

Il contratto a tutele crescenti: alcune questioni “chiuse” e alcune questioni ancora “aperte” (intervento di Giovanna Pacchiana Parravicini)

A dispetto del nome “schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti”, che induce a pensare all’introduzione di una nuova tipologia contrattuale, le disposizioni che il Governo detta in materia di contratto a tutele crescenti riguardano, come a tutti noto, esclusivamente la disciplina del licenziamento.

Il legislatore delegato, infatti, introduce un regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo, che si applica solo agli operai, gli impiegati ed i quadri assunti a decorrere dall’entrata in vigore del decreto stesso, creando così un microsistema¹ sanzionatorio che si affianca a quello, ancora per la verità non del tutto metabolizzato, introdotto dalla legge 92/2012, che riguarda i lavoratori ad oggi già occupati, ed a quello di cui all’art. 8 legge 604/66.

Con la conseguenza che a breve, a fronte dell’immutata nozione sostanziale di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e licenziamento collettivo, vedremo convivere

- tre diversi “microsistemi” con circa una decina di regimi sanzionatori (tutela obbligatoria rivisitata dal decreto, art. 18 cioè tutela sanzionatoria Fornero e tutela sanzionatoria dei nuovi assunti)
- due diversi regimi processuali perché l’art. 11 dello schema di decreto prevede che ai giudizi (se mai ancora ve ne saranno) aventi ad oggetto il licenziamento degli assunti dopo l’entrata in vigore del decreto non si applica il rito Fornero che, invece, continua a regolare le controversie di coloro che hanno un’anzianità di servizio anteriore alla data di entrata in vigore del decreto.

La disciplina attuale del licenziamento appare certamente barocca ma credo che sia il prezzo da pagare per una riforma del sistema sanzionatorio del recesso ingiustificato che inevitabilmente deve confrontarsi e mediare tra diverse opzioni culturali e politiche prima ancora che giuridiche.

Sono, cioè, anni di “lavori in corso” che però direi che lasciano intravedere abbastanza chiaramente quale sarà il punto di approdo.

Il Jobs Act prosegue, infatti, l’**inversione di rotta** che in parte era già iniziata con la legge del 2012: quella cioè di collocare dosi di

¹ Maresca a roma il 15.1.2015

flessibilità all'interno del contratto di lavoro a tempo indeterminato anziché, come invece era stato fatto in precedenza, nel mercato attraverso l'introduzione di nuove tipologie flessibili e temporanee.

Se nel 2003 con il decreto Biagi il legislatore, non riuscendo ad incidere sulle rigidità "interne" al rapporto di lavoro (in tema di mutamento di mansioni, di stabilità etc), aveva collocato dosi di flessibilità sulle tipologie contrattuali, adesso la flessibilità viene immessa nel contratto a tempo indeterminato che, grazie anche al regime di esonero contributivo di cui alla legge di stabilità, torna padrone della scena a discapito delle altre tipologie contrattuali sulle quali peraltro la legge delega impone un riordino.

Fatta questa premessa molto sintetica e generale, entrerei nel merito di alcune questioni più specifiche.

Come dicevo, lo schema di decreto crea un nuovo microsistema sanzionatorio che per certi aspetti appare di facile lettura ed offre soluzioni che, piacciono o non piacciono nel merito, comunque mi pare si possano considerare acclarate, per altri, invece, introduce nuove criticità interpretative.

Nel mio intervento cercherò di esporre brevemente sia alcune di quelle soluzioni che a mio avviso possono ritenersi acquisite per effetto della nuova norma, sia alcune criticità interpretative innescate dal nuovo testo ponendomi altresì l'interrogativo sulle possibili ricadute interpretative che la nuova legge può avere rispetto agli ancora irrisolti snodi della legge Fornero.

Ovviamente i temi sarebbero tanti ma mi soffermerò solo su alcuni di essi che riguardano il licenziamento per motivi organizzativi e disciplinare.

Cose acquisite

Il primo dato acquisito che occorre registrare riguarda la disciplina sanzionatoria del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e del licenziamento collettivo: al di fuori dell'ipotesi di licenziamento intimato in forma orale (che nel licenziamento collettivo appare quasi di scuola), ancora tutelato con la reintegra piena, ogni altra ipotesi di illegittimità del licenziamento organizzativo è punita con la tutela indennitaria.

