



UN PRIMO COMMENTO ALLA NUOVA **DISCIPLINA DEI RAPPORTI DI LAVORO A TEMPO INDETERMINATO**: CAMBIA PROFONDAMENTE IL QUADRO DELLE TUTELE

DI FRANCO SCARPELLI

Il sostegno all'occupazione passa (nelle intenzioni) dalle minori tutele contro il licenziamento - La frattura tra "vecchi" e "nuovi" assunti, ed i suoi effetti di sistema - I "vecchi assunti": e se si cambia lavoro? - La nuova disciplina dei licenziamenti nel CTC. Il licenziamento nullo e discriminatorio - Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo - I licenziamenti collettivi - Il licenziamento disciplinare - Tutela dimezzata per i vizi procedurali - Le sanzioni presso i datori di lavoro di minori dimensioni - Il calcolo dell'indennizzo - La procedura conciliativa post-licenziamento.

IL SOSTEGNO ALL'OCCUPAZIONE PASSA (NELLE INTENZIONI) DALLE MINORI TUTELE CONTRO IL LICENZIAMENTO

Con la sua approvazione definitiva, il più atteso e discusso tra i decreti attuativi della legge 183 del 2014 è pronto all'entrata in vigore, il giorno dopo la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

Si tratta del già noto **"contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti"** (d'ora innanzi CTC). Esso in realtà non è un nuovo tipo legale di contratto di lavoro, ma più semplicemente il rapporto di lavoro subordinato classico per il quale, solo per i nuovi assunti, viene ora prevista una diversa disciplina dei licenziamenti, con tutele molto meno intense che in passato (almeno con riguardo ai lavoratori ai quali si applicava – e continuerà ad applicarsi, per quelli già in servizio – l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori).

In sostanza, l'intenzione del legislatore è quella di fare in modo che per i lavoratori nuovi assunti operi un regime del licenziamento per cui, ove il recesso venga ritenuto illegittimo dal giudice, ne consegua di regola non la ricostituzione del rapporto di lavoro ma solo un indennizzo, la cui misura è peraltro predeterminata dal legislatore ed è (almeno per i lavoratori con anzianità di servizio non elevata) davvero modesta. Il carattere "crescente" delle tutele sarebbe assicurato dal fatto che più cresce l'anzianità di servizio e più elevata è la misura dell'indennizzo (ma solo fino a un certo punto, visto che la legge fissa un tetto oltre il quale le "tutele" smettono di crescere).

Solo in casi eccezionali, come si vedrà, è ancora possibile la reintegrazione nel posto di lavoro.

Secondo il Governo, la nuova disciplina dovrebbe rendere più conveniente e appetibile per le imprese l'assunzione dei lavoratori a tempo indeterminato, così contribuendo a dirottare una maggior quota della

domanda di lavoro dai contratti di lavoro atipici e precari (contratti a termine, lavoro accessorio, rapporti di collaborazione autonoma, ecc.) al contratto, appunto, a tempo indeterminato. Sul punto, per una valutazione più completa, dovranno attendersi le modifiche preannunciate ai contratti di lavoro atipici, anche se lo schema di decreto presentato il 20 febbraio non sembra incidere significativamente sui limiti al contratto a termine, che rappresenta di fatto il più importante competitore del rapporto di lavoro standard, a tempo indeterminato (anzi, se possibile, la disciplina del termine sembra essere resa ancora meno rigorosa rispetto al decreto Poletti del 2014, che già di fatto l'aveva sostanzialmente liberalizzato).

Forse qualche effetto maggiore, di trasmigrazione verso il rapporto di lavoro a tempo indeterminato con CTC, potrà aversi con la nuova disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative, ma soprattutto grazie ai consistenti sgravi contributivi previsti dalla recente Legge di stabilità per le assunzioni a tempo indeterminato effettuate nel 2015 (di lavoratori che nel semestre precedente non abbiano avuto alcun rapporto di lavoro a tempo indeterminato).

Non si può che sperare che lo scopo avuto presente dal Governo Renzi si realizzi, il che tuttavia non può impedire di vedere i profondi limiti dell'operazione regolativa, nascenti dall'accettazione acritica del teorema per il quale il sostegno dell'occupazione debba passare attraverso l'abbattimento dei livelli di tutela del lavoratore. Teorema di cui non soltanto sono indimostrati fondamento ed efficacia, ma che non misura le conseguenze che, sul piano sociale ma anche su quello economico, possono derivarne nel sistema.

La nuova disciplina modifica infatti per il futuro gli assetti di fondo del sistema di regole del lavoro (almeno per le imprese di maggiore dimensione, dove opera tradizionalmente un regime protettivo intenso per i licenziamenti ingiusti), spostando in misura significativa gli equilibri di potere sociale a favore dei datori di lavoro, e senza che agli stessi sia chiesto un maggiore investimento sul lavoro, ad esempio in termini di oneri formativi.

