

**Un contratto alla ricerca di una sua identità:  
il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti  
(ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)**

**di Franco Carinci**

Sommario: 1. Lo scenario di fondo: l'art. 1, co. 7, lett. c) l.d. n. 183/2014. - 2. L'esclusione del pubblico impiego privatizzato. - 3. La potenziale estensione della copertura del licenziamento discriminatorio. - 4. Il licenziamento ingiustificato, economico e disciplinare: la regola della sola indennità. - 5. Il licenziamento disciplinare: l'eccezione della reintegra. - 6. Il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali: continuità e discontinuità.

1. Il nuovo contratto, figlio di un *endorsement* dottrinale non privo di riscontro a livello comunitario, rinviene il suo primo riconoscimento legislativo nel *Jobs Act*, atto I, cioè nell'art. 1 l. n. 78/2014, che *“Considerata la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico nelle quali le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro...”*. La formulazione è difensiva, cioè intesa a giustificare in base all'urgenza dettata dalla crisi e dalla incertezza la liberalizzazione spinta del contratto a termine, come tale produttiva di precarietà; peraltro destinata ad essere rivista in sede di redazione di “un testo unico semplificato” che dovrebbe portare ad una concentrazione ed omogeneizzazione delle tipologie di assunzione, con al centro la sperimentazione di un contratto a tempo indeterminato, battezzato come “a protezione crescente”.

Il cambio è netto nel passaggio al *Jobs Act*, atto II, cioè all'art. 1, co. 7, lett. a), b) e c) l. n. 183/2014. Ritorna il testo unico, questa volta definito come “*organico semplificato*”, col compito di “*individuare e analizzare tutte le forme contrattuali esistenti, ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il contesto produttivo nazionale ed internazionale, in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali*” (lett. a); e, ciò anche tramite l’ “*abrogazione di tutte le disposizioni che disciplinano le singole forme contrattuali, incompatibili ... al fine di eliminare duplicazioni normative e difficoltà interpretative e applicative*” (lett. i). Qui, però, al centro viene posto anzitutto il *genus* contratto a tempo indeterminato, come si volesse ribadire la natura temporanea della ampia apertura di credito fatta precedentemente al contratto a termine, col dar mandato di “*promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro, rendendolo più conveniente rispetto agli altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti*” (lett. b). Una formulazione, questa, che non per niente riecheggia quella dell'art. 1, co. 01 d.lgs. n. 368/2001 “*Il contratto di lavoro a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*”; peraltro già ripresa, non senza un tocco di enfasi, dall'art. 1, co. 1 della l. n. 92/2012, col qualificarlo, “*cosiddetto contratto dominante, quale forma comune del rapporto di lavoro*”.

Solo in seguito viene prevista la *species* “*contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio*”, riservata alle “*nuove assunzioni*”, con una coda cacofonica e scoordinata di gerundi che la tipizza con riguardo esclusivo alla disciplina dei licenziamenti: non è ammessa “*per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio*”; mentre è ristretta “*ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato*” (lett. c). E qui che si è consumato il faticoso compromesso che, spingendosi ben oltre quello consacrato dalla l. n. 92/2012, solo un paio di anni prima, ha ridimensionato la reintegra a ristretta eccezione al di là dell'area coperta dalla disciplina anti-discriminatoria, elevando a regola di larga osservanza quella di una monetizzazione predeterminata

in base alla sola anzianità di servizio, sì da rendere del tutto calcolabile e prevedibile la *severance pay* dovuta per un licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo.

2. Questo in estrema sintesi lo scenario di fondo entro cui si colloca lo schema di decreto legislativo recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, approvato dal Consiglio dei ministri del 24 dicembre, in attuazione della l. n. 183/2014. Il suo art. 1 ne definisce il campo di applicazione, con riguardo ai *“lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore”*, ivi compresi, a’ sensi del successivo art. 9, co. 2 quelli occupati da datori di lavoro non imprenditori *“che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto”*; sì che ne sembrerebbe chiaro un duplice limite: quello esplicito di una esclusione dei lavoratori già occupati con contratto a tempo indeterminato; quello implicito di una esclusione dei dipendenti pubblici privatizzati.

