licenziamento illegittimo come nullo, dovendo il lavoratore essere così reintegrato nel posto di lavoro. Queste posizione era però contestata dalla CISL e UIL, che sostenevano la necessità di difendere tale sistema negoziale o al massimo ritenevano utile la predisposizione di una tutela obbligatoria basata su una *perpetuatio obligationis*.

In questo contesto politico sindacale vide luce la L. 604/66, che ebbe ed ha tuttora una rilevante portata. Introduce infatti un principio cardine del processo contro l'illegittimo licenziamento, ovvero attribuisce al datore di lavoro l'onere della prova della ricorrenza della giusta causa e giustificato motivo, sia nel caso in cui agisca come attore, sia come convenuto. Tra le norme più rilevanti introdotte dalla 604/66 vi è la previsione di un sistema legale di tutela contro l'illegittimo licenziamento, prevedendo il diritto del lavoratore al risarcimento del danno.

L'infittirsi dello scontro sociale e la crescente forza politico sindacale della sinistra più radicale, porta nel 1970 all'adozione da parte del Parlamento della L. 300/70 meglio conosciuta come Statuto dei lavoratori. L'art. 18 della stessa introduce un sistema di tutela reale per il lavoratore occupato in un'impresa con più di 15 dipendenti e licenziato senza giusta causa e giustificato motivo, incorrendo così il licenziamento ingiustificato nella sanzione della nullità.

Degna di rilievo nell'ambito dell'evoluzione normativa è, poi, la l. 108/90 che ha allargato il raggio di azione della tutela reale ed ha previsto che, prima della proposizione della domanda giudiziale, sia necessario esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione.

Da tale ricostruzione storica possiamo così enucleare due periodi cronologici diversi contrassegnati rispettivamente da:

- a) disciplina negoziale del licenziamento individuale e risoluzione stragiudiziale delle controversie (modello a legislazione flessibile e di risoluzione preventiva);
- b) disciplina legislativa del licenziamento e risoluzione giudiziale delle controversie (modello a legislazione rigida e di risoluzione successiva).

3. L'attuale quadro normativo nell'applicazione giurisprudenziale

La disciplina vigente stabilisce che il recesso dal contratto di lavoro per iniziativa del datore di lavoro debba essere sempre sorretto da un motivo, ad eccezione delle ipotesi residuali in cui opera la libera recedibilità.

L'applicazione della disciplina generale o residuale al lavoratore si determina in funzione del tipo di contratto, della qualifica ricoperta e dell'attività svolta. Sarà così soggetto alla normativa del recesso *ad nutum* il lavoratore in prova, il dirigente ed il domestico, mentre l'impiegato o l'operaio unito all'impresa da un contratto a tempo indeterminato non potrà essere licenziato se non in forza di una GC o GMS. E' però sbagliato sostenere che nella fattispecie del recesso *ad nutum* il provvedimento del datore di lavoro non debba essere giustificato. Prenderemo ad esempio l'ipotesi più studiata dalla dottrina ed oggetto di dispute giurisprudenziali: il licenziamento del dirigente. La libertà di licenziare è qui giustificata dallo spiccato vincolo fiduciario che intercorre tra le parti, svolgendo il dirigente mansioni che sono in grado di caratterizzare la vita dell'azienda, con scelte di respiro globale. La posizione del dirigente non è infatti né uguale né assimilabile agli impiegati per via degli ampi poteri di autonomia nello svolgimento dell'attività direttiva.

Dicevamo appunto che il licenziamento del dirigente, pur rimanendo nell'area della libera recedibilità, può, per espressa previsione della disciplina collettiva, essere assoggettato ai limiti

generali che presiedono all'esecuzione dei contratti in termini di buona fede e correttezza, nonché ai generali divieti di discriminazione ed abuso del diritto.

La nozione di giustificazione del licenziamento si traduce essenzialmente nell'assenza di arbitrarietà o, per converso, nella ragionevolezza del provvedimento datoriale. Di conseguenza pur essendo la giustificazione negoziale un metro di valutazione più ampio, in quanto si misura sul vincolo fiduciario, rispetto a quello legale ciò non toglie che non sia sufficiente per licenziare qualsiasi motivazione apparentemente non pretestuosa.

Alcune recenti sentenze della Suprema Corte (4729/2002 e 15749/2002) si sono, appunto, soffermate sui confini della giustificazione del licenziamento. Con la sentenza 15749/2002 la Corte ha stabilito l'illiceità del licenziamento del dirigente che si rifiuta di alterare il bilancio della società compiendo irregolarità contabili e fiscali che lo renderebbero complice di un comportamento penalmente rilevante. I giudici di legittimità hanno quindi riconosciuto che il rifiuto del dirigente sia giustificato e non costituisca inadempimento degli obblighi lavorativi, né comporti la compromissione del vincolo fiduciario che connota il rapporto di lavoro.