E' evidente a chiunque che le tutele in materia di licenziamento (in particolare il rigore delle sanzioni di un licenziamento che risulti privo di una seria giustificazione) hanno una rilevanza che va oltre la questione del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, in quanto sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro, la sua libertà di espressione, la sua capacità di difendersi eventualmente da condizioni di lavoro insicure o lesive della sua dignità, la sua possibilità di attivarsi già nel corso del rapporto di lavoro per avanzare pretese collegate ai propri diritti di fonte legale o contrattuale, ovviamente la sua disponibilità ad attivarsi sindacalmente, ecc.

Dunque, se allo stato non è possibile prevedere se il CTC avrà successo, con la crescita numerica dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato rispetto ad altre forme di lavoro, è però certamente possibile prevedere che i lavoratori così impiegati – dunque la generalità dei futuri assunti con il contratto di lavoro standard – saranno lavoratori più deboli sia sul piano individuale sia su quello collettivo (dato che, anche per le organizzazioni sindacali, sarà più difficile coinvolgere lavoratori più facilmente licenziabili). In una parola, può dirsi che se pure avremo meno contratti atipici (ammesso che ciò succeda, avremo d'ora innanzi lavoratori standard più precari.

LA FRATTURA TRA “VECCHI” E “NUOVI” ASSUNTI, ED I SUOI EFFETTI DI SISTEMA

La nuova disciplina del CTC si applica soltanto ai lavoratori **assunti successivamente alla sua entrata in vigore** (salvo i dirigenti, che anche nel futuro manterranno l'attuale autonomo statuto del recesso, legato soprattutto alle tutele contrattuali e di recente integrato da specifiche disposizioni di legge per il caso del dirigente licenziato nell'ambito di una riduzione di personale).

Il decreto precisa peraltro che si considerano nuove assunzioni, soggette alla disciplina del CTC, anche i casi di conversione (successiva all'entrata in vigore del decreto) di **contratti a tempo determinato** e di conferma in servizio degli **apprendisti**.

Quest'ultima previsione, mancante nello schema iniziale del decreto, ha lo scopo di evitare che le imprese rinuncino a confermare in servizio i lavoratori oggi in servizio come lavoratori a termine o in periodo di apprendistato, in quanto (se il decreto non fosse stato corretto) gli stessi sarebbero diventati lavoratori a tempo indeterminato soggetti alla vecchia disciplina dei licenziamenti (quindi anche all'art. 18, dove si applica). Tuttavia la previsione, almeno per quel che riguarda gli apprendisti, appare di dubbia legittimità costituzionale, poiché la legge delega imponeva di riservare la disciplina solo alle nuove assunzioni a tempo indeterminato, mentre gli apprendisti devono considerarsi tali fin dall'avvio del rapporto.

Per quel che riguarda le conversioni dei contratti a termine, è appena il caso di segnalare che il lavoratore che ritenga che l'assunzione a termine fosse avvenuta al di fuori delle regole di tale contratto, e che dunque il termine fosse illegittimo, potrà far valere le sue ragioni anche al fine di essere considerato un "vecchio" assunto, soggetto perciò alla precedente disciplina dei licenziamenti.

Va poi segnalato che rimane dubbia l'applicazione della nuova disciplina ai lavoratori pubblici (punto che non è stato chiarito nella versione definitiva del decreto, nonostante le attese in tal senso).

L'applicazione di una diversa disciplina dei licenziamenti, più favorevole alle imprese, solo ai nuovi assunti, determina una differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti dagli effetti difficilmente prevedibili, e potenzialmente dirompenti.

E' in questione, in primo luogo, un problema di ragionevolezza della disuguaglianza di tutela tra lavoratori della stessa condizione (e assoggettati ad un licenziamento per motivi analoghi), disuguaglianza che può talvolta assumere carattere macroscopico come nel caso dei licenziamenti collettivi, dove potrà accadere che due lavoratori coinvolti nella stessa procedura e licenziati sulla base degli stessi criteri di scelta si trovino – nell'ipotesi in cui tali criteri siano applicati scorrettamente ad entrambi – a godere l'uno della tutela reintegratoria (il vecchio assunto) e l'altro di un modesto indennizzo economico.

Oltre a ciò, dovranno misurarsi gli effetti di sistema provocati dalla nuova disciplina sui comportamenti degli operatori economici.

In breve, la notevole convenienza dei nuovi rapporti di lavoro (per l'effetto combinato tra incentivi economici e regime dei licenziamenti meno oneroso) potrebbe indurre le imprese a porre in essere strategie miranti alla più rapida sostituzione dei vecchi con i nuovi assunti (col rischio che nei prossimi mesi ed anni aumentino i licenziamenti dei lavoratori di più elevata anzianità, già numerosi in questi anni di crisi).

