

Milano 19 giugno 2015

La nuova disciplina dei licenziamenti

Primo Workshop

avv. Enzo Martino

(1)

La legge delega 183 del 2014 (comma 7 punto c), nel fissare principi e criteri direttivi del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, stabilisce:

- che il nuovo contratto riguarderà solo le nuove assunzioni;
- che la reintegra sarà comunque esclusa nei licenziamenti cosiddetti economici;
- che la reintegra sarà limitata ai licenziamenti nulli e discriminatori nonché *“a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato”*.

La finalità dichiarata della delega è quella di *“di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione”* (comma 7, primo alinea).

Il decreto legislativo delegato n. 23 del 4 marzo 2015, in vigore dal 7 marzo 2015, dà attuazione alla delega con alcuni non marginali scostamenti.

Il primo scostamento è rinvenibile nel comma 3 dell'art. 1, laddove viene previsto che, in caso di superamento della soglia per l'applicabilità dell'art. 18 Stat. Lav. in conseguenza di assunzioni successive all'entrata in vigore del decreto, la nuova disciplina si applichi anche a coloro che erano già dipendenti prima di tale data.

Il secondo scostamento, del tutto analogo al precedente, lo si riscontra nel comma 2 dello stesso art. 1, per il caso di conversione dei contratti a TD e di stabilizzazione (la norma impropriamente utilizza il termine conversione) dei rapporti di apprendistato, senza distinguere tra conversione negoziale e conversione giudiziaria, ed in quest'ultimo caso se disposta *ex nunc* ovvero *ex tunc*.

La scelta in entrambi i casi, se anche può essere comprensibile nell'ottica di un'incentivazione

delle assunzioni perseguita dal legislatore, pone evidenti problemi interpretativi nonché soprattutto di costituzionalità per eccesso di delega, come è stato già segnalato da più parti.

Il terzo esplicito scostamento riguarda il fatto che, per i licenziamenti disciplinari ingiustificati, si è del tutto abbandonata la strada, invero di non semplice realizzazione, dell'individuazione delle specifiche fattispecie di licenziamento ingiustificato che danno luogo alla reintegra, per adottare invece la formulazione, già presente nella riforma Fornero, del “*fatto materiale contestato*” al lavoratore, con alcune ulteriori limitazioni sulle quali tornerò e che perseguono l'evidente finalità di rendere quanto più residuale possibile la reintegrazione nel posto di lavoro.

Da molti si è osservato che il cambio di rotta probabilmente è stato determinato da una pronuncia della Cassazione nel frattempo intervenuta (sentenza 23699/2014) ed a questo proposito a più di qualcuno l'operazione è sembrata non solo strumentale, ma anche assai opinabile, posto che la nozione di fatto materiale già aveva destato tante discussioni che la decisione della Suprema Corte non sembrava avere chiuso.

In questo caso non so dire se la mancata profilatura delle causali di licenziamento ingiustificato che dia luogo alla reintegra rappresenti o meno un eccesso di delega in senso tecnico, ma mi limito a segnalare la circostanza dell'adozione di una tecnicità del tutto differente da quella prevista dal legislatore delegante.

Tecnicità che denota, come in altri aspetti del Jobs Act, una manifesta sfiducia nei confronti della contrattazione collettiva, ai cui codici disciplinari quale ben ci si poteva richiamare come pure aveva fatto la riforma Fornero e come pure era stato autorevolmente proposto.

Personalmente ritengo questo un pessimo segnale per il futuro delle relazioni industriali nel nostro Paese, in un quadro in cui peraltro si comincia esplicitamente a parlare di eliminazione del contratto nazionale e più in generale acquistano sempre più visibilità teorie, importate dagli Stati Uniti, come quella della “dismediazione” (ovvero “disermediazione”), nel senso di ridimensionamento dei corpi intermedi: con un sindacato concepito come mero portatore di interessi

di categoria, ovvero di comunità aziendali, senza però essere più investito di un proprio ruolo negoziale.

(2)

Prima di entrare nel merito del decreto, affrontandone alcuni dei punti più discussi in questi mesi, vorrei formulare alcune osservazioni di carattere generale.

(a)

La prima riguarda le finalità di politica del diritto perseguite dal decreto.

A questo proposito, noto un cambiamento di rotta significativo nella posizione di chi ha sostenuto e sostiene l'opportunità di questo intervento di estrema e radicale flessibilizzazione in uscita.

Per anni ci siamo sentiti ripetere che un tale intervento era necessario per incrementare l'occupazione complessiva, perché, alla concessione di maggior potere di licenziamento, sarebbe necessariamente corrisposta una maggior propensione ad assumere da parte delle imprese.