Quanto all’esclusione dei lavoratori già occupati con contratto a tempo indeterminato prima dell’entrata in vigore del decreto legislativo, non desta sorpresa che l’art. 1, co. 2 della bozza si prenda cura di precisare essere la prevista disciplina applicabile anche all’ipotesi in cui venga a decreto vigente superata la fatidica soglia dimensionale prevista dall’art. 18, co. 8 e 9 St., sì che vecchi e nuovi assunti vi siano parimenti soggetti. Non desta sorpresa, per la tesi sostenuta a spada tratta, nonostante l’assenza di una conferma su base statistica, che la crescita dimensionale delle piccole realtà produttive fosse preclusa dall’esistenza di quella soglia, perché oltrepassarla avrebbe significato estendere a tutta la forza lavoro occupata la tutela reale: sicché, d’ora in poi, ci sarà solo, come si vedrà, il passaggio da una tutela obbligatoria *“minore”* ad una *“maggior”*.

Quanto, invece, all’esclusione dei dipendenti pubblici privatizzati, rileva un primo fatto, che si faccia riferimento a tre delle quattro categorie dei lavoratori privati, cioè agli operai, impiegati e quadri, che non trovano puntuale riscontro fra quelli pubblici privatizzati, per la mancanza dei quadri; ma soprattutto, un secondo fatto, che non si faccia cenno della quarta categoria, i dirigenti,

cosa comprensibile per il lavoro privato, dove i dirigenti sono da sempre sottratti alla disciplina sui licenziamenti basata sull'art. 18 St., ma non per quello pubblico privatizzato, dove, invece, sono stati riportati sotto tale disciplina dalla giurisprudenza della Suprema Corte.

Certo manca un divieto esplicito, che, peraltro, pur essendo presente all'art.1, co. 7 e 8 della l. n. 92/2012, non ha impedito che tutta una certa dottrina e una certa giurisprudenza ritenesse che i successivi co. 42 e 48 ss. si applicassero anche al settore pubblico privatizzato, facendo leva su una interpretazione dell'art. art. 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, per cui ogni successiva modifica dell'art. 18 St. doveva intendersi estesa automaticamente a quel settore; tanto più che, altrimenti, si sarebbe dovuto condividere la tesi della coesistenza di un doppio art. 18 St., pre-riforma e post-riforma, ritenuta incompatibile con la stessa lettera del co. 42, per cui *“All'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 sono apportate le seguenti modificazioni”*.

Così non sorprende che a bozza di decreto legislativo ancora fresca d'inchiostro si sia aperta la polemica circa la mancata presenza di un divieto espresso per il pubblico privatizzato, che sarebbe stato addirittura cancellato in corso d'opera; e neppure che tale polemica sia stata alimentata nel contesto di una campagna contro un dipendente pubblico raffigurato come assenteista ed inefficiente.

Sorprende, semmai, in qualche collega prestatò alla politica, la sottovalutazione di una diversità che, dopo l'illusione di una disciplina comune conseguente alla privatizzazione, è riemersa prepotentemente dando vita ad una legislazione sempre più tagliata a misura del lavoro privato, di per sé non estendibile all'impiego pubblico; come, da ultimo, lo stesso d.l. n. 34/2014, convertito dalla l. n. 78/2014, che, pur tacendo sul punto, non pare abbia sollevato alcun dubbio circa la sua non estendibilità all'impiego pubblico privatizzato.

D'altronde questa volta il Governo ha reagito energicamente nella stessa persona del Presidente del Consiglio, sottolineando come l'intero pacchetto “Poletti” fosse stato elaborato con riguardo al solo settore privato, restando consegnato ogni provvedimento in tema di impiego pubblico privatizzato alla riforma della P.A, *in itinere*. Ma non si è mancato di recuperare da parte del Ministro Madia le

ragioni già avanzate rispetto alla legge Fornero circa un'assoluta incompatibilità della bozza di decreto legislativo col t.u. sul pubblico impiego, d.lgs. n. 165/2001 così come novellato dalla riforma Brunetta, essendovi ignota perfino la nozione di licenziamenti economici, individuali e collettivi, nonché, in aggiunta, disciplinata in maniera imperativa, la procedura e la tipizzazione dei licenziamenti disciplinari.

Cheché si creda e si dica sulla praticabilità di un duplice regime dei licenziamenti nel settore privato, con la coesistenza fianco a fianco di dipendenti trattati diversamente solo in ragione della data di assunzione, questa sembra da escludersi in radice per il settore pubblico privatizzato in forza di quell'art. 97 Cost., chiamato a suo tempo in causa per legittimare *vis-à-vis* dell'art. 39, co. 4 Cost. la prevista efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi di comparto.