In particolare:

- qualora non ricorrano gli estremi del GMO (art. 3 comma 1)

- ovvero, in caso di licenziamento collettivo
 - qualora siano state violate le procedura di cui all'art. 4 comma 12 legge 223/91

- o, NOVITA' SIGNIFICATIVA DI QUESTA NORMA,

siano stati violati i criteri di scelta ex art. 5 legge 223/91

il licenziamento sarà soggetto alla tutela indennitaria forte e quindi, ferma restando l'estinzione del rapporto, il datore di lavoro sarà condannato al pagamento di un'indennità non soggetta a contribuzione pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio del lavoratore con un MINIMO 4 e MASSIMO DI 24 mensilità.

Qualora invece, in caso di GMO, il datore di lavoro abbia violato l'obbligo di motivazione di cui all'art. 2 comma 2 legge 604/66, ferma restando l'estinzione del rapporto, il datore di lavoro sarà condannato al pagamento di un'indennità non soggetta a contribuzione pari a 1 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio del lavoratore con un MINIMO 2 e MASSIMO DI 12 mensilità, salvo che sulla base della domanda il giudice non ravvisi una diversa ipotesi di illegittimità del licenziamento.

Come vedete, a differenza deL' art. 18 comma 6, lo schema di decreto non prevede una **sanzione per la mancata osservanza della procedura innanzi alla DTL perché il decreto sancisce l'inapplicabilità di tale procedura al CTC (art. 3 comma 4).**

Il legislatore elimina dunque totalmente la tutela reintegratoria come sanzione del licenziamento "organizzativo"² illegittimo.

Si tratta di un dato che, piaccia o non piaccia, va preso come tale e accettato senza che a mio avviso sia possibile recuperare all'area dei licenziamenti per motivi organizzativi la tutela reintegratoria.

Neanche quando, come invece ancora previsto dall'art. 18 comma 7 SL riformato, il fatto posto a fondamento del licenziamento per GMO sia manifestamente insussistente, per usare un'espressione che abbiamo imparato a conoscere.

² La legge delega fa riferimento alla nozione di licenziamento economico che a mio avviso non è però tecnicamente corretta da una parte perché porterebbe ad escludere alcuni licenziamenti per motivi organizzativi, es: licenziamento dovuto a innovazioni tecnologiche, e, dall'altra, a dare un rilievo vincolante al motivo economico che a mio avviso non deve condizionare la legittimità del licenziamento.

In particolare non mi pare che si possano percorrere strade che, facendo sponda sul diritto civile, reintroducano la tutela ripristinatoria che il legislatore ha chiaramente voluto escludere dal licenziamento per motivi organizzativi.

Penso all'ipotesi, già prospettata da alcuni, di ritenere che un licenziamento intimato per GMO che sia risultato manifestamente insussistente possa esser considerato nullo per frode alla legge ex art. 1344 c.c. e come tale soggetto alla tutela ripristinatoria di diritto comune o reintegratoria piena ex art. 2 schema di decreto che prevede la reintegra piena per le ipotesi di nullità del licenziamento (anche su questo ci sarebbe da dire).

A mio avviso un'ipotesi di questo tipo per quanto suggestiva non è però giuridicamente sostenibile.

Come a tutti noto, ai sensi dell'art. 1344 il negozio è concluso in frode alla legge quando esso costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa, quando cioè viene usato un mezzo di per sé lecito per realizzare un risultato che la legge vieta,

Il tentativo di reintrodurre una tutela reintegratoria del licenziamento organizzativo attraverso il recupero dell'art. 1344 c.c., sconta dunque il presupposto che la tutela ripristinatoria sia la tutela necessitata a fronte di un licenziamento totalmente privo di qualsiasi giustificazione.

In realtà a mio avviso così non è.

Se, infatti, sia il nostro ordinamento interno, che quello comunitario ed internazionale, impongono il principio della necessaria giustificazione del recesso, non altrettanto può dirsi quanto alla sanzione che consegue alla violazione di tale principio.

E', infatti, noto che l'ordinamento comunitario ed internazionale rimettono agli ordinamenti interni l'individuazione della sanzione del licenziamento ingiustificato, nel rispetto del principio della necessaria effettività e dissuasività della sanzione adottata.

Quanto al nostro ordinamento, la Consulta ha più volte considerato costituzionalmente legittime forme di tutela diverse da quella reintegratoria, ed in particolare la tutela risarcitoria³.