Nella sentenza 4729/2002 la Corte ha invece ritenuto legittimo il licenziamento del dirigente che non abbia conseguito determinati risultati minimi di produttività stabiliti dal contratto collettivo. Ha quindi sottolineato il ruolo fondamentale svolto dalla contrattazione collettiva nella determinazione della nozione di giustificazione del licenziamento. Le parti sono, infatti, libere in sede di negoziazione, in virtù del carattere fiduciario dell'incarico e dei poteri conferiti al dirigente, di attribuire un ruolo decisivo ai fini del mantenimento del rapporto al raggiungimento di determinati risultati. Ciò non toglie però la possibilità per il dirigente di dimostrare che il mancato conseguimento del risultato dipenda da causa a lui non imputabile, non assumendosi con l'incarico dirigenziale il rischio di impresa.

A conferma di tale impostazione giurisprudenziale interviene la disciplina della dirigenza del pubblico impiego laddove si stabilisce che il mancato conseguimento dei risultati prefissati possa dar luogo all'impossibilità del rinnovo dello stesso incarico dirigenziale od al recesso dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

Il licenziamento deve poi avvenire in forma scritta senza però la necessità del rispetto delle garanzie procedurali previste dall'articolo 7 dello Statuto.

Diversa dalla disciplina propria dell'area della GC e MS è la materia della sanzione conseguente all'illegittimo licenziamento. Non si applica qui la disciplina legale, né nella sua variante della tutela obbligatoria, né in quella reale, spettando alla controversia collettiva la determinazione della sanzione. Questa di regola consiste nell'obbligo in capo al datore di lavoro di corrispondere al dirigente un'indennità supplementare che può variare da un minimo di 2 mensilità a un massimo di 22 mensilità in funzione del ruolo ricoperto e dall'anzianità di servizio all'interno della stessa impresa.

Se quindi il potere di licenziare del datore di lavoro incontra dei limiti nell'ipotesi soggette alla libera recedibilità, questi diventano ancora più stringenti nei casi in cui per licenziare sia necessario un motivo. Il licenziamento individuale può, infatti, essere sorretto tanto da ragioni soggettive, direttamente collegate alla condotta del lavoratore (GC e MS), quanto da situazioni oggettive che prescindono dalla sua colpevolezza (MO). Soffermandoci sulle ipotesi di licenziamento ontologico è opinione comune che la condotta del lavoratore debba essere tale da ledere il vincolo fiduciario che sta alla base del rapporto intercorrente tra le parti del rapporto di lavoro.

Premesso che la L.604/66 stabilisce che spetta al datore di lavoro dimostrare la lesione del vincolo fiduciario e che il codice e le leggi non indicano le ipotesi che determinano la legittimità del licenziamento, rilasciando al giudice il potere di verificare di volta in volta il ricorrere o meno di una giustificazione, è ora opportuno indagare separatamente le due nozioni di GC e GMS.

La GC è integrata da una condotta che, per la gravità e rilevanza della situazione considerata, non consente la prosecuzione neanche provvisoria del rapporto. Tale condotta colpevole può poi esplicarsi tanto nell'esercizio dell'attività lavorativa quanto concretizzarsi in fatti o azioni estranei al rapporto. E' proprio per via della rilevante gravità che, secondo la giurisprudenza, deve ricorrere una contiguità tra il licenziamento e la verifica del fatto o la conoscenza dello stesso da parte datoriale (principio di immediatezza). In realtà tale principio giurisprudenziale, applicabile anche alle ipotesi in cui ricorra un MS, è mitigato dal riconoscimento in capo al datore di lavoro di un margine di tempo sufficiente per accertare i fatti e darne un'adeguata valutazione (13615/2000;16050/2000).

A conferma della gravità dell'inadempimento contrattuale o del fatto extralavorativo, che stanno alla base della GC, si inserisce quell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato che ha riconosciuto al datore di lavoro la facoltà di sospendere in via cautelare, ove ricorra il rischio di un pregiudizio per l'azienda, il lavoratore nel periodo precedente all'irrogazione della sanzione. Resta

salvo però l'adempimento in favore del lavoratore dell'obbligo retributivo.

Il giudice nell'opera di stabilire la ricorrenza o meno di una GC oltre a tener conto dei criteri giurisprudenziali, può anche giovare delle fonti collettive. I parametri sorti dall'evoluzione giurisprudenziale si basano sulla natura e qualità del singolo rapporto, sulla posizione delle parti, sul grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni svolte dal dipendente nell'impresa, sulla circostanza del verificarsi dei fatti e sui motivi, sull'intensità del dolo e della colpa e su ogni altro aspetto che, correlato al rapporto, possa incidere sullo stesso. Accanto a questi parametri, che ricorrono anche nelle ipotesi di GMS, possono quindi operare anche le fonti collettive. A tal proposito l'art. 12 della L. 604/66 e l'orientamento giurisprudenziale dominante ritiene che il giudice non possa discostarsi dalla previsione negoziale se più favorevole per il lavoratore.