Ragionevolezza vorrebbe che la conclusione raggiunta riguardo alla bozza di decreto legislativo valesse a maggior ragione per quella legge Fornero, per cui ancora non si è spenta la *querelle* circa l'applicabilità del nuovo art. 18 St. e del rito speciale del lavoro al pubblico impiego privatizzato; ma ammetto che trattasi di una ragionevolezza invocata da uno che ha sempre sostenuto la tesi dell'inapplicabilità, in ragione della esplicita esclusione di cui all'art. 1, co. 7 e 8, peraltro supportata dall'*intentio* del legislatore, e della inconciliabilità tecnica dell'art. 1, co. 42 l. n. 92/2012 con gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001; e ciò con la conseguente sopravvivenza dell'art. 18 St. pre-riforma, non abrogato ma solo disapplicato dall'art. 18 post-riforma con esclusivo riguardo al lavoro privato.

Fra l'altro, proprio nell'art. 55 *quater* del t.u. sul pubblico impiego che tipizza le causali legislative del licenziamento disciplinare, ferma restando la possibilità per la contrattazione collettiva di prevederne altre, è contemplata al suo co. 2 proprio quella di "*insufficiente rendimento*", equivalente all'altra di "*scarso rendimento*" rimasta fuori dalla bozza di decreto legislativo, nonostante tutto il rumore sollevato al riguardo. Qui il regime del settore pubblico privatizzato riesce più comprensivo e severo di quello del settore privato; almeno sulla carta, ma allora la questione riguarda non la facoltà concessa dalla legge, ma la capacità di esercitarla.

3. Da un punto di vista formale la bozza di decreto delegato non sostituisce o corregge l'art. 18 St., ma lo lascia sopravvivere ad esaurimento per i lavoratori già assunti, col porre un regime autonomo nei suoi artt. 1 e ss. per i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato all'indomani della sua entrata in vigore. Non viene ripresentato il testo dell'art. 18 St. debitamente emendato, ma ne viene proposto uno nuovo, che solo con riguardo al licenziamento discriminatorio, nullo o intimato in forma orale, riprende quello precedente.

Per quanto dichiarato che il regime del licenziamento discriminatorio sarebbe rimasto invariato, tuttavia il testo di cui all'art. 2, co. 1, primo periodo, della bozza di decreto legislativo riprende, come detto, ma non riproduce affatto quello dell'art. 18 St. co. 1, primo periodo di cui all'art. 1, co. 42 l. n. 92/2012, come ben risulta dalla lettera di quest'ultimo: *“Il giudice con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, ovvero intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro.*

Le parti riportate in grassetto non appaiono più nell'art. 2, co. 1, primo periodo della bozza di decreto legislativo, evidentemente perché considerate eccessive, in quanto tutte riconducibili a quanto mantenuto inalterato. Ma, a prescindere dal fatto che riesce difficile capire una siffatta opera di semplificazione, qui le amputazioni effettuate possono ben restituirci un licenziamento

discriminatorio con un ambito applicativo potenzialmente più ampio rispetto al passato, tenuto conto del suo essere ormai divenuto l'unico residuale sicuro caposaldo della tutela reintegratoria.

Ora con riguardo al testo dell'art. 18 St., co. 1, primo periodo di cui all'art. 1, co. 42 l. n. 92/2012, si era riproposto a suo tempo il problema se il licenziamento discriminatorio ivi previsto dovesse intendersi interpretabile coll'ampio senso e col rilievo riconosciutogli dal filone legislativo anti-discriminatorio così come maturato a' sensi del diritto comunitario; oppure col ben più limitato senso e rilievo di licenziamento per motivo illecito a' sensi dell'art. 1345 c.c., così come confermato dall'indirizzo della Suprema Corte. Proprio l'esplicito rinvio contenuto nel testo dell'art. 18 St., uscito novellato dalla riforma Fornero, al *“licenziamento ... discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108”* sembrava doversi leggere a favore dell'indirizzo giurisprudenziale dominante, figlio com'era questo art. 3 di un processo legislativo sviluppatosi a cominciare dall'art. 4 l. n. 604/1966, da sempre considerato riconducibile all'art. 1345 c.c. E, d'altronde, pareva giocare a conferma il richiamo finale nello stesso testo, se pur preceduto da un'equivoca *“o”*, al licenziamento *“determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del codice civile”*.