Penso, innanzitutto, alle pronuncia di ammissibilità dei *referendum* abrogativo dell'art. 18, nel 2000 abrogativo e nel 2003 estensivo senza limiti dimensionali: in quell'occasione, infatti, la Corte Costituzionale ha affermato che l'art. 18 Stat. Lav. (vecchia formulazione) non era

³ Corte Cost. 194/70 sull'art. 8 legge 604/66. Si legge, poi, nella decisione 45/65 che il legislatore deve circondare di "doverose garanzie" i casi in cui si renda necessario licenziare.

una norma a contenuto costituzionalmente vincolato la cui abrogazione si traducesse in lesione dei principi costituzionali⁴.

Dunque, se non esiste un principio che impone la tutela ripristinatoria, ritengo che nessuna elusione di norma imperativa possa configurarsi, neppure laddove il licenziamento risulti manifestamente privo di GMO, ipotesi che resta soggetta alla tutela indennitaria prevista dal legislatore.

Quanto precede, è chiaro, a condizione che non sia ravvisabile un licenziamento discriminatorio che ai sensi dell'art. 2 dello schema di decreto, è punito con la tutela reintegratoria piena, sostanzialmente modellata sulla falsa riga dell'art. 18 commi 1-3.

Proseguendo nella disamina degli aspetti acquisiti, pare opportuno rilevare che, a differenza dell' art. 18 SL che consente al giudice di modulare l'ammontare della tutela indennitaria tra un minimo ed un massimo prefissati, nello schema di decreto questa discrezionalità viene eliminata ed il calcolo dell'indennità dal licenziamento illegittimo rimesso ad un dato oggettivo **legato esclusivamente all'anzianità di servizio del lavoratore.**

Il legislatore delegato si colloca su una delle direttrici della legge delega che è quella di eliminare incertezze sui costi del licenziamento. Per farlo il legislatore rivaluta il parametro dell'anzianità di servizio che acquista un ruolo finora inedito diventando l'unico ed obbligatorio parametro di quantificazione dell'indennità salvo il minimo fissato per legge.

A mio avviso questa scelta del legislatore ha una sua giustificazione perché contempera l'esigenza di una sanzione dissuasiva (minimo prefissato) con l'aggancio della sanzione all'indennità all'anzianità, così proporzionando la sanzione alla durata del rapporto, cioè ad un elemento che dà rilievo alla "storia" di quel vincolo contrattuale che è stato illegittimamente risolto.

⁴ Corte Cost. 46/2000 e Corte Cost. 41/2003.

Sul versante del **licenziamento disciplinare** le soluzioni adottate dal legislatore delegato sono, invece, meno nette rispetto ai licenziamenti organizzativi ed aprono ad alcune difficoltà interpretative.

Come sappiamo in questa fattispecie ancora convive, accanto ad una tutela indennitaria pressoché generalizzata, una tutela reintegratoria depotenziata, disegnata sul modello già noto dell'art. 18 comma 4.

L'art. 3 del decreto, infatti, prevede che se non ricorrono gli estremi del GMS o della GC il giudice dichiara estinto il rapporto e condanna il datore di lavoro alla tutela indennitaria forte di cui ho già detto, salvo quanto previsto al comma 2 ove vengono disciplinate le ipotesi esclusive di reintegra.

Ai sensi del comma 2 il licenziamento disciplinare è sanzionato con la reintegra

“esclusivamente nelle ipotesi in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”.

Per la verità la legge delega aveva invitato il legislatore ad individuare specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato passibili di reintegra, facendo pensare ad un decreto delegato che contenesse un elenco di casi o fattispecie.

Il legislatore delegato ha scelto, invece, una soluzione diversa, quella cioè di individuare una formula strutturata non su fattispecie specifiche ma sul tipo di vizio da cui è affetto il licenziamento disciplinare soggetto a reintegra.

Cosa che è a mio parere condivisibile perché sarebbe stato poco opportuna e forse riduttiva e pericolosa una norma di legge che contenesse elenco di “casi soggetti a reintegra”, senza poter modulare a seconda dei settori di appartenenza dei lavoratori.

Quello che mi preme segnalare rispetto alla formula adottata dallo schema di decreto è che con essa il legislatore del 2015 prende una posizione netta rispetto ad alcuni nodi interpretativi che erano emersi dopo la riforma dell'art. 18 SL il quale, come sappiamo, prevede la reintegra per il caso di insussistenza del fatto contestato.