D'altronde, imprese già consolidate potrebbero trovarsi, soprattutto nei settori economici esposti a condizioni di concorrenza più esasperata e dove il fattore lavoro assume rilevanza economica centrale (es. i c.d. servizi ad alta intensità di lavoro), esposte a pratiche distorsive della concorrenza, da parte di imprese di nuova costituzione che puntino sul vantaggio competitivo di avvalersi soltanto di nuovi assunti.

Nei settori dove si lavora soprattutto per appalti o rapporti simili (di nuovo i servizi alle imprese e alle persone, l'edilizia, i trasporti, ecc.), caratterizzati dunque dal frequente mutamento del cantiere o dell'appalto, le nuove regole costituiscono una minaccia all'effettività delle c.d. "clausole sociali", miranti a garantire la stabilità dei lavoratori con la successione da un appalto all'altro (successione nella quale, come dispone l'art. 7 del decreto, il lavoratore conserva l'anzianità già maturata su quell'appalto), proprio per il rischio di rimanere esposti a imprese concorrenti che impieghino soltanto nuovi assunti, e perciò possano offrire al committente offerte ancora più basse del consueto.

Ancora, le cessioni ed esternalizzazioni di attività da parte delle imprese, che da anni costituiscono una tendenza stabile di riorganizzazione della produzione mediante le cessioni dei c.d. rami d'azienda, diventano d'ora innanzi meno convenienti (in quanto i lavoratori interessati, e che passano in capo al soggetto cessionario dell'attività in forza dell'art. 2112 cod.civ., mantengono lo status di "vecchi assunti" esclusi dal nuovo regime, e sono dunque meno appetibili per l'impresa interessata a subentrare nell'attività. E' evidente il rischio che d'ora innanzi le esternalizzazioni vengano effettuate cedendo dove possibile la sola attività, priva di una organizzazione economica, ad un nuovo soggetto imprenditoriale: fenomeno che creerà inevitabilmente nuovi ed ulteriori problemi di gestione di eccedenze di personale.

Sono, questi ed altri, effetti di sistema non considerati dal legislatore, che sembra mancare – anche oltre il problema, non certo irrilevante, della tutela della dignità del lavoratore – di una visione complessiva di sistema, e di un utilizzo delle regole del lavoro non solo quali regole del singolo rapporto di lavoro, ma quali regole del mercato e del comportamento dei soggetti economici.

Infine, un problema specifico riguarda le organizzazioni sindacali, già da anni costrette al duro confronto con i grandi processi di riorganizzazione e globalizzazione, con la crisi del sistema economico, col mutamento delle condizioni di forza e con la forte frammentazione dei lavoratori da rappresentare. La nuova e inedita frattura, introdotta oggi dalla legge anche all'interno delle grandi imprese, tra lavoratori tutti assunti a tempo indeterminato, creerà ulteriori difficoltà al radicamento sindacale e ad un'equilibrata rappresentanza degli interessi generali dei lavoratori (anche per la circostanza di fatto per cui i lavoratori più facilmente disposti all'azione sindacale saranno i vecchi assunti, più protetti contro eventuali licenziamenti ingiustificati, col rischio di una maggiore attenzione delle rappresentanze agli interessi di questi ultimi).

Sarà indispensabile, sotto questo profilo, una grande capacità di innovazione della pratica sindacale, certo non facile nel contesto attuale (caratterizzato anche da un'evidente sfavore dell'attore politico verso le associazioni sindacali, nonostante la caratterizzazione di centrosinistra della attuale maggioranza).

Infine, va segnalato che i lavoratori assunti con CTC sono meno tutelati anche sul piano processuale, non essendo loro applicabili le regole del c.d. Rito Fornero introdotto dalla legge 92 del 2012. Pur essendo tali regole molto discusse e criticate, esse garantiscono un procedimento giudiziario molto rapido del quale i nuovi assunti non potranno avvalersi, rimanendo affidati ai tempi delle ordinarie cause di lavoro (che purtroppo, in alcuni territori del Paese, sono molto lunghi). Resta la possibilità, in particolare nei casi in cui il lavoratore intenda chiedere la tutela reintegratoria conservata per i licenziamenti nulli e discriminatori (v. infra) di avvalersi degli strumenti per procedimento d'urgenza ovvero, per i casi di licenziamento discriminatorio, del c.d. procedimento sommario di cognizione.

I "VECCHI ASSUNTI": E SE SI CAMBIA LAVORO?

Il fatto che il decreto si applichi solo ai nuovi assunti significa dunque che, per i **lavoratori già in forza**, nell'immediato non cambia nulla: se essi operano presso datori di lavoro che raggiungono le soglie previste dalla legge (unità produttiva con più di 15 lavoratori, datori di lavoro con più di 60 dipendenti nel loro complesso) continueranno a vedersi applicare, ove subiscano un licenziamento non giustificato, l'art. 18.