Comunque la si metta, oggi, a seguito delle viste amputazioni, per cui il licenziamento discriminatorio appare spogliato di ogni riferimento indiretto o diretto all'art. 1345 c.c., pare più facile che in passato considerare non necessario che sia *“determinato da un motivo illecito”*, mantenendo così l'accento sull'intento perseguito, con un onere della prova conservato in capo al lavoratore; ma sufficiente, secondo il filone legislativo anti-discriminatorio, costruito a misura del diritto comunitario, che sia accertata l'esistenza di *“elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico ...idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di atti, patti o comportamenti discriminatori ...”* (art. 28, co. 4, d.lgs. n. 150/2011; v. anche art. 40, co. 1, d.lgs. n. 198/2006), spostando l'accento sul fatto in sé e per sé, con l'onere della prova se non invertito, certo assai attenuato per il lavoratore.

Non è riprodotta la previsione presente nel testo dell'art. 18 St. adottato dalla legge Fornero per cui *“La presente disposizione si applica anche ai dirigenti”*, dato che la bozza di decreto legislativo non si applica loro; sicchè tale previsione resta valida anche per i dirigenti neo-assunti. Mentre l'art. 2, commi 1, secondo periodo, 2 e 3 della bozza riprendono quasi alla lettera i commi 1, terzo periodo, 2 e 3 di quello stesso art. 18 St. circa la risoluzione del rapporto per mancata ripresa del servizio da parte del lavoratore reintegrato entro trenta giorni dall'invito del datore; l'estensione della prevista disciplina al licenziamento inefficace perché intimato in forma orale; la misura dell'indennità risarcitoria nonché la facoltà di chiedere una indennità sostitutiva riconosciute a favore del lavoratore reintegrato.

L'art. 3, comma 3 della bozza di decreto legislativo riprende l'art. 18, co. 8, St. *ex lege* Fornero, laddove prevede che la disciplina dettata dal precedente comma 2 si applica anche all'ipotesi in cui il giudice accerta *“il difetto di giustificazione per motivo consistente nell'idoneità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68”*; ma evita di qualificare tale motivo come *“oggettivo”* e soprattutto di recuperare anche l'altra ipotesi, in precedenza menzionata, di una intimazione del licenziamento in violazione dell'art. 2110 c.c., cioè dell'osservanza del periodo di comporto, così da far presumere che quest'ultima sia ricondotta sotto la disciplina del licenziamento ingiustificato di cui allo stesso art. 3, co. 1.

4. Una completa e radicale svolta rispetto alla struttura dell'art. 18 St. così come articolata dall'art. 1, co. 42 l. n. 92/2012, si ha con l'art. 3 della bozza di decreto legislativo in tema di licenziamento per giustificato motivo e giusta causa, a' sensi del quale *“Salvo quanto disposto dal comma 2 del presente articolo, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento...”*. Dunque rimane ancora ferma la configurazione del giustificato motivo e della giusta causa, così come offerta dagli artt. 3 l. n. 604/1966 e 2119 c.c., ma viene meno la considerazione distinta del licenziamento disciplinare ed

economico, secondo un *mix* di tutela che vede la progressiva restrizione della reintegra a favore dell'indennità risarcitoria, sostituita da una considerazione unitaria all'insegna della esclusività della indennità risarcitoria. Se prima la relazione in termini di regola ad eccezione fra tutela reale e obbligatoria restava problematica, rimessa ad una valutazione complessiva, ora è affermata a piene lettere la natura di regola della tutela obbligatoria.

Ma a prescindere dal fatto che di per sé la tutela obbligatoria finisce per addossare sulle spalle del lavoratore ingiustamente licenziato tutto il costo del tempo richiesto dal processo, qui allungato almeno sulla carta dalla previsione di cui all'art. 12 della bozza di decreto legislativo per cui ai licenziamenti ivi previsti non si applica il rito speciale di cui ai co. 48-68, art. 1 l. n. 92/2012, introdotto proprio per accelerare lo svolgimento del giudizio sul licenziamento. Resta che la stessa misura dell'indennità risarcitoria risulta solo ridotta ma anche resa rigida, così sottraendola a qualsiasi adattamento giudiziale alla concreta fattispecie considerata. Secondo l'art. 18 St. co. 5 e 7, così come rivisto dall'art. 1, co. 42 l. n. 92/2012, nel licenziamento disciplinare ed economico ingiustificato che non dessero luogo a reintegra, era prevista la condanna del datore di lavoro *“al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo”* (co. 5); e, rispettivamente, di un'uguale indennità risarcitoria, ma tenendo conto, oltre che dei *“criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e successive modificazioni”* (co. 7).