Come a tutti noto, all'indomani della riforma dell'art. 18 SL, un'ordinanza emessa proprio da questo Tribunale⁵, aveva affermato che

“per quanto riguarda la fattispecie inerente la c.d. "insussistenza del fatto contestato" ... la norma in questione, parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al c.d. Fatto Giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'unicum della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo”.

Dunque, secondo quell'ordinanza che ha fatto un po' da apripista nel dibattito, si configura un'ipotesi di “insussistenza del fatto contestato”, con conseguente tutela reintegratoria, quando tale fatto non riveste gli estremi della giusta causa o GMS e dunque quando non sussiste il fatto giuridico da intendersi comprensivo non solo del suo aspetto materiale ma anche di altri elementi, tra i quali innanzitutto la proporzionalità⁶.

Il legislatore delegato, sul solco peraltro recentemente tracciato dalla SC con la sentenza del 6.11.2014 n. 23669, fa propria invece la tesi del cd. “fatto materiale” e cioè dice chiaramente che **ai fini della tutela reintegratoria, non della legittimità del licenziamento**, rileva solo fatto materiale contestato, specificando, a voler davvero fugare ogni dubbio in proposito, che il requisito della proporzionalità è ESTRANEO al fatto materiale alla cui insussistenza segue la reintegra.

Dunque, altro elemento acquisito è che il requisito della proporzionalità resta rilevante ai fini della valutazione della ricorrenza della GC o del GMS, norme generali⁷ che necessitano dell'intervento interpretativo del giudice, e quindi resta rilevante ai fini della legittimità del licenziamento ma NON dell'individuazione della sanzione applicabile (reintegrazione).

Il legislatore, infatti, espressamente chiarisce che il licenziamento illegittimo perché sproporzionato non è soggetto a reintegra.

⁵ Trib. Bologna, est. Marchesini, ord. 15.10.2012.

⁶ Nel caso di specie il Tribunale di Bologna aveva ritenuto che “da una serena e complessiva valutazione del fatto storico ... emerge con evidenza la modestia dell'episodio in questione ... Ne consegue, sotto il profilo della valutazione di gravità del comportamento addebitato al ricorrente, che lo stesso non è idoneo ad integrare il Concetto di giusta causa di licenziamento ex art.2119. Da tale valutazione inerente la gravità del fatto come sopra ricostruito, discende un'importante conseguenza, relativa alla disciplina applicabile

⁷ Tullini, RIDL 2014, 156.

Va altresì segnalato che, in coerenza con quanto precede, il nuovo regime sanzionatorio non considera tra gli elementi rilevanti ai fini della tutela reintegratoria le **previsioni della contrattazione collettiva**.

Tali previsioni, infatti, assurde nella riforma Fornero ad elemento fondamentale per la reintegra laddove era previsto che la reintegra fosse applicata anche quando il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, tornano nel contratto a tutele crescenti alla loro funzione di elemento che può indirizzare il giudice nel valutare la proporzionalità del provvedimento e quindi la sua legittimità ma non nel determinare la condanna reintegratoria.

La netta presa di posizione del legislatore a favore del fatto materiale può stimolare una riflessione che è quella delle ricadute interpretative che il decreto può avere sull'art. 18 riformato che resta vigente per i lavoratori già assunti.

Se è inevitabile pensare che dietro la formula adottata dal legislatore stia il dibattito sulla rilevanza del mero fatto materiale oppure del fatto giuridico, di cui il legislatore del 2015 è ben consapevole, appare allora logico domandarsi **se e come** la netta presa di posizione del legislatore del 2015, che esclude la rilevanza della proporzionalità ai fini della reintegra, **può venire in soccorso nel** dibattito interpretativo sull'art. 18 post Fornero.

Credo che sia, infatti, scontato che ciascuno di noi userà la formula dell'art. 3 comma 2 per sostenere la propria interpretazione all'art. 18 comma 4.

Vi sarà, cioè, chi sosterrà che la previsione del decreto costituisca anche una sorta di interpretazione autentica della previsione contenuta nell'art. 18 comma 4 e dunque che il legislatore, abbia voluto dire a chiare lettere ciò che già riteneva implicito (e che invece questo Tribunale sin dalla ordinanza del 15.10.2012 che ha fatto scuola ha dimostrato che non fosse).