Anche un lavoratore oggi già in servizio, tuttavia, potrà vedersi applicare la nuova disciplina in un futuro rapporto di lavoro per effetto di un cambio di lavoro, cercato o subito.

Tale ovvia considerazione evidenzia un altro effetto di sistema dell'infelice scelta regolativa, ovvero quello di una probabile maggiore rigidità delle transizioni sul mercato del lavoro: qualsiasi lavoratore oggi addetto ad una impresa medio-grande sarà infatti meno disponibile che in passato a cambiare lavoro, sapendo di transitare in un regime significativamente meno tutelato.

Ciò avrà conseguenze anche sulle frequenti vicende di trattativa per la risoluzione dei rapporti di lavoro, alternativa volontaria spesso praticata dalle imprese invece dei più rischiosi licenziamenti. E' chiaro che qualsiasi lavoratore sarà meno propenso a lasciare un posto più protetto (ad abbandonare uno statuto giuridico che non recupererà mai più).

Per i lavoratori contrattualmente più forti, perché più ricercati in forza della loro professionalità, sarà sempre possibile inserire tra le condizioni di lavoro oggetto di trattativa con l'aspirante futuro datore di lavoro una specifica clausola di maggior tutela della stabilità, rispetto a quella loro attribuita dalla legge sul CTC. Infatti, è pacifico che una maggiore protezione contro i licenziamenti, e la stessa applicazione dell'art. 18 stat. lav. – possa derivare da un accordo negoziale tra le parti (così come è possibile prevedere tali

garanzie anche da parte di accordi sindacali).

E' del tutto evidente che è ancora più importante, d'ora in poi, che un lavoratore che tratti la sua uscita da un'impresa e la sua assunzione da parte di un'altra, si procuri un'assistenza legale specialistica e di qualità.

LA NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI NEL CTC. IL LICENZIAMENTO NULLO E DISCRIMINATORIO

Veniamo finalmente ad una prima sintetica analisi della nuova disciplina riservata ai lavoratori nuovi assunti.

Il decreto prevede in primo luogo, all'art. 2, il regime sanzionatorio dei **licenziamenti discriminatori, o nulli** per altri motivi (ad esempio per contrasto con specifici divieti di legge, come quello a tutela della maternità): qui le tutele – che si applicano in tutti i casi, senza distinzione di dimensione del datore di lavoro – sono analoghe a quelle dettate dall'art. 18 per i lavoratori già in servizio (reintegrazione nel posto di lavoro, tutela risarcitoria per il periodo dal licenziamento alla reintegrazione, con un minimo di cinque mensilità di retribuzione, versamento per tale periodo dei contributi previdenziali, diritto del lavoratore a scegliere tra reintegrazione e una indennità aggiuntiva di quindici mensilità di retribuzione).

L'art. 2, qui innovando in senso migliorativo rispetto all'art. 18 stat. lav., fa rientrare nel regime del licenziamento nullo anche l'ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento “per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”. Si tratta in primo luogo dei licenziamenti intimati per **sopravvenuta inidoneità del lavoratore**, quando il giudice ritenga non fondato tale giudizio di inidoneità o quando il lavoratore avrebbe potuto e dovuto essere mantenuto in servizio, su altre mansioni o adottando accorgimenti tali da rendere il lavoro compatibile con le mutate condizioni di salute.

La formula utilizzata dal decreto, che fa riferimento alla disabilità fisica o psichica, non può essere intesa in senso tecnico (cioè le condizioni di disabilità indicate dall'art. 1 della legge 68/1999, accertate da apposite commissioni amministrative) ma appunto come sinonimo di inidoneità, quando il licenziamento è stato motivato per una (presunta) sopravvenuta “non abilità” per lo svolgimento del lavoro.

Si pone invece il dubbio se in tale formula possa rientrare anche il caso, assai importante e diffuso, del licenziamento del lavoratore per **superamento del comportamento di malattia**, quando il recesso sia giudicato invalido ad esempio per lo scorretto computo delle assenze, o per la non computabilità di parte di esse in quanto malattie imputabili a colpa dello stesso datore di lavoro.

In merito, circolano tesi restrittive dirette a sostenere che il superamento del comportamento sia un caso di giustificato motivo oggettivo soggetto alla minore protezione di cui si dirà tra breve. Si tratta di tesi meritevoli di confutazione: non solo perché anche la malattia può considerarsi un caso di (temporanea) disabilità fisica o psichica del lavoratore, e perché la formula del decreto cita la legge 68/1999 solo in via esemplificativa, ma soprattutto perché la tutela della salute (e il relativo diritto alla conservazione del posto di lavoro, nei limiti stabiliti dai contratti collettivi) ha rilevanza costituzionale (art. 32 Cost.), tale da rendere più coerente la riconduzione delle sue violazioni al regime della nullità del licenziamento.