Stando, invece, all'art. 3, co. 1 della bozza di decreto legislativo, è prevista la condanna del datore di lavoro *“al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”*. E' evidente la

riduzione e la predeterminazione rigida dell'indennità risarcitoria, da dodici/ventiquattro in relazione a vari criteri rimessi alla valutazione del giudice, a quattro/ventiquattro mensilità in ragione di incrementi annuali di due mensilità; sì che il minimo di dodici previsto dall'art. 18, co. 5 St. ex legge Fornero verrebbe raggiunto in sei anni e il massimo di ventiquattro mensilità in dodici anni. Una indennità, fra l'altro, rispetto a cui si aggiunge la esplicita sottrazione alla contribuzione previdenziale, ma si toglie la qualifica di "omnicomprensiva", così rilanciando la *querelle* interpretativa circa la rilevanza di tale parola.

Si è voluto dare certezza all'impresa circa il costo di un licenziamento che potesse risultare ingiustificato, sottraendolo a qualsiasi valutazione discrezionale da parte del giudice; ed al tempo stesso si è inteso ridurre quel costo sì da renderlo una *severance pay* non solo calcolabile *a priori*, ma anche liquidabile a basso costo nei confronti di un lavoratore con scarsa anzianità di servizio. Su questa via la bozza di decreto legislativo va oltre rispetto ai neo-assunti, coll'eliminare, al suo art. 3, ult. comma, la previa procedura conciliativa in caso di licenziamento economico prevista dal novellato art. 7 l. n. 604/1966; e col prevedere al suo art. 6 un'offerta di conciliazione da parte del datore di lavoro in caso di un licenziamento *tout court*, a condizioni migliorative per entrambe le parti, cioè di "un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non assoggettata a contribuzione, di ammontare pari a una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità ...", la cui accettazione comporta l'estinzione del rapporto.

Così il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti si definisce come un normale contratto a tempo indeterminato, caratterizzato da un regime diverso del licenziamento, sì da non potersi considerare né un tipo, né un sottotipo in ragione del suo elemento causale, ma solo una variante con un istituto regolato in modo speciale. E l'espressione "tutele crescenti" appare falsante in una dimensione diacronica, perché sembrerebbe suggerire una sequenza che dalla indennità risarcitoria conduce alla reintegra, d'altronde data come cosa quasi scontata nella prima fase di gestazione della

riforma; non così ovviamente in una prospettiva sincronica, dove la indennità risarcitoria risulta crescere secondo una cadenza annuale di due mensilità, fino a stabilizzarsi al suo massimo di ventiquattro.

Ma per quanto l'*aliquid novi* possa essere ridimensionato dal punto di vista teorico, dal punto di vista pratico conserva un enorme rilievo, perché secondo l'insegnamento consolidato il come viene disciplinato il licenziamento ha una ricaduta pesante sul come viene di fatto svolto il rapporto di lavoro: tanto meno rigido il primo, tanto più flessibile il secondo, essendo il lavoratore reso più disponibile e tollerante dal rischio aggravato di perdere il posto di lavoro. E c'è il sospetto che, a prescindere dal molto conclamato e pubblicizzato obiettivo di favorire il superamento del *gap* fra *insiders* ed *outsiders*, in funzione di una stabilizzazione di c.d. "precari", abbia giocato proprio l'intento di rendere più "docile" il personale, favorendo di fatto quella flessibilizzazione del rapporto di lavoro, prevista in diritto dall'art. 1, co. 7, lett. c) e d) l. n. 78/2014, con riguardo allo *ius variandi* di cui all'art. 2103 c.c. ed al controllo a distanza di cui all'art. 4 l. n. 300/1970.