E a questa voce farà presumibilmente da controaltare chi sosterrà che la previsione espressa contenuta nel decreto sul CTC valga quale elemento che opera *a contrario*, dimostrando che l'elemento introdotto *ex novo* solo per il CTC non vale per interpretare l'art. 18 comma 4.

Se sulla carta entrambe le opzioni mi paiono sostenibili, altrettanto mi pare che non si possa negare che l'attuale formulazione dell'art. 3 comma 2 può costituire una sponda all'indirizzo giurisprudenziale che sta prendendo piede dopo la sentenza della SC del 6.11.2014 n. 23669 che, nell'interpretare l'art. 18 comma 4, si è schierata a favore della tesi del fatto materiale.

L'espressa presa di posizione del legislatore a favore della rilevanza del solo fatto materiale ai fini della tutela reintegratoria può certo **rianimare i timori di coloro che già all'indomani della legge Fornero** avevano paventato il rischio che qualunque fatto storico potesse portare ad una risoluzione del rapporto per ragioni disciplinari sanzionabile al massimo con una tutela indennitaria⁸.

Cioè che il datore di lavoro potesse licenziare **per un fatto del tutto irrilevante dal punto di vista disciplinare**, ad esempio imputando al lavoratore di non aver mandato gli auguri di Natale all'amministratore delegato.

Io credo che in realtà questo rischio non sussista né in tema di CTC né per la verità in tema di art. 18 SL Fornero.

Perché entrambe le norme contengono un espresso riferimento alla contestazione.

A mio parere la formula usata dal legislatore (fatto materiale contestato, nel CTC, fatto contestato nell'art. 18) non è meramente descrittiva ma ha un valore necessariamente normativo.

Il rinvio alla contestazione, infatti, circoscrive tra tutti i possibili fatti materiali quelli che rilevano non solo per la legittimità del licenziamento ma anche per la tutela reintegratoria.

Il fatto materiale rilevante è solo quello che viene contestato, e quindi, prima ancora, che è suscettibile di contestazione.

E dunque il fatto materiale che rileva è solo quello che configura un inadempimento contrattuale o una lesione del vincolo fiduciario addebitabile al lavoratore.

E allora tornando all'esempio di prima se il datore di lavoro contesta al lavoratore di non aver mandato gli auguri di Natale all'AD, quel fatto a mio avviso non è contestabile perché non vi si possono ravvisare gli estremi di un fatto disciplinarmente rilevante o lesivo dell'elemento fiduciario.

⁸ In tal senso anche Trib. Bologna 15.10.2012 ove si legge che "...Né può ritenersi che l'espressione "insussistenza del fatto contestato", utilizzata dal legislatore facesse riferimento al solo fatto materiale, posto che tale interpretazione sarebbe palesemente in violazione dei principi generali dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo, posto che potrebbe giungere a ritenere applicabile la sanzione del licenziamento indennizzato, anche a comportamenti esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, ma privi dell'elemento psicologico, o addirittura privi dell'elemento della coscienza volontà dell'azione" ed io aggiungerei di rilevanza disciplinare.

Con la conseguenza che un licenziamento motivato su tale fatto materiale rientra tra quelli soggetti a reintegra per insussistenza del fatto contestato da intendersi prima ancora come contestabile.

Se, invece, il datore di lavoro contesta al lavoratore di esser arrivato in ritardo, ed il lavoratore effettivamente è arrivato in ritardo per un fatto che gli è attribuibile disciplinarmente, allora quel licenziamento potrà esser considerato dal giudice ingiustificato perché sproporzionato, ma sarà soggetto a tutela indennitaria forte e non invece a reintegra.

LE QUESTIONI APERTE

La norma che disciplina le ipotesi eccezionali di reintegra porta ad affrontare il secondo dei temi che avevo anticipato e quindi a soffermarmi su alcune delle questioni interpretative restano aperte.

La prima riguarda la previsione per cui la reintegra deve essere disposta *“esclusivamente nel caso di diretta dimostrazione in giudizio dell’insussistenza del fatto materiale contestato”*.

La disposizione normativa cambia qualcosa in tema di onere della prova?

Tutti sappiamo che l’art. 5 della legge 604/66 prevede che L’onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro

A questa norma, che non viene modificata, si affianca la previsione di cui all’art. 3 comma 2: come convivono le due disposizioni?