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

L'art. 3 primo comma prevede che per tutti gli altri **licenziamenti** – per **motivi disciplinari**, per **motivi economici individuali**, per **licenziamento collettivo** per riduzione del personale – l'accertamento dell'eventuale difetto di giustificazione dia luogo (salvo quanto si dirà tra poco sul disciplinare) ad una tutela meramente economica, con un indennizzo che cresce progressivamente con il maturare di una maggiore anzianità di servizio (in proporzione di due mensilità per ogni anno di anzianità), e con la fissazione di un

minimo (quattro mensilità) e un massimo (ventiquattro mensilità).

Su concetto di retribuzione utile per l'indennizzo e sulle modalità del calcolo ci si soffermerà tra breve.

Per i licenziamenti economici – nozione introdotta dalla legge delega 183/2014, alla quale può ricondursi il **licenziamento per giustificato motivo oggettivo**, art. 3 l. 604/1966, ed i licenziamenti per riduzione del personale, art. 24 l. 223/1991 – sarà dunque possibile sempre e soltanto la sanzione indennitaria.

Va sottolineato che il legislatore non ha accolto la proposta di sottrarre del tutto il licenziamento individuale per motivi organizzativi al controllo giudiziario, sostituendolo con un indennizzo fisso dovuto sempre. Il sindacato giudiziario rimane dunque possibile – a seguito di impugnazione da parte del lavoratore, sempre nei termini di decadenza di cui all'art. 6 della l. 604/1966 – e sarà effettuato secondo i canoni tradizionali (effettività delle ragioni addotte dal datore di lavoro, rilevanza del collegamento causale tra tali ragioni e il licenziamento del lavoratore, possibilità di ricollocamento del lavoratore su altra posizione, eventuale scorrettezza della scelta del licenziato tra più dipendenti licenziabili), con onere della prova a carico del datore di lavoro. All'esito del giudizio il licenziamento potrà essere ritenuto giustificato, e dunque il lavoratore non otterrà tutele aggiuntive rispetto al preavviso e alle competenze dovute per la cessazione del rapporto di lavoro (salvo accedere alle tutele previdenziali e sul mercato del lavoro per lo stato di disoccupazione, oggetto di revisione da parte del contemporaneo decreto sugli ammortizzatori sociali); se invece il giudice dovesse ritenerlo ingiustificato dovrà condannare il datore di lavoro a pagare l'indennizzo, la cui misura è però preordinata, togliendo al giudice qualsiasi potere di modularlo in relazione alla condizione delle parti.

E' del tutto evidente che, almeno per i lavoratori di bassa anzianità (si rammenti che per i primi due anni l'indennizzo resta limitato alle quattro mensilità minime), la condizione del datore di lavoro non è dissimile da quella voluta dalle tesi sopra ricordate, poiché egli potrà effettuare il recesso anche basandosi su motivi organizzativi poco consistenti, e mettendo in conto il fatto di essere probabilmente chiamato a pagare l'indennizzo nella misura prevista dalla legge.

Per il lavoratore, l'unica possibilità di maggior tutela sembra rimanere quella di invocare l'applicazione dell'art. 2 del decreto, provando a dimostrare che la vera ragione del licenziamento (quando ciò accade) non è quella indicata, e risultata insussistente, ma un motivo di carattere illecito o discriminatorio. Si tratta tuttavia di azione difficile in quanto l'onere della dimostrazione del carattere invalido del recesso incombe sul lavoratore. Sarà però possibile chiedere al giudice di avvalersi della tecnica delle presunzioni, la prima delle quali potrà essere, se del caso, l'inconsistenza o totale inesistenza delle ragioni di licenziamento addotte dal datore di lavoro.

Valgono qui, ovviamente, i fattori discriminatori indicati dal legislatore, da interpretare peraltro come elenco aperto (potendo ad esempio contestare come discriminatorio, o comunque ritorsivo, il caso del licenziamento economico intimato dopo che il dipendente ha avviato una azione stragiudiziale o giudiziaria a tutela dei propri diritti).

Da segnalare, infine, che per i nuovi assunti viene esclusa l'applicazione della procedura preventiva per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, davanti alle commissioni di conciliazione delle Direzioni territoriali del lavoro, introdotta dalla Legge Fornero del 2012 modificando l'art. 7 della l. 604/1966.

I LICENZIAMENTI COLLETTIVI

Lo stesso indennizzo del licenziamento individuale è previsto dall'art. 10 per il caso in cui il giudice accerti l'invalidità del recesso adottato nell'ambito di una **procedura di riduzione del personale** (a parte l'ipotesi, del tutto improbabile in un simile contesto, del licenziamento adottato senza la forma scritta, che rientra nel regime sanzionatorio dell'art. 2).

L'art. 5 della legge 223/1991 prevede, per i lavoratori già in servizio, due differenti regimi sanzionatori: quello meramente economico per il caso di violazione della procedura sindacale prevista dall'art. 4 della stessa legge (con un indennizzo da 12 a 24 mensilità); la reintegrazione per il caso di violazione dei criteri di scelta.

