Brevi note sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti

Introduzione

Quanto il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, e con forti incentivi, sarà utilizzato da parte delle imprese? Questa è la scommessa che se vincente potrebbe rilanciare il nostro Paese.

Il fatto che dopo il notevole impulso del lavoro a termine "liberalizzato", operato con la legge n. 78/2014, si torni a puntare sul lavoro a tempo indeterminato, seppur "a tutele crescenti", con incentivi sul piano fiscale e contributivo – si veda la "legge di Stabilità 2015", n.190/2014 –, fa ben sperare. Presupposto di tale scelta è che la stabilità non è solo un interesse del lavoratore, ma anche dell'impresa, che decide di investire sulle proprie maestranze, considerandole non mero elemento di costo ma fattore decisivo per la competitività.

Una valutazione più compiuta sarà possibile solo dopo che saranno emanati gli altri decreti attuativi della delega, **in particolare quello sul riordino e semplificazione delle tipologie contrattuali.** È importante tuttavia che si sia deciso di intervenire in contemporanea con il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e con il contratto di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, oggetto del secondo decreto attuativo.

Le politiche di *flexisecurity* si basano infatti su un triplice intervento:

– una regolazione flessibile delle entrate e delle uscite nel rapporto di lavoro;

– la sicurezza del reddito in caso di difficoltà occupazionale (sospensione/cessazione del rapporto di lavoro);

– un sistema efficace di politiche attive, al fine del reimpiego.

Le disposizioni concernenti il nuovo contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti si applicano esclusivamente ai nuovi assunti. Se questo è probabilmente il prezzo da pagare al cambiamento sono da correggere quantomeno le storture più evidenti, prevedendo ad esempio

che il diverso regime tra vecchi e nuovi assunti concernente il licenziamento non si estenda anche alle procedure conciliative e al processo del lavoro.

Il regime di tutela del licenziamento illegittimo

Resta ferma l'applicazione dell'art. 18, St. lav., con tutela economica piena, per i licenziamenti discriminatori ovvero riconducibili ad altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge.

Se non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (per ragioni economiche) o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa (per ragioni disciplinari), il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità, non assoggettata a contributo previdenziale, di importo pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità.

Rimane una ristretta area di "tutela reale" (reintegra più pagamento di un'indennità risarcitoria, comunque non superiore a 12 mensilità) nelle sole 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". **Molte le questioni interpretative.**

Un primo profilo concerne la definizione di "fatto materiale", che qualora sia provato insussistente darà luogo alla reintegrazione del lavoratore. Dopo l'entrata in vigore della "legge Fornero", legge n. 92/2012, che fa, tra l'altro, riferimento alla assenza "del fatto contestato" ai fini del diritto alla reintegrazione, si è molto dibattuto in dottrina ed in giurisprudenza se l'insussistenza dovesse limitarsi al "fatto materiale" oppure dovesse riferirsi al "fatto giuridico", tenendo conto dei profili soggettivi, quali l'intenzionalità, la colpevolezza o l'intensità. A ben vedere, sebbene la prima sentenza della Cassazione sull'art. 18, Stat. Lav., come riformato dalla "legge Fornero", sembri

avvalorare la tesi del fatto materiale (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669), **la distinzione tra fatto materiale e fatto giuridico è assai opinabile**: dovrà infatti in ogni caso trattarsi di un fatto "imputabile" al lavoratore, tale da qualificarsi come inadempimento contrattuale. Non qualunque fatto, ancorché sussistente, può infatti giustificare una reazione datoriale così rilevante come il licenziamento disciplinare, qualora il lavoratore possa dimostrare la sua assoluta buona fede e l'assenza di colpevolezza (si pensi ad esempio al lavoratore che si assenti per urgenti motivi familiari dimenticandosi in luogo aperto al pubblico un documento di accesso ai dati aziendali).