Io credo che si debba ragionare partendo da due elementi acquisiti:

- A) che alla illegittimità del licenziamento disciplinare possono conseguire due diverse sanzioni, la reintegra e la tutela indennitaria.
- B) che la reintegra è una sanzione eccezionale che viene applicata dopo che il giudice ha compiuto due operazioni distinte
 - 1) accertato l’illegittimità del licenziamento
 - 2) valutato se sussistono le condizioni esclusive al ricorrere delle quali è prevista la tutela ripristinatoria.

Si tratta peraltro di un doppio giudizio cui ci ha abituati la riforma del Fornero quando ha spacchettato le tutele attribuendo ai diversi vizi che possono incidere sul licenziamento, una diversa sanzione.

Il duplice regime sanzionatorio previsto per il licenziamento disciplinare dall'art. 3 mantiene questo controllo a struttura bifasica⁹ perché ancora una volta il giudice è chiamato a valutare sia la legittimità del licenziamento sia, qualora ritenga il licenziamento illegittimo, il tipo di vizio da cui è affetto per individuare la tutela applicabile.

In questa struttura bifasica si inserisce a mio avviso il regime probatorio che risulta dagli art. 5 della legge 604/66 e 3 comma 2 del decreto.

Ai sensi dell'articolo art. 5 legge 604, il datore di lavoro deve dimostrare la sussistenza del fatto contestato pena la ingiustificatezza del licenziamento.

Ingiustificatezza del licenziamento cui consegue quantomeno la sanzione indennitaria.

Se però si vuole ottenere la tutela reintegratoria è necessario che al processo sia acquisita una prova ulteriore, che sottolineo il legislatore dice dover esser diretta, che è quella dell'insussistenza del fatto materiale contestato.

Talora si tratta di due facce della stessa medaglia, altre volte no.

Ad esempio: Il datore di lavoro contesta il ritardo del lavoratore.

Se il datore non dimostra che il lavoratore è arrivato in ritardo, direi che si tratta di un'ipotesi di insussistenza del fatto materiale contestato soggetta a reintegra.

Qui i due oneri probatori coincidono, il mancato assolvimento dell'uno comporta automaticamente che si ha per acquisito l'altro.

MA Se il datore dimostra ritardo, il giudice può ritenere eccessivo il provvedimento e quindi il licenziamento ingiustificato con condanna alla tutela indennitaria forte.

SALVO che sia acquisita al processo la prova, ed evidentemente l'interesse in tal senso è del lavoratore, che aveva il ritardo era giustificato da un permesso o che il lavoratore era bloccato nell'ascensore dell'azienda, prova al ricorrere della quale consegue la reintegra.

Sempre in tema di licenziamento disciplinare, la centralità che la contestazione assume alla luce del rinvio al fatto **CONTESTATO** operato sia dall'art. 3 comma 2 che dall'art. 18 comma 4, porta ad affrontare un'altra questione interpretativa che a mio avviso è quanto

⁹ Tullini, RIDL 2013, 157.

mai aperta a dispetto della previsione legislativa che sembrerebbe chiarissima.

Mi riferisco alla tutela sanzionatoria prevista dall'art. 4 dello schema di decreto per i vizi formali e procedurali.

Con una disposizione che richiama l'art. 18 comma 6, salvo il fatto che nella disciplina del contratto a tutela crescenti non si fa, correttamente, riferimento ad un licenziamento inefficace che però interrompe il rapporto, come recita l'art. 18 comma 6, il legislatore delegato sanziona con la tutela indennitaria affievolita (da 2 a 12 mensilità) la violazione della procedura di cui all'art. 7 Stat. Lav.

Io credo che questa previsione in realtà darà luogo a problemi interpretativi ben maggiori di quanto la formulazione della norma lascia trasparire.

Perché, per quanto detto prima, ritengo che il legislatore del 2015, ma già quello del 2012, attribuiscono un ruolo fondamentale alla contestazione quale perno del licenziamento disciplinare, un rilievo, quindi, che non vale solo sotto il profilo procedurale, ma anche e prima ancora, sotto il profilo sostanziale perché circoscrive i fatti rilevanti del licenziamento disciplinare.

Come già detto, se non sussiste un fatto contestabile la sanzione è la reintegrazione per dimostrata insussistenza del fatto contestato.