Naturalmente non poteva mancare, a costo di conservare una discriminazione alla rovescia, una rivisitazione *in peius* della stessa tutela obbligatoria per le piccole imprese, cioè quelle al di sotto della soglia di cui all'art. 18, co. 8 e 9 St. versione legge Fornero. Così non si applica più a neo-assunti l'art. 8 l. n. 604/1966, che prevede la riassunzione o la corresponsione di un'indennità fra le due e mezzo e le sei mensilità, in ragione di vari criteri, con la possibilità di portarla a dieci e quattordici mensilità con riguardo al lavoratore con una anzianità di servizio superiore ai dieci e rispettivamente ai venti anni, se dipendenti da datore di lavoro che occupa più di quindici prestatori di lavoro. Si applica, invece, a' sensi dell'art. 9, co. 1 della bozza di decreto legislativo in caso di licenziamento ingiustificato o affetto da vizi formali o procedurali una versione dimidiata degli artt. 3, co. 1 e 4, co. 1 della bozza di decreto legislativo, cioè la corresponsione di una indennità pari alla metà di quelle ivi previste, senza che, peraltro, sia superabile il limite delle sei mensilità. La stessa cosa vale per l'indennità prevista dall'art. 6 della stessa bozza, con riguardo all'offerta di conciliazione ivi prevista.

Assai più controversa si presenta l'equiparazione sotto la comune copertura di licenziamenti economici di quello collettivo a quello individuale, in forza dell'art. 10 della bozza di decreto legislativo, per cui *“In caso di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'art. 2 del presente decreto. In caso di violazione delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, si applica il regime di cui all'art. 3, comma 1.”* Il *punctum dolens* è dato dall'aver sostituito la corresponsione dell'indennità alla reintegra nell'ipotesi della violazione dei criteri di scelta, anche se il datore di lavoro poteva poi procedere a licenziare altro lavoratore in luogo di quello reintegrato, con il concentrarsi del confronto sul se sia possibile ravvisarvi o meno un eccesso di delega.

Il cambiamento appare rilevante, ma tutt'oggi il vero problema del licenziamento collettivo rimane quello di un procedimento assunto dalla giurisprudenza come tale da renderne insindacabile il motivo addotto di una riduzione di personale; cui dopo la legge Fornero e l'attuale legge delega si aggiunge lo svuotamento di fatto di tale procedimento, vista la programmata estinzione della Cassa integrazione in caso di procedure concorsuali e di chiusure definitive di attività, nonché della stessa messa in mobilità, con la corresponsione della relativa indennità.

5. La regola della tutela obbligatoria per il licenziamento ingiustificato, conosce un'eccezione per il licenziamento disciplinare, già anticipata dall'art. 1, co. 7, lett. c) nell'ammettere la reintegra per *“specifiche fattispecie”*. Se questa era la previsione della legge delega, essa deve essersi subito rivelata di difficile traduzione, specie perché una elencazione pur tassativa in funzione della rilevanza del fatto contestato, come reato o come fatto grave, avrebbe restituito spazio al giudizio discrezionale del giudice; si ché, alla fine, auspice una prima decisione della Suprema Corte, si è optato per una formula ritenuta altamente restrittiva, cioè quella di cui all'art. 3, co. 2 della bozza del decreto legislativo, a' sensi della quale *“Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per*

*giustificato motivo soggettivo o per giusta causa 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, il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro ....”.*

Per capire occorre fare un passo indietro, cioè ritornare a quel passaggio di cui all'art. 18 St., co. 4 ex legge Fornero, a' sensi del quale *“Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento ...”.* Sull' *“insussistenza del fatto contestato”*, c'è stata una battaglia interpretativa passata alla storia come quella fra sostenitori della tesi del *“fatto materiale”* e, rispettivamente, del *“fatto giuridico”*, che non è qui possibile riprendere, se non per precisare come sotto la differente qualificazione del fatto, ci fosse la diversa valutazione della sua ricostruzione, esposta alle rispettive riserve: alla tesi del *“fatto materiale”* si obiettava che finiva per dare importanza alla mera condotta contestata, senza tener conto della sua eventuale illegittimità, non imputabilità, involontarietà; alla tesi del *“fatto giuridico”* si opponeva che veniva a dar rilevanza anche alla entità della colpa della condotta contestata, senza prender atto dell'esser già stata considerata precedentemente per escludere la sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo.