Un secondo aspetto problematico riguarda il riparto dell'onere della prova. Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro in riferimento alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, non essendo sul punto superato il principio posto dall'art. 5, della legge n. 604/1966, **l'onere della prova rispetto alla insussistenza del fatto materiale contestato** (unica fattispecie di tutela reintegratoria, configurabile ancor più che nella "legge Fornero" come eccezione rispetto alla regola generale dell'indennizzo) **è in capo al lavoratore**, che peraltro potrà farlo **solo mediante prova "diretta".**

Il tentativo poi di sottrarre all'accertamento giudiziale l'eventuale sproporzione della sanzione del licenziamento rispetto all'"insussistenza" (più propriamente alla "sussistenza") del fatto materiale contestato al lavoratore **contrasta con principi fondamentali del nostro ordinamento**, quale il principio di proporzionalità tra mancanze e sanzioni, espressamente riconosciuto dall'art. 2106 del c.c., difficilmente superabili, pena il dar luogo a situazioni paradossali, per cui una mancanza lieve (ad esempio il ritardo al lavoro) sarebbe punita con la sanzione massima (licenziamento con indennizzo).

Non è stata infine richiamata l'ipotesi della reintegrazione, prevista dalla "legge Fornero", per le condotte punibili da parte dei contratti collettivi o dei codici disciplinari applicabili con sanzioni di tipo conservativo, alternative al licenziamento. Sul punto è da sottolineare che stante i principi generali che regolano il rapporto tra legge e contrattazione collettiva, le previsioni contrattuali in materia di sanzioni disciplinari continueranno a valere, per quanto applicabili, anche in presenza del nuovo regime, potendosi considerare come "norme di miglior favore" per il lavoratore. Da invocare peraltro anche il principio di libertà di contrattazione collettiva, stabilito dall'art. 39, Cost., per cui non si potrebbe impedire il libero esplicarsi della disciplina collettiva in materia.

Computo dell'anzianità negli appalti

Nei cambi di appalto, per il calcolo dell'indennizzo economico in caso di licenziamento, l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa che subentra nell'appalto si computa tenendo conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata.

È da sottolineare come la materia della successione negli appalti, ivi compresa la stabilità dei rapporti di lavoro, trovi la propria disciplina nell'ambito della contrattazione collettiva (si vedano, tra gli altri, il CCNL Turismo, artt. 332 e seguenti; il CCNL Multiservizi, art. 4; il CCNL Igiene Ambientale, art. 6).

La continuità dei rapporti di lavoro potrà tuttavia essere opponibile all'impresa subentrante, stante la limitata efficacia soggettiva della contrattazione collettiva, **solo se anch'essa applichi lo stesso contratto collettivo.** Va peraltro rilevato che in base all'art. 29, comma 3, del d.lgs. n. 276/2003, «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte di azienda» (cfr. al riguardo Ministero del lavoro, risposta ad interpello n. 22, del 1° agosto 2012).

Richiamando tuttavia la normativa comunitaria, in special modo la direttiva n. 77/187/CEE, alla luce dell'interpretazione fattane dalla Corte di Giustizia UE (cfr. in particolare sentenza 24 gennaio 2002, n C-51/00, in causa *Temco Service Industries SA*), **sono da considerare trasferimento d'azienda, con continuità dunque dei rapporti di lavoro, quei cambi di appalto in cui l'attività si basi essenzialmente sull'utilizzo di mano d'opera**, come ad esempio nel settore delle pulizie, e pertanto sussista conservazione dell'identità economica esercitata.

La previsione in esame non dovrebbe peraltro estendersi all'ipotesi di rapporti di lavoro cessati ed

instaurati nell'ambito di società controllate o collegate ai sensi dell'art. 2359 del c. c.. – **c.d. "mobilità infragruppo"** –, particolarmente rilevante nei processi di riorganizzazione di gruppo disciplinati dai contratti collettivi, specie nel settore dei servizi (ad esempio nel comparto bancario ed assicurativo), e ciò per la sostanziale identità del datore di lavoro.