Ed allora credo che occorra ripensare all'art. 7 dello Statuto ed in particolare agli elementi che compongono la contestazione e quelli che fanno parte della procedura di cui all'art. 7 SL.

Che sia cioè necessario distinguere:

- 1) quali mancanze costituiscono un violazione della procedura disciplinare e come tali sono sanzionate con la tutela indennitaria affievolita;
- 2) e quali mettono in discussione la stessa esistenza della contestazione.

Come già anticipato, ed al di là della formulazione letterale dell'art. 4 del decreto, ma anche dell'art. 18 comma 6, a mio parere se la contestazione manca del tutto non si è in presenza di un vizio qualificabile come violazione della procedura di cui all'art. 7 Stat. Lav. ma di un'ipotesi ben più grave in cui manca un fatto contestato, con conseguente tutela reintegratoria.

Resta allora da chiarire quando è applicabile la tutela indennitaria debole prevista per la violazione della procedura di cui all'art. 7 SL.

A mio avviso certamente quando il datore di lavoro commina il provvedimento senza rispettare il termine a difesa ovvero quando, pur richiesto, non convoca il lavoratore per rendere giustificazioni orali o rifiuta la presenza del rappresentante sindacale.

Credo però che sia opportuno, e qui lancio davvero solo uno stimolo di riflessione alla platea, un ripensamento sulla contestazione disciplinare e sull'esercizio del potere disciplinare, per chiedersi ad esempio se la mancanza di tempestività o specificità della contestazione vadano annoverati tra i vizi della procedura di cui all'art. 7 SL (a mio avviso difficile perché la norma non li richiama) ovvero considerati diversamente, come mi pare faccia alcuna giurisprudenza¹⁰ e quindi con ricadute sulle conseguenze sanzionatorie che derivano dal loro mancato rispetto.

¹⁰ Trib. Milano, est. Porcelli, ord.15.11.2014 che afferma che l'immediatezza della contestazione prescinde dall'art. 7 perché un periodo considerevole di tempo determina la manifesta mancanza di interesse del datore di lavoro all'esercizio del potere disciplinare e quindi crea nel lavoratore il legittimo affidamento circa l'intenzione del datore di lavoro di non attribuire rilevanza disciplinare alla condotta, con la conseguenza che il successivo esercizio del potere disciplinare rende il licenziamento soggetto a reintegra per manifesta insussistenza del fatto disciplinarmente rilevante. Ma *contra* pare Cass. Lav. 6.11.2014 n. 23669.

Un altro tema che resta del tutto aperto nella disciplina del CTC è **quello del licenziamento per superamento del periodo di comportamento**, ipotesi che non è espressamente contemplata in nessuna delle norme del decreto.

Occorre dire che la legge delega non invita il Governo ad intervenire su questa ipotesi di licenziamento, il problema nasce però dal fatto che l'art. 1 dello schema di decreto espressamente stabilisce che

Per i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati e quadri, assunti con CTC a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente decreto, **il regime di tutela nel caso di licenziamento illegittimo è disciplinato dalle disposizioni del presente decreto**,

detta, cioè, una norma che pare esser omnicomprensiva delle ipotesi di licenziamento illegittimo dei lavoratori assunti con CTC, crea un **MICROSISTEMA** del licenziamento illegittimo nel CTC dando così la chiara indicazione che per i nuovi assunti la disciplina del licenziamento illegittimo è **SOLO** quella di cui al microsistema costruito dal decreto.

Se così è, certo la mancata previsione della tutela sanzionatoria del licenziamento per malattia appare problematica.

Perché è a tutti noto che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento è un *tertium genus* rispetto al licenziamento per GMO o disciplinare e dunque non appare possibile applicare al licenziamento ex art. 2110 la disciplina di cui all'art. 3 commi 1 e 2 del decreto¹¹.

Si può pensare che il licenziamento per malattia ricada nella previsione di cui al comma 3 dell'art. 3 che sanziona con la reintegra il licenziamento illegittimo per difetto di giustificazione del motivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica, ritenendo che la malattia costituisca un'ipotesi di inidoneità temporanea¹².

¹¹ *Contra* Carinci F., *Un contratto alla ricerca della sua identità*, che a pag. 71 sostiene la riconducibilità di tale ipotesi all'art. 3 comma 1,

¹² Così M. Marazza.