Tale asserzione, ossessivamente riproposta dai media e che ha certamente pesato molto nel dibattito politico, è però sfornita di qualsivoglia riscontro empirico, come la stessa OCSE in uno dei suoi ultimi rapporti è stata costretta a riconoscere.

Adesso, a riforma approvata, la tesi sembra del tutto abbandonata e quasi nessuno più sostiene seriamente che il decreto porterà di per se maggior occupazione.

Mettendo un po' la mani avanti, visto il perdurare della crisi, si preferisce ora affermare ora che la finalità vera del Jobs Act è in realtà quella di incidere sulla qualità dell'occupazione, ed in particolare di rendere più stabile l'ingresso al lavoro e progressivamente superare l'estrema frammentazione del mercato e la pleora di contratti precari.

E qui l'asserzione sembrerebbe destinata ad avere un riscontro oggettivo evidente ed immediato, come i dati sui nuovi contratti a tempo indeterminato diffusi con inusitata solerzia in queste

settimane tenderebbero a dimostrare.

A questa tesi mi verrebbe da replicare in maniera polemica semplicemente chiedendo che differenza sostanziale c'è tra un lavoratore precario a tempo determinato ed un lavoratore a tempo indeterminato egualmente precario, com'è quello assunto con il CTC.

Non basta infatti mettere il prefisso “in” davanti al termine “determinato” per rendere stabile il contratto: le differenze qualitative, in termini di stabilità, tra un lavoratore assunto con CTC ed uno assunto a termine ovvero con contratto di apprendistato sono veramente poco significative, ed anzi, come è stato recentemente dichiarato su un quotidiano nazionale da fonte certamente non sospetta (Tiraboschi), un contratto a TD di una certa durata garantisce il dipendente più di un CTC.

Ma, al di là di questo, non posso non rilevare come i dati attuali siano fortemente condizionati dall'effetto “doping” dell'incentivo previsto nella finanziaria, consistente nella totale decontribuzione di nuovi contratti a tempo indeterminato.

Ciò mi sembra molto evidente, tanto che il boom delle assunzioni a tempo indeterminato è precedente all'entrata in vigore del decreto e consiste in gran parte in conversioni di contratti a TD e stabilizzazioni di apprendisti, e non si tratta dunque di occupazione aggiuntiva.

Quindi, se siamo dei tecnici e non dei politici che devono acquisire a tutti i costi il consenso, a costo di passare per gufi o rosiconi, dobbiamo chiederci cosa capiterà quando finiranno gli incentivi: ci sarà uno “sboom” altrettanto violento del boom?

Ma soprattutto, da giuristi, dobbiamo chiederci se l'incentivo può essere assunto a criterio costitutivo della fattispecie giuridica del nuovo contratto.

E poiché la risposta al quesito è certamente negativa, non si può non rilevare, soprattutto ora che abbiamo a disposizione anche il decreto sulle tipologie contrattuali, come il CTC in realtà rimanga in concorrenza con i contratti a TD (ora meno convenienti sul piano economico solo per un fattore transeunte) il cui ruolo non viene per nulla ridimensionato nella loro riscrittura rispetto al decreto “Poletti”, ma anzi vengono date alle aziende ancora più garanzie escludendosi esplicitamente la loro

“conversione” in caso di superamento del tetto.

Come pure non viene seriamente intaccata la pletora di contratti atipici che hanno connotato l'inserimento in particolare dei giovani nel mercato del lavoro (sono aboliti solo Job sharing ed associazione in partecipazione con apporto di lavoro) , ed anzi le maglie delle forme più utilizzate ed insidiose vengono ulteriormente allargate (lavoro accessorio).

Pertanto, il risultato auspicato di rendere più stabile l'occupazione deve ritenersi tutt'altro che scontato ed è consigliabile non lasciarsi andare a facili trionfalismi che, se smentiti dai fatti, si tramutano in boomerang per chi li proclama.

(b)

La seconda considerazione di carattere generale è la seguente.

Come sottolineato da molti, già la stessa definizione di CTC è gravemente inappropriata e mistificatoria.

Le tutele non crescono, cresce solo l'indennizzo in maniera automatica con il crescere dell'anzianità di servizio del lavoratore.

Infatti, il cosiddetto CTC, su questo c'è consenso unanime, non costituisce una nuova tipologia contrattuale, e cioè un distinto sottotipo contrattuale, bensì rappresenta la forma ordinaria di contratto a tempo indeterminato che si applica a tutti i nuovi assunti e che si differenzia da quello tipico soltanto per l'intensità delle tutele in caso di licenziamento illegittimo.

Si è consumata dunque quella che Luigi Mariucci ha sarcasticamente definito una “commedia degli inganni”, in quanto il contratto a tutele crescenti, quello originariamente concepito, ci è stato restituito totalmente trasformato quanto a funzione e natura, e la formula è servita soltanto a veicolare un drastico ridimensionamento delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, con l'eliminazione progressiva dell'art. 18, che, pur non abrogato espressamente, è destinato a morire per consunzione.