Ed era proprio quest'ultima, cioè la possibilità o meno di ricondurre nel *“fatto contestato”* l'entità della colpa della condotta a costituire la vera questione dirimente, peraltro per così dire ammortizzata dal doppio giudizio: una volta considerato sussistente quel fatto, pur'anche ricostruito come *“fatto materiale”*, esso deve essere passato attraverso il filtro del codice disciplinare collettivo, per verificare se integri o meno una condotta passibile di sanzione conservativa, sì da restituire rilevanza all'entità della colpa addebitabile a quella stessa condotta.

Secondo quanto anticipato, la tesi del “fatto materiale” è stata fatta propria da una prima decisione della Suprema Corte, Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, per la quale *“Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorrerebbe operare una distinzione tra l’esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell’accertamento positivo o negativo dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”*.

E’, però, evidente che il passo riportato non si fa carico affatto di dirci cosa rientra nella ricostruzione del fatto materiale contestato che precederebbe la sua qualificazione, peraltro dando implicitamente per scontato che costituisca un inadempimento imputabile e volontario, quindi tutt’altro che materiale; ci dice solo che cosa non vi rientra, cioè, come visto, *“ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato”*; fermo restando che tale valutazione rientra in gioco allorché si ha da affrontare il passaggio successivo della configurabilità o meno del fatto come infrazione passibile di una sanzione conservativa a’ sensi del codice disciplinare collettivo.

E’ ben percepibile l’influenza esercitata da questa sentenza in sede di redazione della bozza di decreto legislativo, laddove il citato art. 3, co. 2 prospetta come unica eccezione per la concessione della reintegra nel caso di un licenziamento disciplinare, *“l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto al quale sia estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”*. Dopotutto il fatto materiale è un inadempimento, cioè un comportamento illegittimo, imputabile, volontario, rispetto a cui però non viene in rilievo il suo livello, peraltro

sempre inferiore al “notevole” che avrebbe integrato il giustificato motivo soggettivo; dunque, riproponendosi il problema con cui lo stesso indirizzo dottrinale favorevole ad un tale orientamento ha già dovuto confrontarsi in passato, cioè che pure un inadempimento al limite dell’irrelevante costerebbe la reintegra.

Tanto più che oggi la situazione si presenterebbe assai diversa. Anzitutto, l’art. 3, co. 2 della bozza di decreto legislativo non contempla più, una volta accertata la sussistenza del fatto contestato, la successiva verifica circa la sua riconducibilità o meno sotto una sanzione conservativa prevista dal codice disciplinare collettivo, cosa che permetteva di neutralizzare più di un comportamento di minor peso e rilievo in vista della concessione della reintegra. Poi, come visto, l’art. 3 co. 1 contempla come regola una indennità scandita fra le quattro e le ventiquattro mensilità, sulla base di una doppia mensilità annuale, così da non permettere al giudice di graduarla come in passato fra le dodici e le ventiquattro in forza di vari criteri a suo tempo previsti, adattandola alla fattispecie concreta.

C’è di più, però, che pare essere scappato alla penna in sede di redazione della bozza di decreto legislativo. L’art. 18, co. 4 St. ex legge Fornero recita *“Il giudice nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per insussistenza del fatto contestato...”*; mentre l’art. 3, co. 2 della bozza suona *“Esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto contestato...”*. Ora non è difficile rendersi conto che nel passaggio dall’uno all’altro testo pare prefigurata un’inversione di quell’onere della prova previsto a carico del datore di lavoro dall’art. 2, co. 5 l. n. 604/1966, ma ora trasferito sul lavoratore e reso diabolico dal dover dimostrare l’inesistenza di un fatto; o, almeno, pare data per scontata una presunzione a favore dello stesso datore, nell’eventualità che non emerga una diretta dimostrazione dell’inesistenza del fatto contestato.

Resta da chiedersi se sia stata una buona idea da parte di chi s’è fatto carico di stendere la bozza di decreto legislativo quella di far propria quasi alla lettera la lettura fornita dalla prima decisione della

Corte di Cassazione, perché c'è perlomeno da dubitare che non ne segua altra diversa, con l'ultima parola rimessa alle Sezioni Unite. E se anche l'attuale formula dell'art. 3, co. 2 della bozza restasse così com'è, non sarebbe assumibile di per sé solo a guisa di interpretazione autentica della precedente formula di cui all'art. 18 St. *ex lege* Fornero, co. 4; anzi la esplicita qualificazione del fatto contestato come “materiale” effettuata all'art. 3, co. 2, potrebbe ben far supporre che *a contrario* quello considerato dall'art. 18 St. co. 4 vada considerato come “giuridico”, comunque si intenda tale contrapposizione.