Oltre alle ipotesi di grave inadempienze contrattuali, nell'ambito della nozione di GC rientrano anche fatti che, pur estranei al rapporto di lavoro, possono incidere sull'idoneità professionale del lavoratore. Ciò può comportare la lesione del vincolo fiduciario e l'interesse dell'imprenditore a ricevere quella data prestazione. La giurisprudenza richiede che tale inidoneità professionale debba essere direttamente correlata alle mansioni ricoperte dal lavoratore nell'impresa. In una recente sentenza la Corte costituzionale, intervenendo in materia di accesso a incarichi pubblici, ha dichiarato incostituzionale il divieto di accesso alla magistratura per chi "apparteneva a famiglie di estimazione morale indiscussa" (?) in quanto non teneva conto della possibilità del singolo di discostarsi dalle famiglie (Corte Cost. 108/94).

Caso tipico di giusta causa di licenziamento per fatti non attinenti a vicende di inadempimento contrattuale è l'ipotesi della commissione di un reato. La sentenza (11430/2000) della Suprema Corte ha tuttavia richiesto che, qualora i reati siano commessi al di fuori dello svolgimento delle mansioni lavorative, debbano ricorrere determinati requisiti: la correlazione con il rapporto, la specificità delle mansioni e l'idoneità ad incidere sul rapporto contrattuale e sulle modalità di esecuzione della prestazione. Diversamente qualora il reato venga commesso in esercizio delle mansioni costituirà sempre GC di licenziamento a prescindere dal verificarsi di un danno patrimoniale.

La giurisprudenza e la dottrina concordano poi nel ritenere che il giudicato penale di assoluzione non elida la possibilità per il giudice civile di riconoscere quel dato comportamento come integrante una

GC. Da ultimo la sentenza 17227/2002 ha stabilito che la rissa sul posto di lavoro perché possa determinare il licenziamento del lavoratore non abbisogna che sia uguale alla fattispecie penale.

Il MS si distingue dalla GC per una minor gravità della lesione del vincolo fiduciario, in quanto deve ricorrere un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali. Notevole inadempimento, che è, poi, qualcosa di più grave rispetto all'inadempimento di non scarsa importanza disciplinato dall'art. 1453 c.c., potendo il datore di lavoro in queste ipotesi irrogare solo una sanzione disciplinare conservativa (principio di proporzionalità).

Operano poi due ulteriori distinzioni:

- a) ricorre MS solo nelle ipotesi di inadempimento contrattuale non rilevando fatti esterni;
- b) ricorre in capo al datore di lavoro il rispetto dell'obbligo di preavviso.

Il ricorrere delle ragioni giustificatrici del licenziamento non conclude però l'iter che l'imprenditore deve seguire nell'irrogazione della sanzione. Deve infatti rispettare le procedure per la sua intimazione. L'art. 7 dello Statuto ha infatti posto una serie di disposizioni a tutela e garanzia del lavoratore. Il datore di lavoro deve portare a conoscenza del lavoratore, attraverso l'affissione in luogo accessibile a tutti le norme disciplinari relative alle sanzioni, infrazioni e procedure di licenziamento. Deve poi essere concessa al lavoratore la possibilità di difendersi; a tal proposito il datore di lavoro non può adottare nessun provvedimento senza un preventivo addebito dei fatti e senza aver sentito il lavoratore che può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale.

Vista la rilevanza che abbiamo riscontrato dalle sentenze analizzate è opportuno soffermarsi sull'evoluzione del campo di applicazione, della portata e degli effetti dell'art. 7. Fondamentale è stato il ruolo svolto dal Giudice delle leggi con la sentenza 204/82, nella quale ha pronunciato l'illegittimità costituzionale dei primi 3 commi dell'art. 7, interpretati nel senso della loro inapplicabilità ai licenziamenti disciplinari.