Siamo quindi distanti anni luce dal contratto unico a tutele crescenti delle prime proposte

avanzate nel corso degli ultimi anni e che è stato realizzato in altri Paesi europei (ad esempio Francia e Spagna).

Non c'è una distinzione tra “*entry fase*”, con tutele ridotte, e “*stability fase*” entrando nella quale dopo un periodo di tempo, si raggiungono tutele piene pari a quelle degli altri lavoratori.

Il risultato più evidente dell'operazione è la creazione di un doppio regime tra vecchi e nuovi assunti che presenta evidenti problemi di coerenza con i principi costituzionali.

Come pure l'esiguità dell'indennizzo, almeno per coloro i quali vantano una ridotta anzianità di servizio, pone serissimi problemi di coerenza in particolare con i principi di diritto comunitario, posto che quattro mensilità non sembrano costituire un presidio sufficientemente congruo ed effettivamente dissuasivo contro il licenziamento illegittimo, così come richiesto dalla Carta sociale europea.

La scelta di adottare un simile modello non era imposta dalla legge delega, sostanzialmente in bianco, che, come tale, lasciava aperta la strada a soluzioni diverse.

Pertanto la responsabilità di una opzione così radicale e di sistema, che è destinata a sbilanciare in maniera radicale in favore dell'impresa l'equilibrio complessivo della gestione complessiva del rapporto, riducendo il contraente “debole” a contraente “inerme” di fronte allo strapotere datoriale, ricade prevalentemente sull'esecutivo.

(3)

Il tempo ridotto mi costringe ad affrontare solo alcune delle criticità interpretative del decreto, che ormai è in vigore e con il quale evidentemente bisogna fare i conti.

La prima criticità riguarda la questione del fatto materiale contestato nei licenziamenti disciplinari.

Anche qui, noto con soddisfazione che pressoché tutti, inclusi i più massimalisti tra i giuristi di parte datoriale, convengono sul fatto che il fatto materiale debba essere non solo contestato, ma anche contestabile, e dunque debba avere una rilevanza disciplinare.

I problemi sorgono però subito dopo, e riguardano l'interpretazione dell'inciso in forza del quale si esclude qualunque valutazione circa la sproporzione del licenziamento.

L'interpolazione, connotata da un certo sadismo nei confronti dei lavoratori, rivela anche un'indiscutibile avversione per il potere del giudice: ma entrambi questi aspetti non costituiscono certo una novità.

Replicando alla ovvie critiche, si è detto, sulla scorta del tenore testuale della norma, che nell'ambito di un giudizio “bifasico” - una prima fase concernente la giustificatezza del recesso ed una seconda concernente la sanzione da adottare una volta che il giudice ne abbia dichiarato l'illegittimità – il giudizio di proporzionalità (come pure la rilevanza dei codici disciplinari dei contratti collettivi che ne rappresentano un parametro) è pur sempre presente alla prima fase, nonostante ne rimanga escluso nella seconda.

Mi chiedo però se ciò sia però compatibile con i principi generali del nostro ordinamento, nel quale, è bene ricordarlo, rimane in vigore l'art. 2106 cod. civ. che peraltro costituisce un'applicazione particolare di un principio generale del diritto civile (sia detto per inciso: è veramente sconcertante come la tutela del contraente debole vada nel diritto del lavoro in direzione del tutto opposta rispetto agli altri campi del diritto civile).

L'esempio che generalmente si fa per evidenziare il paradosso è il ritardo di pochi minuti. In tal caso il fatto materiale sussiste, è imputabile al lavoratore ed è rilevante disciplinarmente perché costituisce inadempimento contrattuale sia pure lievissimo, generalmente punito dalla contrattazione con una sanzione conservativa minima: ebbene, in questo caso il licenziamento sarà certamente illegittimo ma al dipendente spetterebbe soltanto l'indennizzo.

L'iniquità della soluzione, oltre ad urtare il buon senso, non mi pare che sia in linea con i principi generali dell'ordinamento: così infatti si regala al mero arbitrio del datore di lavoro, disponibile a corrispondere al dipendente licenziato un modesto indennizzo, la sanzione da adottare.

Bisogna dunque verificare se non sia possibile una lettura costituzionalmente orientata della

norma, utilizzando istituti codicistici come la frode alla legge e l'abuso di diritto, ovvero accordando un autonomo titolo di risarcimento del danno in favore del lavoratore per la consumata violazione delle disposizione del CCNL.

Ritengo pertanto non ci si debba rassegnare al fatto che, quando l'inadempimento non è notevole, al licenziato competa solo l'indennizzo, anche perché la stessa nozione di “notevole” inadempimento connota la stessa fattispecie di giustificato motivo soggettivo (che rimane ontologicamente inalterata).