Comunque, non pare proprio che a' sensi dell'art. 39 Cost. la contrattazione collettiva possa essere completamente spogliata della possibilità di intervenire in materia tradizionalmente attribuitale, a cominciare dall'art. 2106 c.c., quale appunto le sanzioni disciplinari, sì che niente esclude che codici disciplinari collettivi più favorevoli sopravvivano e possano essere introdotti in futuro, con la previsione di sanzioni conservative la cui sopravvivenza, stando alla proposta della bozza di decreto legislativo, sarebbe rimessa al buon volere del datore di lavoro, libero di scegliere di applicarle o disapplicarle con ricorso immediato alla sanzione espulsiva, se pur a rischio di pagare un'indennità nel caso in cui tale ricorso si rivelasse ingiustificato.

6. L'art. 4, rubricato vizi formali e procedurali, riprende l'art. 18, co. 7 St. *ex lege* Fornero, sancendo che *“Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito della motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale pari a una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto”*.

Che cosa cambia? Viene omessa la violazione prima prevista “*della procedura cui all’art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*”, che, così come novellato dall’art. 1, co. 40 della stessa legge Fornero, prevedeva per il licenziamento economico l’attivazione obbligatoria da parte del datore di una procedura conciliativa preventiva presso la Direzione territoriale del lavoro, con una valutazione del comportamento complessivo tenuto dalle parti da parte del giudice nell’eventuale processo attivato dal lavoratore in caso di fallimento. La ragione di questa omissione è semplice, costituita, com’è, dalla soppressione della procedura per i lavoratori neo- assunti; mentre è la ragione della soppressione a risultare di più difficile comprensione, data che la prima esperienza si era rivelata positiva, con un’elevata percentuale di conciliazioni raggiunte. Più difficile, ma non più di tanto, se si considera che tale soppressione ha come *pendant* l’introduzione da parte dell’art. 6 della già vista “*offerta di conciliazione*”, rimessa sì all’iniziativa discrezionale del datore di lavoro, ma debitamente incentivata a favore del lavoratore, tanto da rendergli spedita l’intimazione del licenziamento economico e da permettergli di gestire più facilmente il costo di qualsiasi licenziamento.

Viene, altresì, ridimensionata e riformulata l’indennità rispetto a quella contemplata dall’art. 18, co. 7 St., versione legge Fornero, non più considerata omnicomprensiva e portata da sei/dodici mensilità determinate “*in relazione alla gravità della violazione formale o processuale commessa dal datore*” a una per ogni anno di servizio, comunque non meno di due e non più di dodici. Ritorna, dunque, la stessa logica di un’indennità ridotta e resa rigida, ancorandola all’anzianità di servizio, tanto da richiedere sei e dodici anni, per raggiungere il minimo ed il massimo previsto da quel co. 7.

Delle molte questioni interpretative sorte con riguardo all’art. 18, co. 5 versione Fornero, l’art. 4 della bozza di decreto legislativo si fa carico solamente di una, cioè quella relativa alla qualificazione del licenziamento gravato da vizi formali e procedurali come “*inefficace*”, quando invece era pienamente efficace, producendo l’estinzione del rapporto di lavoro, sì da limitarsi a dire

che a fronte di un tale licenziamento “*il giudice dichiara estinto il rapporto dalla data del licenziamento ...*” .

Continua a parlare di violazione del “*requisito di motivazione*”, senza chiarire la portata di tale espressione, sì da lasciare aperta la questione se la stessa assenza o insufficienza grave di tale motivazione non vada considerata come mancanza dello stesso fatto contestato, tale da dover far concludere per la sua insussistenza; e così continua a parlare di violazione della “*procedura di cui all’art. 7 della legge n. 300 del 1970*”, sì da perpetuare la questione, invero esclusa dalla Cassazione, se la totale mancanza della contestazione e del contraddittorio non vada ritenuta causa di nullità.

Una cosa è certa, se mai era coltivabile in passato il sospetto che una mera e semplice monetizzazione della mancata osservanza di regole, qualificate come “di civiltà” dalla Consulta, potesse considerarsi incostituzionale, questo sospetto esce ora rafforzato dalla stessa riduzione dell’indennità.