Licenziamento collettivo

In caso di licenziamento collettivo per riduzione di personale, ai sensi degli articoli 4 e 24 della legge n. 223/1991, il diritto alla reintegrazione sussiste solo se il licenziamento è intimato senza l'osservanza della forma scritta, mentre in caso di violazione delle procedure, compresa quella sindacale, a cui si aggiunge ora la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori, si applica solo l'indennizzo monetario (tra un minimo di 4 ad un massimo di 24 mensilità) al pari di quanto previsto per i licenziamenti individuali di carattere economico.

L'estensione del nuovo regime ai licenziamenti collettivi pare una forzatura non richiesta dalla legge delega, che non contiene alcun riferimento alla revisione della normativa in materia. I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare sono in genere definiti dalla contrattazione collettiva e solo in mancanza dalla legge; per cui le soluzioni sono trovate a monte, in sede di accordo sindacale, la cui tenuta pare opportuno non indebolire. La previsione peraltro, trovando applicazione solo ai neo assunti a tutele crescenti, rischia, più che su altri aspetti, di generare confusione, stante la differenza di regimi sanzionatori tra rapporti vecchi e nuovi. D'altro lato si potrà sempre sostenere il carattere discriminatorio delle scelte effettuate.

La conciliazione "agevolata"

Al fine di evitare il ricorso in giudizio, e ferma restando la possibilità di utilizzare le procedure di conciliazione esistenti, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento (60 giorni) in una delle sedi "protette", di cui all'art. 2113, comma 4, del codice civile e all'art. 82, comma 1, del d.lgs. n. 276/2003 (Direzione

territoriale del lavoro, sede sindacale o giudiziale, commissioni di certificazione), un importo non assoggettato a tassazione né a contributo previdenziale pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 18 mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'offerta da parte del lavoratore comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta.

Il decreto rafforza, come opportuno, le procedure volte a scoraggiare il ricorso giudiziario, tramite l'introduzione di una nuova forma di conciliazione "agevolata", utilizzabile da tutte le aziende, a prescindere dal numero dei dipendenti, e per tutte le tipologie di licenziamento. Positivo è anche il riferimento, accanto alla sede sindacale, alle commissioni di certificazione, tra cui gli enti bilaterali, quali sedi presso le quali il datore di lavoro può presentare la sua offerta di carattere economico.

D'altro lato la conciliazione torna ad essere pienamente facoltativa e non più obbligatoria, secondo quanto previsto dalla "legge Fornero", seppur limitatamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo davanti alla DTL (è da segnalare che la conciliazione preventiva presso la DTL ha dato buoni risultati applicativi, risolvendosi positivamente nel 47% dei casi).

È da ritenere che l'accettazione dell'offerta economica da parte del lavoratore non pregiudichi il suo diritto all'ASpI, dal momento che tale accettazione non può configurarsi come risoluzione consensuale del rapporto di lavoro; si tratta infatti pur sempre di disoccupazione involontaria verificatasi per atto del datore di lavoro.

Anche in materia di conciliazione si dà tuttavia luogo a due regimi paralleli, con regole diverse, dal momento che per i lavoratori a tempo indeterminato già in organico prima dell'entrata in vigore del decreto attuativo del Jobs Act continuerà ad applicarsi la procedura obbligatoria presso la DTL, mentre non sarà utilizzabile la conciliazione agevolata. In una prospettiva di semplificazione ed omogeneizzazione delle procedure conciliative sarebbe stato invece auspicabile rendere l'utilizzo della conciliazione agevolata di generale applicazione.

Rito applicabile

Brevi note sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti

Ai licenziamenti concernenti i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti **non si estende, sul piano delle regole processuali, il rito speciale previsto dalla "Legge Fornero"** (art.1, commi 48 e seguenti, della legge n. 92/2012), trovando invece applicazione il rito ordinario.

Si tratta di un'ulteriore differenza (non richiesta) di discipline, anche sul piano del processo del lavoro, che necessita di una più meditata rivisitazione complessiva.

Marco Lai

Centro Studi Nazionale Cisl di Firenze

* Un contributo più ampio è in corso di pubblicazione su *Diritto&Pratica del Lavoro*, Wolters Kluwer Italia.

Scarica il pdf