Per i nuovi assunti, invece, il decreto prevede soltanto il regime indennitario, e nelle misure assai più modeste che si sono dette (da 4 a 24 mensilità, queste ultime ottenibili solo al raggiungimento di un'anzianità aziendale di ben dodici anni).

Si è già anticipato come appaia particolarmente odiosa, in questo caso, la differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti, che si troveranno ad avere tutele assai diverse di fronte allo stesso vizio e nell'ambito della stessa procedura di riduzione del personale. E' anche per questo che sono venuti da più parte, ed anche dalle Commissioni lavoro della Camera e del Senato, gli inviti a prevedere anche per i nuovi assunti la reintegrazione in caso di violazione dei criteri di scelta, rimasti purtroppo inascoltati da parte del Governo.

Resta la possibilità di una tutela unitaria dei lavoratori coinvolti nella procedura quando le violazioni della legge assumano rilevanza come condotte antisindacali, potendo qui agire il sindacato interessato, ex art. 28 dello statuto dei lavoratori, e chiedere la rimozione degli effetti della condotta con il ripristino del rapporto di tutti i lavoratori licenziati.

Ancora, nei casi di violazione di criteri di scelta fissati da uno specifico accordo sindacale dovrà ragionarsi sulla possibilità, per il lavoratore licenziato in violazione di tali criteri, di fondare un'autonoma azione risarcitoria (secondo le regole del diritto civile) per la violazione da parte del datore di lavoro di tali impegni negoziali.

IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Il regime meramente indennitario verrà applicato ai nuovi assunti anche nel caso di **licenziamento per motivi disciplinari**, per **giustificato motivo soggettivo** o per **giusta causa**.

Il comma secondo dell'art. 3 prevede tuttavia un'eccezione, per la quale è prevista ancora la sanzione della reintegrazione. Si tratta del caso, recita la legge, 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"*: in tale ipotesi il giudice annullerà il licenziamento e condannerà il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno, con un massimo di dodici mensilità (regime in questo caso analogo a quello previsto dall'art. 18, comma quarto, stat. lav.).

E' prevedibile che si scatenerà il dibattito, tra i giuristi e in giurisprudenza, su cosa significhi l'espressione richiamata, la quale ha la chiara finalità di limitare l'apprezzamento da parte del giudice di elementi di carattere giuridico della condotta contestata al lavoratore.

Va però osservato, in prima battuta, che il riferimento al fatto "contestato" impedisce di limitare la verifica di sussistenza alla "materia" intesa in senso fisico (e ovviamente della sua riferibilità al lavoratore), almeno tutte le volte in cui la contestazione ingloba un elemento di carattere soggettivo (dunque, ad esempio, se il lavoratore viene licenziato per un danneggiamento volontario di un apparecchio, ma poi risulta che il danneggiamento vi è stato, ma è stato provocato da una perdita involontaria di equilibrio, dovrà ritenersi appunto insussistente il fatto materiale contestato al lavoratore).

Su tali questioni dovrà comunque attendersi il maturare dei primi orientamenti giurisprudenziali. Resta un fatto, assai grave, che la disciplina del decreto (a differenza di quanto accade nell'art. 18 stat. lav.) esclude la possibilità della reintegrazione quando il licenziamento è giudicato ingiusto per un difetto di proporzionalità tra la condotta contestata (ed effettivamente tenuta dal lavoratore) e la sanzione espulsiva, e addirittura quando per quella condotta il codice disciplinare applicato nell'impresa, sulla base di quanto previsto dal

contratto collettivo, preveda espressamente che il datore di lavoro debba applicare una sanzione conservativa! (una multa o una sospensione dal lavoro e dalla retribuzione).

E' palese l'assurdità di un simile esito, che potrebbe consentire al datore di lavoro (che voglia allontanare un lavoratore ritenuto sgradito, mettendo in conto di dovergli pagare un modesto indennizzo) di licenziare anche per condotte (come il ritardo nell'arrivo al lavoro, o l'assenza ingiustificata di un solo giorno) per le quali il contratto collettivo prevede una tenue sanzione disciplinare.

Anche per simili ipotesi dovrà ragionarsi sull'utilizzabilità di tecniche alternative di tutela (quale ad esempio il ricorso a istituti civilistici come la frode alla legge), così come sulla possibilità di innestare sulla palese violazione del codice disciplinare una autonoma azione risarcitoria per violazione di un impegno di carattere negoziale.

Infine, va rammentato che nell'ipotesi in cui il giudice ritenga assente la giusta causa di licenziamento, riconoscendo la sola sanzione indennitaria, il lavoratore avrà anche diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, il cui autonomo fondamento sta nell'obbligo previsto dall'art. 2118 cod. civ.