In caso contrario, la questione di costituzionalità sarebbe ineludibile, per più profili (in particolare violazione degli artt. 3 sul piano della ragionevolezza e 39 Cost. sul piano del ruolo della contrattazione collettiva).

Ciò tanto più se si considera la norma che sembra onerare il lavoratore della prova circa l'insussistenza del fatto materiale, prova che, in presenza del perfido avverbio “*direttamente*”, sembrerebbe non poter essere raggiunta per mere presunzioni, dovendosene dare per l'appunto la dimostrazione diretta.

L'esempio che si fa a questo proposito è il seguente.

Tizio viene licenziato per un furto commesso in azienda, il datore di lavoro non prova che egli sia colpevole, ma Tizio, per essere reintegrato, deve dare lui la prova che l'autore del furto è il collega Caio o Sempronio?

E' una lettura questa forse giustificata alla luce del tenore della norma, ma è compatibile con i principi dell'ordinamento?

Io non credo proprio.

Lo stesso ragionamento vale per il GMO palesemente insussistente, se non inventato di sana pianta dal datore di lavoro.

L'assoluta inconsistenza del giustificato motivo oggettivo, che può essere determinata ad esempio per mascherare motivi disciplinari molto tenui, certamente costituisce un elemento

presuntivo di licenziamento nullo per discriminazione ma, in assenza di altri elementi, come escludere a priori che non si possa ordinare comunque la reintegra utilizzando altri canoni ordinamentali, come la frode alla legge, il motivo illecito ovvero l'abuso di diritto?

Lo stesso discorso può essere sviluppato per il licenziamento del tutto privo di motivazione, magari per deliberata scelta del datore di lavoro che così vuole del tutto sottrarsi al rischio di reintegrazione.

In questo caso è il lavoratore ad essere onerato della prova della natura disciplinare del licenziamento per poter aspirare alla tutela reintegratoria attenuata ovvero, addirittura, della discriminazione per aspirare a quella piena, ovvero ci si può già arrivare come si tende a fare ora, in regime di art. 18, attraverso la strada, oggi certamente più agevole, della manifesta insussistenza ?

Concludo sul licenziamento nullo in quanto discriminatorio ovvero in quanto riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge (tralascio l'ipotesi del licenziamento orale perché nella pratica del tutto marginale).

Si è detto dai più che in Italia non esiste un diritto antidiscriminatorio maturo perché, essendoci l'art. 18, non ce n'è finora stato bisogno.

In realtà, dopo la Fornero, l'esigenza di una tutela forte avrebbe dovuto già essere avvertita, ma personalmente non ho visto un grande sforzo degli operatori pratici per adeguarsi alla nuova realtà.

Ora che il gap tra tutela reintegratoria forte ed indennizzo debole si è fatto così ampio una risposta non è più eludibile.

Proprio per questo si impone uno sforzo per interpretare estensivamente l'art. 2 del decreto.

La formulazione dell'art. 2 primo comma del decreto è differente dal comma 1 dell'art. 18 così come riformato dalla legge 92/2012.

Scompare infatti del tutto il richiamo al motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ. come pure scompaiono gli altri richiami ad ipotesi tipiche di nullità previste espressamente dal legislatore, per essere sostituito con un più generico riferimento alle altre ipotesi di nullità previste

dalla legge.

Qui sono possibili due opzioni ermeneutiche.

Quella restrittiva, secondo la quale non compete più la tutela reintegratoria piena nel caso di motivo illecito determinante (e tra questi c'è anche l'ipotesi di licenziamento ritorsivo) ovvero quella estensiva secondo la quale il motivo illecito va ricompreso nella generica dizione “altre ipotesi di nullità previste dalla legge” utilizzate dal decreto n. 23/2015.

La seconda opzione, quella estensiva, è sostenibile a patto di non restringere la nullità ai soli casi in cui la stessa sia dalla legge esplicitata come sanzione della violazione di un precetto primario ma la si allarghi anche ai cosiddetti casi di nullità “implicita” e cioè riconducibile alla violazione di ogni norma imperativa dell'ordinamento.

Se fosse invece corretta la prima opzione, si assisterebbe alla paradossale conseguenza per cui avrebbero sempre diritto alla tutela reintegratoria piena i dirigenti, cui si applica il primo comma del 18 ma ai quali non si applicano viceversa le norme sul CTC, mentre non ce l'avrebbero operai, impiegati e quadri assunti dopo il 7 marzo 2015.

Credo che debba essere fatto uno grande sforzo per sostenere la tesi estensiva, l'unica coerente con i principi di un moderno diritto antidiscriminatorio di rango europeo.