Precedentemente a tale sentenza l'orientamento giurisprudenziale dominante sosteneva la tesi della non applicabilità dell'art. 7 alle ipotesi di sanzioni espulsive. Assunto questo che si fondava sull'estraneità del licenziamento dalla categoria delle pene private. Diverso orientamento subordinava l'applicabilità dell'art. 7

alla circostanza che la contrattazione collettiva prevedesse il licenziamento tra le sanzioni disciplinari. E' in questo contesto che si inserisce la suddetta pronuncia della Consulta, che non risolse del tutto la questione. Rimaneva ancora da inquadrare la nozione di licenziamento disciplinare. Le SSUU con la sentenza 4823/87 hanno accolto la nozione ontologica del licenziamento, così superando la nozione formalistica o contrattualistica, stabilendo che si verificava un'ipotesi di licenziamento disciplinare ogni volta che sia motivato da un comportamento imputabile a titolo di colpa al lavoratore. Sono le ipotesi del licenziamento che copre l'area del licenziamento per GMS e per GC quando riguarda inadempimenti contrattuali. La questione non è ancora del tutto definita, in quanto si pone il problema dell'applicabilità delle garanzie procedurali previste dall'art.7 in caso di licenziamento immotivato sotto la soglia dei 15 dipendenti e dove quindi opera la tutela obbligatoria. La posizione ormai maggioritaria in giurisprudenza ritiene che il licenziamento intimato in violazione delle garanzie procedurali non sia nullo ma ingiustificato con la relativa applicazione della tutela propria dell'ambito aziendale cui inerisce, e ciò secondo un orientamento delle SSUU, secondo cui il numero dei dipendenti condiziona l'illegittimità dei licenziamenti. Si può così affermare che la violazione dell'art. 7 comporta gli stessi effetti stabiliti per il licenziamento privi di causa giustificatrice.

Una volta intimato il licenziamento, ben potrà il lavoratore impugnare con qualsiasi atto giudiziale o stragiudiziale il licenziamento. Qualora la controversia non si risolva in via stragiudiziale spetterà al giudice, con tutti i poteri precedentemente analizzati, sindacare la legittimità del motivo ed il rispetto delle procedure stabilite dalla legge. Nei casi in cui il giudice ritenga invalido il licenziamento, la legge fa discendere a tali situazioni due diverse sanzioni:

- A) Una obbligatoria, che determina il diritto al risarcimento del danno in capo al lavoratore illegittimamente licenziato. Risarcimento che va calcolato nella misura compresa tra 2.5 e 6 mensilità dell'ultima retribuzione. Si applica nei confronti del datore di lavoro che occupa fino a 15 dipendenti per ogni unità produttiva, o fino a 60 ovunque si trovino.
- B) Una reale in forza del quale il Giudice può, con la sentenza che dichiara l'inefficacia o l'annullamento del licenziamento, ordinare la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Spetta inoltre al lavoratore il risarcimento del danno nella misura di un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto. Indennità che si conteggia dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione. A tale

proposito va sottolineato come il risarcimento del danno si ispira al principio legislativo e giurisprudenziale di carattere generale, della effettività del danno da risarcire. Pertanto il lavoratore illegittimamente licenziato che trova una nuova occupazione (con pari remunerazione) vedrà ridotta la somma dovuta a titolo di risarcimento nella misura pari alle nuove retribuzioni. E' chiaro che tale indirizzo (che abbiamo riscontrato in una sentenza) favorisce il diffondersi di lavoro in nero. E' poi fatta salva la possibilità per il lavoratore di richiedere la corresponsione di un'indennità pari a 15 mensilità, da sommarsi a quanto dovuto a titolo di risarcimento, in luogo della reintegrazione.

La tutela reale si applica nei confronti del datore di lavoro che occupa più di 15 dipendenti nell'unità produttiva ove è avvenuto il licenziamento oppure nello stesso Comune. Con la l. 108/90 si applica anche nei confronti dei datori di lavoro che, pur non raggiungendo i limiti dimensionali prescritti con riguardo alle singole unità produttive od agli ambiti comunali, occupano più di 60 prestatori.

L'applicabilità della tutela reale tollera due eccezioni: non opera, infatti, nei confronti dei datori di lavoro non imprenditoriale che svolgono la loro attività politica e sindacale senza fini di lucro; e non opera nei confronti dei lavoratori ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici.

In ordine ai presupposti di applicazione della tutela obbligatoria o reale grava sul datore di lavoro, che sia attore o convenuto, l'onere di eccepire o provare l'inesistenza del requisito occupazionale e perciò l'impedimento all'applicazione dell'art. 18.

Un'altra impostazione giurisprudenziale ha affermato che le condizioni di applicabilità della tutela reale non si limitano all'esistenza di un contratto di lavoro subordinato e di un licenziamento, ma di un contratto di lavoro subordinato e di un recesso proveniente da un datore di lavoro la cui organizzazione ha determinate dimensioni in termine di personale occupato. Secondo questa teoria spetterà così al lavoratore di provare il numero dei dipendenti del datore di lavoro, anche se tale onere è temperato da una serie di criteri enunciati dalla giurisprudenza. Dalla determinazione del numero degli occupati in un'unità organizzativa sono esclusi i lavoratori non legati all'impresa da un rapporto di subordinazione o che hanno un contratto di lavoro a tempo determinato.