TUTELA DIMEZZATA PER I VIZI PROCEDURALI

L'art. 4 del decreto prevede che laddove il licenziamento sia viziato soltanto sul piano formale o procedurale (violazione del **requisito di motivazione** di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della **procedura** dell'articolo 7 della legge n. 300 del 1970) la sanzione sia esclusivamente indennitaria, col pagamento di un'indennità equivalente a una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, con un minimo di due e un tetto di dodici mensilità.

Ciò, ovviamente, ove il lavoratore non possa far valere i vizi sostanziali di giustificazione. Inoltre, il vizio radicale di forma del recesso (licenziamento orale) determina sempre la reintegrazione con tutela risarcitoria piena, ai sensi dell'art. 2 del decreto.

LE SANZIONI PRESSO I DATORI DI LAVORO DI MINORI DIMENSIONI

Per i lavoratori nuovi assunti nelle **unità produttive di dimensioni minori**, alle quali oggi non si applica l'art. 18, il decreto sul CTC prevede che si applichi il regime sin qui descritto, ma con due importanti differenze:

- è comunque esclusa la reintegrazione nel posto di lavoro per i licenziamenti disciplinari, anche quando sia ritenuto del tutto insussistente il fatto contestato;
- l'indennizzo è dimezzato e non può comunque superare le sei mensilità (dunque andrà da 2 a 6 mesi di retribuzione, crescendo di una mensilità per anno di servizio, a partire dal terzo e fino al sesto anno di anzianità aziendale).

L'art. 1 del decreto, comma terzo, si occupa anche dei lavoratori già impiegati presso tali datori di lavoro, di minore dimensione.

Per essi continua ad applicarsi il regime di tutela "obbligatoria" già previsto dall'art. 8 della legge 604/1966 (risarcimento deciso dal giudice tra 2,5 e 6 mensilità): tuttavia, la legge prevede anche per essi un'importante novità in quanto, nell'ipotesi in cui per effetto di nuove assunzioni l'unità produttiva dovesse raggiungere la soglia per l'applicazione delle regole generali, tutti i lavoratori saranno a quel punto soggetti alla disciplina del CTC, sopra descritta.

In sostanza, ciò significa che per i lavoratori oggi in servizio presso le piccole imprese la crescita di

dimensione dell'unità produttiva non produrrà più l'accesso alle regole dell'art. 18, ma l'ingresso nel nuovo (meraviglioso) mondo del contratto a tutele crescenti.

Si tratta invero di una disposizione di dubbia compatibilità con l'espresso limite posto dalla legge delega di applicazione della disciplina del decreto solo ai nuovi assunti: la norma potrà dunque incorrere in incidenti di costituzionalità.

IL CALCOLO DELL'INDENNIZZO

Il decreto sul CTC detta regole specifiche per il calcolo dell'indennizzo dovuto in concreto al lavoratore, nell'ipotesi in cui l'accertamento dell'invalidità del recesso non conduca alla reintegrazione.

In primo luogo, il decreto abbandona la tradizionale nozione di retribuzione globale di fatto come base per il calcolo della **mensilità utile per l'indennizzo**, sostituendola con la nozione di "*ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto*" (e ciò avviene anche con riferimento al risarcimento del danno in caso di reintegrazione, e al calcolo dell'opzione del lavoratore alternativa alla reintegrazione stessa).

Si tratta di una scelta molto discutibile e suscettibile di sollevare contrasti interpretativi. La nozione di retribuzione globale di fatto aveva infatti una sua consolidata interpretazione, tale da creare relativa certezza negli interpreti (salvo il sorgere di liti per accertare la natura retributiva di voci o benefit erogati durante il rapporto di lavoro ed ai quali il datore di lavoro non abbia riconosciuto natura retributiva in busta paga: problema che può riproporsi peraltro anche nei casi soggetti al nuovo regime).

La questione è che la nozione di retribuzione utile per il tfr, dettata dall'art. 2120 cod. civ., fa riferimento alla retribuzione annua, ponendosi dunque il problema di come individuarla nel caso più probabile di licenziamento intervenuto in corso d'anno. Inoltre, si porrà il problema di come computare gli elementi variabili della retribuzione (ad es. premi, retribuzione di produttività, ecc.), che tradizionalmente sono calcolati sulla media degli ultimi tre anni.

E' comunque evidente la finalità del legislatore di favorire ulteriori risparmi sulla sanzione per il datore di lavoro, facendo riferimento a una nozione dalla quale la contrattazione collettiva, per previsione dello stesso art. 2120 cod. civ., può escludere alcuni elementi (ciò che d'ora innanzi attribuisce una pesante responsabilità alla contrattazione stessa, la quale escludendo singoli istituti retributivi dal calcolo del trattamento di fine rapporto finirebbe per rendere più leggere, per il datore di lavoro, le conseguenze di un suo comportamenti illecito).