Tutela reale si applica a tutti i lavoratori a prescindere da qualsiasi requisito occupazionale nella disciplina del pubblico impiego.

4. Le sentenze del tribunale di Roma.

Il lavoro che abbiamo effettuato è consistito nell'esaminare le sentenze sui licenziamenti (I° grado di giudizio) del tribunale di Roma emesse nel 2001. In questo anno, come si è detto, si può distinguere tra cause di licenziamento per GC o MS da un lato e MO dall'altro; le prime ammontano a 140 sentenze a fronte di un migliaio delle seconde. In sostanza le ragioni addotte per i licenziamenti sono quelle dipendenti da fattori tecnico-economici (riorganizzazioni, crisi, etc.) e non da comportamenti dei lavoratori. Le sentenze per MS sono poi prevalenti (85%) rispetto a quelle per GC (15%).

La prima distinzione tra le sentenze è quella tra le favorevoli al lavoratore ricorrente e le contrarie:

favorevoli 44%

contrarie 56%

La seconda distinzione riguarda l'impresa: sopra i 15 dipendenti o sotto i 15:

sopra i 15 52%

sotto i 15 48%

La terza distinzione richiede qualche spiegazione: prima di entrare nel merito della specifico comportamento tenuto dal lavoratore, per verificarne la gravità e quindi convalidare il licenziamento, il giudice deve esaminare una serie di punti preliminari, che riguardano, ad esempio, i) la natura di rapporto di lavoro dipendente, ii) che sia avvenuto un licenziamento e non una separazione per decisione del lavoratore o mutuo consenso, iii) che il licenziamento sia stato effettuato nelle forme prescritte. Se il giudice emette la sentenza sulla base di uno di questi punti preliminari, senza cioè entrare nel merito del comportamento del lavoratore, definiamo la

sentenza come di tipo procedurale, mentre nell'altro caso la definiamo di tipo sostanziale. Abbiamo pertanto:

tipo procedurale 68%

tipo sostanziale 32%

Come si può notare, mentre le prime due distinzioni sono più equilibrate, le decisioni procedurali rappresentano i due terzi del totale (vi sono poi sei sentenze che abbiamo classificato a parte). Vi è qualcosa di paradossale nel fatto che nella maggior parte dei casi il giudice non sia arrivato ad esaminare il merito dei fatti che hanno prodotto il licenziamento.

Approfondiamo i dati combinando le varie distinzioni; vediamo ad esempio come il giudizio si ripartisce tra le imprese inferiori (o eguali) a 15 dipendenti e quelle superiori:

	Sotto 15	Sopra 15
Contrari	67%	54%
Favorevoli	33%	46%

Come si può notare la ripartizione è nettamente sfavorevole ai lavoratori delle imprese più piccole, e la ragione fondamentale dipende dal fatto che il lavoratore non è in grado provare che si sia trattato di licenziamento, vista la difficoltà, da parte del lavoratore, di dimostrare che il fatto estintivo del rapporto sia determinato dal licenziamento; a tal proposito si consideri il ruolo fondamentale che svolge quell'orientamento giurisprudenziale che tende ad applicare le conseguenze che derivano dalla mancanza di giustificazione al licenziamento che non rispetti le garanzie procedurali previste dall'art. 7.

Se incrociamo le sentenze per MS e per GC tra contrarie e favorevoli da un lato e di tipo procedurale e sostanziale dall'altro (con una piccola presenza di casi definiti altro) troviamo nel caso dei MS:

	Contrari	Favorevoli
Procedurale	72%	55%
Sostanziale	25%	40%
Altro	3%	5%

Le sentenze di tipo procedurale sono quindi tendenzialmente negative per i lavoratori, mentre la situazione migliora nettamente quando si passa alle sentenze di tipo sostanziale; infatti è nettamente più frequente il caso del lavoratore, sotto i 15, che non può provare di essere stato licenziato rispetto a quello sopra i 15 il cui datore di lavoro non può provare di averlo licenziato con la procedura prevista.

Ripetendo lo schema nel caso GC abbiamo:

	Contrari	Favorevoli
Procedurale	60%	70%
Sostanziale	40%	10%
Altro	0%	20%

La differenza è meno accentuata ma permane.

I giudici

Le sentenze sono state emesse da 34 giudici; di cui 23 uomini ed 11 donne. Ma la distribuzione delle sentenze è molto diseguale:

quattro giudici hanno emesso oltre un terzo delle sentenze, mentre vi sono dieci giudici con una sentenza solo; evidentemente nella sezione “lavoro e previdenza” della Procura vi è una qualche specializzazione di alcuni giudici in materia di licenziamenti. Una curiosità riguarda la ripartizione delle sentenze tra contrarie e favorevoli dei primi quattro giudici: i primi due hanno emesso 9 sentenze contrarie e 19 favorevoli, mentre il terzo ed il quarto 15 sentenze tutte contrarie. I primi due sono uomini e la terza e la quarta donne.

Per verificare se la distinzione sessuale costituisca un fatto casuale o meno, abbiamo ripartito tutte le altre sentenze (eccetto cioè le prime quattro) per sesso ottenendo:

uomini: contrarie 56% favorevoli 44%

donne contrarie 68% favorevoli 32%

La differenza nella ripartizione appare notevole e tale da far propendere per l’ipotesi che, al Tribunale di Roma, le donne siano più severe nel valutare i ricorsi per licenziamento.

I lavoratori

Nella maggior parte dei casi, anche se non sempre, è stato possibile individuare il tipo di lavoro svolto dai lavoratori licenziati; nel 46% dei casi si tratta di lavoratori manuali (baristi, cuochi, donne delle pulizie), nel 40% abbiamo lavoratori non manuali, ma comunque non qualificati (cassiere, commesse, impiegati); nel 12% abbiamo lavoratori qualificati (due giornalisti, due capo ufficio, due bancari, ed anche due dirigenti). Nella stragrande maggioranza dei casi i settori sono quelli del terziario, bar e ristoranti, negozi, imprese di pulizie; ciò è ovviamente connesso alla città di Roma.

5. Analisi di due sentenze del tribunale di Roma

La sentenza 228516/2001. Bellocchi – Telecom

Il ricorrente, operaio addetto agli interventi tecnici, lamentava nel ricorso di essere stato una prima volta licenziato illegittimamente in data 28/2/2001, ed una seconda volta, il 27/6/2001, per giusta causa, per via dell'uso illegittimo per fini personali del cellulare aziendale. Agiva, così in giudizio chiedendo che fosse dichiarata l'illegittimità degli atti, con le conseguenze di cui all'articolo 18. Contestava infatti nel ricorso tanto il mancato rispetto dell'articolo 7 dello statuto dei Lavoratori, quanto da un punto di vista sostanziale la violazione dei principi di immediatezza e proporzionalità, oltre a contestare la veridicità dei fatti attribuitigli.

Riguardo alle questioni proposte dal ricorrente il giudice si è così pronunciato. Ne ha respinto le doglianze in merito alla mancata specificità della lettera con cui gli sono stati contestati i fatti. Ha così deciso anche rispetto al Principio di immediatezza. Il giudice ha qui infatti tenuto conto di quel orientamento giurisprudenziale che tollera il ritardo, nella predisposizione della sanzione, se giustificato da concreti ed oggettivi problemi di accertamento dell'addebito. Ha invece ritenuto che ricorresse la mancata proporzionalità tra il fatto contestato e la sanzione, anche alla luce del contratto collettivo 96/99, che prevedeva per tali addebiti la facoltà del datore di lavoro di predisporre una sanzione conservativa. A nulla così rilevando che il nuovo contratto collettivo prevedesse la possibilità dell'irrogazione di una sanzione espulsiva, non potendosi applicare alla fattispecie in esame. Opera così quel principio giurisprudenziale secondo cui se un determinato comportamento del lavoratore sia contemplato dal ccnl come integrante una specifica infrazione disciplinare a cui corrisponda una sanzione conservativa, non può essere invocato come giusta causa di licenziamento. A ciò si aggiunga come il fatto addebitato non sia in grado, secondo il dictum del giudice, di incidere sul rapporto fiduciario, né può mettere in discussione i futuri adempimenti. L'unico vero pregiudizio, quello economico, era già stato risarcito dal lavoratore.

Il giudice ha deciso per l'illegittimità del licenziamento e per l'applicazione dell'articolo 18, non essendo in discussione il requisito dimensionale dell'azienda.

La sentenza 229377/2001 Ebrhaim – G&G sas

Siamo qui in presenza di una controversia rientrante nell'ambito della tutela obbligatoria. Il ricorrente, premesso di aver lavorato alle dipendenze della G&G sas, con mansioni di aiuto cuoco, lamentava di essere stato illegittimamente licenziato. La società non si presentava in giudizio. Il giudice ha dovuto, ai fini dell'applicabilità della normativa,