Una volta calcolata la singola mensilità di indennizzo (sulla base appunto della retribuzione utile per il calcolo del t.f.r.), l'indennità complessiva dovuta ai sensi dell'art. 3 del decreto (o quelle minori ai sensi degli artt. 4 e 9) si calcola, come si è visto, in relazione all'anzianità di servizio, nel rispetto di un minimo e di un massimo.

Per il caso previsto dall'art. 3 (indennità per licenziamento ingiustificato, nella misura di due mensilità per ogni anno di servizio), per i primi due anni saranno comunque dovute le 4 mensilità della misura minima, e a partire dal compimento del dodicesimo anno sarà comunque dovuta un'indennità di 24 mensilità. A partire dall'ingresso nel terzo anno di anzianità di servizio, l'indennità crescerà progressivamente in misura proporzionata ai singoli mesi, o alle frazioni di mese uguale o superiore a quindici giorni (v. art. 8 del decreto). In pratica, ogni mese (o frazione di almeno quindici giorni) il lavoratore matura 2/12 di una mensilità di retribuzione, sino ad arrivare alle due mensilità piene al compimento dell'anno di anzianità.

Lo stesso meccanismo vale per i casi previsti dagli artt. 4 (vizi formali) e 9 (datori di lavoro minori) ma con riferimento ad una sola mensilità per anno (quindi 1/12 per ogni mese o frazione di almeno quindici giorni) e con i diversi limiti minimi e massimi.

LA PROCEDURA CONCILIATIVA POST-LICENZIAMENTO

Un'altra novità del decreto sul CTC (art. 6) è la nuova procedura, azionabile da parte del solo datore di lavoro, diretta a evitare il contenzioso sul licenziamento. La norma citata prevede che il datore di lavoro possa, entro i termini di impugnazione del licenziamento (60 giorni), invitare il lavoratore presso una delle sedi conciliative previste dall'art. 2113 cod. civ. (tra cui le commissioni di conciliazione sindacale, quelle presso le direzioni provinciali del lavoro, ecc.) offrendogli, mediante consegna di un assegno circolare, una somma equivalente a una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio (calcolata sempre nel modo sopra detto), con un minimo di 2 e un massimo di 18, in cambio della **rinuncia all'impugnazione**.

Il vantaggio di simile soluzione è che la somma così determinata gode di un regime di esenzione sia dai contributi previdenziali sia dall'imposizione fiscale (in gergo potrebbe dirsi che è "netta"). La legge precisa peraltro che tale regime è riconosciuto solo alla somma esattamente determinata nel modo sopradetto, e non si estende ad eventuali erogazioni aggiuntive (previste, ad esempio, per transigere su titoli diversi da quello del licenziamento).

E' fuor di dubbio che il regime agevolato possa presentarsi particolarmente conveniente per il lavoratore, rispetto alla più rischiosa ipotesi del contenzioso. La differenza rispetto all'indennizzo previsto in sede giudiziaria (formalmente di misura doppia) è in realtà ridotta dal fatto che solo il secondo è da assoggettare a tassazione, sia pure con le regole della tassazione separata: e tale differenza diventa in proporzione meno significativa quanto più elevata era la misura della retribuzione del lavoratore (per effetto dell'applicazione all'indennità ottenuta in sede giudiziaria di aliquote fiscali più elevate). Inoltre, l'indennità all'esito del giudizio non è ovviamente scontata, potendo il giudice rigettare il ricorso del lavoratore, ove il datore di lavoro provi le buone ragioni del licenziamento.

Tale convenienza all'accordo si riduce, chiaramente, nell'ipotesi in cui il lavoratore possa prospettare un'azione di impugnazione diretta a ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro, nei casi in cui la stessa è ancora prevista.

In ogni caso, è bene fare attenzione al fatto che la procedura disciplinata dal decreto ha ad oggetto la sola rinuncia all'impugnazione del licenziamento.

Ove, come è probabile, il datore di lavoro voglia inserire nell'accordo anche altre rinunce, e in particolare rinunce generali ad ogni pretesa relativa al rapporto di lavoro intercorso tra le parti, esse dovranno essere oggetto di un autonomo approfondimento diretto a valutare ogni possibile profilo di pretesa ed il suo valore (ad es. retribuzioni arretrate, riqualificazione di periodi di lavoro precedenti all'assunzione a tempo indeterminato, eventuali danni alla salute, ecc.): approfondimento per il quale è particolarmente importante che il lavoratore, chiamato avanti la commissione di conciliazione, si procuri un'adeguata assistenza tecnica.

Il modo in cui è strutturata la procedura, peraltro, deve far ritenere che una volta effettuati da parte del datore di lavoro l'invito all'ex dipendente e l'offerta di conciliazione sul licenziamento, il lavoratore abbia diritto di concluderla anche soltanto su tale oggetto, rifiutandosi di sottoscrivere altre transazioni (o riservandosi di farlo in un momento diverso), senza che a quel punto il datore di lavoro possa fare marcia indietro.