precedentemente verificare se ricorreva un rapporto di lavoro subordinato tra le parti, a prescindere da una espressa qualificazione formale dello stesso rapporto. L'orientamento giurisprudenziale ritiene infatti che la natura del rapporto di lavoro va accertata in concreto alla luce dell'attuazione. E' infatti attribuito un ruolo secondario agli elementi come il sistema di retribuzione od il nomen iuris. Nel caso specifico il giudice ha riconosciuto il ricorrere di un rapporto di lavoro, in virtù del carattere continuativo delle prestazioni e stabilmente inserite nell'organizzazione datoriale, senza l'assunzione di alcun rischio d'impresa. Una volta riconosciuto il ricorrere del rapporto di lavoro, il giudice è passato ad indagare come si è estinto il rapporto di lavoro. Dalle prove portate dall'attore, vista l'assenza del convenuto valutata come argomento di prova, il giudice ha ritenuto che il rapporto si è cessato per volontà del datore di lavoro e si è manifestato verbalmente. Tale orientamento non è però condiviso da parte della giurisprudenza che, ritiene sussistere le dimissioni, ogni qual volta sia insufficiente la prova del licenziamento.

Il giudice ha così accolto il ricorso.

6. *Qualche commento*

I ricorsi per GC o MS sono pochi rispetto a quelli per MO (rispettivamente 12% e 88%); questo può dipendere da varie cause: a) il dato rispecchia l'effettivo peso relativo; b) i lavoratori ricorrono di più quando si vedono licenziati senza loro "colpa"; c) i datori di lavoro che non sono soddisfatti di un lavoratore ricorrono al MO in mancanza di GC o MS (può verificarsi anche il caso opposto); d) i sindacati intervengono con maggiore frequenza nei casi di MO offrendo i servizi del patronato.

Quando il lavoratore impugna il licenziamento e il datore di lavoro fa opposizione le due parti affrontano un rischio; il lavoratore deve decidere se la probabilità di vincere per la somma in caso di vincita meno i costi è maggiore della (eventuale) somma proposta dal datore di lavoro; per quest'ultimo vale lo stesso discorso, simmetricamente. Sotto questo aspetto i consigli degli avvocati risultano determinanti; dall'analisi del comportamento degli avvocati in alcuni casi si ha la sensazione di superficialità, incompetenza o peggio; può dipendere dal metodo di remunerazione dell'avvocato che vige in Italia (a differenza di altri paesi)? Da questo punto di vista sembra esservi una netta differenza tra i padronati sindacali e i privati: nei primi infatti il lavoratore si impegna con il patronato sindacale a versare una percentuale su quanto riceverà (per accordo

extragiudiziale o per sentenza); da informazioni di fonte sindacale sembra che presso il Tribunale di Roma il 65% circa delle cause siano gestite da studi privati, non convenzionati con i padronati sindacali.

Per quanto riguarda la questione del bias del giudice nel “meridione”, la nostra indagine non è ovviamente in grado di dare un contributo diretto, se non per una possibile riflessione: se si considerano le sentenze per cause di licenziamento della banca che ha fornito il data base dei lavori citati nel par.1, è plausibile immaginare che si tratta di sentenze che (almeno in prevalenza) entrano nel merito dato che una serie di questioni preliminari dovrebbero essere superate (che si tratti di lavoratori dipendenti a tempo indeterminato, che il licenziamento sia stato fatto secondo le regole prescritte). Ora, se fosse vero che la maggioranza delle sentenze sono di tipo procedurali anche negli altri tribunali, come a Roma, supponendo che il bias si eserciti più nel merito che nella procedura, arriviamo alla conclusione che l’eventuale bias da elevata disoccupazione avrebbe comunque un impatto limitato ad una minoranza di sentenze. E’infatti difficile pensare che un giudice come B, che ha emesso undici sentenze favorevoli ai lavoratori e cinque contrarie, potrebbe aver sentenziato in modo diverso su qualcuna delle cinque qualora si fosse trovato a Napoli invece che a Roma, dato che le cinque sentenze contrarie lo sono per ragioni procedurali.

7. Considerazioni conclusive

Le cause di lavoro per licenziamento costituiscono una piccola parte del complesso di cause presso le sezioni lavoro dei vari tribunali italiani; e probabilmente i licenziamenti che finiscono di fronte al tribunale sono relativamente pochi. Dai dati statistici risulta che le conciliazioni (che il giudice è tenuto ad esperire alla prima udienza) sono oltre la metà delle sentenze, con una netta differenziazione tra nord e sud (dove sono invece una percentuale bassa). Ma esistono accordi tra le parti che avvengono dopo la lettera di contestazione ma prima dell’impugnazione formale di fronte al giudice.

Il lavoratore va dal giudice con l’intento di ottenere quella somma che il datore di lavoro rifiuta di dargli; questo è vero anche in molte cause in imprese con più di quindici dipendenti; anche in questo caso il lavoratore è spesso interessato a “monetizzare” la sentenza di reintegro. Solo nei casi di grandi imprese il lavoratore sceglie il reintegro, oppure nelle situazioni in cui sia difficile trovare un altro posto di lavoro.

Il risultato forse più sorprendente che abbiamo trovato è che nelle sentenze per GC o MS, in cui la ragione del licenziamento sta in una condotta del lavoratore, nella maggioranza (circa due terzi) delle sentenze il giudice non entra nel merito della condotta, ma accoglie o respinge la richiesta del lavoratore per motivi che abbiamo definito sinteticamente procedurali. Guardando dentro questo tipo di sentenze è facile accorgersi che i lavoratori delle imprese sotto i quindici hanno un forte handicap rispetto agli altri, per via della difficoltà di provare che il distacco dal posto di lavoro sia stato dovuto a licenziamento e non ad abbandono con o senza mutuo accordo. L'art. 7 risulta "statisticamente" molto rilevante nel determinare la sentenza. Ma anche nei casi in cui la sentenza di tipo procedurale risulta favorevole al lavoratore, può benissimo accadere che la sentenza sia troppo severa per il datore di lavoro che non ha rispettato la procedura formale.

D'altra parte il giudice ha di fronte a sé una strada obbligata: può dire solo o sì o no; deve avere le prove che il rapporto sia di lavoro subordinato, che si sia trattato di licenziamento, che questo sia avvenuto secondo le regole prescritte, e così via. Solo in un terzo dei casi arriva a valutare il merito della condotta attribuita al lavoratore, ed anche in questo caso deve decidere da che parte far pendere la bilancia; non gli è possibile cioè attribuire percentuali di responsabilità alle due parti e quindi stabilire l'eventuale somma risarcitoria (solo nella compensazione delle spese i giudici si attengono in genere ad una soluzione salomonica). Il carattere binario della decisione accentua anche il fenomeno (che abbiamo notato come differenza tra giudici uomini e giudici donne, ma che può poi sussistere in entrambi i sessi) per cui le due parti hanno di fronte a loro il rischio dell'orientamento del giudice; è ben vero che esistono altri due gradi di appello, ma i tempi, i costi e l'incertezza aumentano notevolmente.

Tenendo conto dei limiti della nostra analisi, riferita ad una sola realtà e per un solo anno, possiamo affermare che il sistema di "enforcement" attuale sembra presentare dei profili discutibili e nettamente insoddisfacenti, in particolare anche dal punto di vista dei lavoratori che si trovano nella situazione più debole, cioè quelli delle imprese minori. Sicuramente quindi la revisione dell'art. 7 sembra la prima puntuale correzione che andrebbe effettuata; si tratta cioè di una modifica che parifichi le conseguenze del mancato rispetto della procedura per tutti i lavoratori, indipendentemente dalla dimensione aziendale e per consentire un reale diritto di difesa in tutte le ipotesi di licenziamento (sia sopra che sotto i quindici).

Ma limitarsi a suggerire questo intervento non ci sembra sufficiente; riteniamo che modifiche più radicali, tenendo conto anche

delle esperienze di altri paesi (si veda ad esempio Lo Faro 2000), siano opportune. In sintesi la risoluzione delle controversie sui licenziamenti dovrebbe prevedere il ricorso al giudice ordinario solo come evento residuale, in particolare in presenza di problemi interpretativi di legittimità. In via normale si dovrebbe ricorrere a commissioni arbitrali (presso gli Uffici Provinciali del Lavoro) composti da più membri (tre sembra un numero congruo), che valutino secondo criteri di equità, e che possano risolvere la controversia non solo con il rigetto della pretesa del lavoratore o con il suo accoglimento, ma anche con la fissazione di una somma risarcitoria. Una soluzione indicata da più persone, che valutino gli aspetti sostanziali insieme a quelli procedurali, e che possano stabilire l'intera gamma delle soluzioni possibili, potrebbe costituire un passo in avanti nel sistema di effettiva protezione dei rapporti di lavoro.

Bibliografia

Bertola G., Boeri T., Cazes S. (1999), "Employment Protection and Labor Market Adjustment in OECD Countries: Evolving Institutions and Variable Enforcement", *Employment and Training Papers n. 48*, ILO.

Ichino A., Ichino P., Polo M. (1998), "Il mercato del lavoro e le decisioni dei giudici sui licenziamenti", in *L'Italia da semplificare: I. Le istituzioni*, a cura di Cassese S. e Galli G., Il Mulino.

Ichino A. Polo M., Rettore E. (2000), "Are judges biased by labor market conditions?", Working Paper n. 28.

Lo Faro A. (2000), "Licenziamento individuale e discipline sopranazionali: diritto comparato, internazionale, comunitario", relazione ad un corso di *Diritto comunitario del lavoro e della sicurezza sociale*, www.lex.unict.it

Macis M. (2001), "Il mercato del lavoro e la giurisprudenza in materia di licenziamenti (Italia 1989-1998)" *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 2, Giuffrè.

