

L'EDITORIALE DI ARMANDO TURSI

21 marzo 2015 ore 06:00

Jobs Act: l'altra faccia delle "tutele crescenti"

Il nuovo regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, per i neoassunti, nasconde due insidie per i datori di lavoro. La prima riguarda la prescrizione dei diritti retributivi: potrebbe, infatti, accadere che i lavoratori "a tutele crescenti" si vedano attribuire il beneficio di poter rivendicare i propri crediti retributivi fino a 5 anni dopo la cessazione del rapporto di lavoro. La seconda risiede nel rischio di disincentivare i lavoratori vecchi assunti a cambiare datore di lavoro, con grave e paradossale ostacolo al turn over e alla mobilità professionale. La soluzione per uscirne potrebbe trovarsi nella clausola pattizia migliorativa, ma quali rimedi se il datore di lavoro non adempie?

La nuova disciplina del regime sanzionatorio dei **licenziamenti illegittimi** introdotta, per i nuovi assunti dal 7 marzo 2015, dal d. lgs. n. 23/2015 (cd. "contratto a tutele crescenti"), nel ridurre la **reintegrazione nel posto di lavoro** da regola ad eccezione, nasconde due insidie per i datori di lavoro.

La prima insidia consiste nel rischio che la giurisprudenza, prendendo atto del sostanziale venir meno della "stabilità reale" del posto di lavoro, torni ad applicare rigidamente e senza eccezioni il principio stabilito dalla storica sentenza manipolativa della Corte costituzionale n. 63/1966, la quale, di fatto, riscrisse l'art. 2935 del codice civile, stabilendo che, nel rapporto di lavoro subordinato, la **prescrizione dei diritti retributivi** comincia a decorrere dalla cessazione del rapporto medesimo, e non, come testualmente prevede la norma, "dal momento in cui il diritto può essere fatto valere".

A questa conclusione la Consulta pervenne in base al rilievo che, consentendo il decorso della prescrizione dei crediti retributivi in costanza di un rapporto di lavoro assoggettato alla possibilità di scioglimento per atto unilaterale - sia pur illegittimo - del datore di lavoro, si sarebbe prodotta una violazione dell'art. 36 della Costituzione, che garantisce il diritto effettivo all'"equa retribuzione": conseguentemente, il Giudice delle leggi stabilì che la prescrizione dei crediti retributivi dei lavoratori dipendenti non potesse decorrere in costanza del rapporto di lavoro, ma cominciasse a decorrere solo **dal momento della cessazione del rapporto** medesimo.

Dopo l'introduzione della "**tutela reale**" del posto di Lavoro, con l'art. 18 della legge n. 300/1970, però, la stessa Corte costituzionale corresse il tiro, precisando che la sospensione della decorrenza della prescrizione in costanza del rapporto di lavoro non avesse ragione di operare nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro fosse assistito dalla "tutela reale" (Corte cost. n. 174 del 1972). Da quel momento si affermò la regola per cui la sospensione del termine di prescrizione in costanza di rapporto opera limitatamente ai rapporti di lavoro recedibili ad nutum ovvero assistiti da tutela solo "obbligatoria" (ossia, economica).

Già a seguito della modifica dell'art. 18 della legge n. 300/1970 da parte della legge n. 92/2012 ("legge Fornero") - che ha distinto, all'interno dell'area precedentemente coperta dalla "tutela reale", diversi regimi di tutela, che assegnano alla tutela reintegratoria una valenza solo eventuale - si è affacciato il dubbio che la sentenza del 1972 fosse stata privata del suo campo di applicazione e si è invocato un nuovo intervento della Corte Costituzionale.

Adesso che l'opera di emarginazione della "stabilità reale" del posto di lavoro è stata portata quasi a definitivo compimento dal Jobs Act, non è escluso che possa essere la stessa giurisprudenza a risolvere direttamente la questione, ritenendo l'ormai ridottissimo campo di applicazione della "tutela reale", non sufficiente ad escludere l'operatività della regola stabilita dalla sentenza del 1966.

Potrebbe quindi accadere che i **lavoratori assunti "a tutele crescenti"** si vedano attribuire

l'inaspettato beneficio di poter rivendicare i propri crediti retributivi insoddisfatti a distanza di decine di anni, fino a 5 anni dopo la cessazione del rapporto di lavoro; diritto di cui non godrebbero, per una sorta di eterogenesi dei fini, i lavoratori ancora "beneficiari" del (comunque depotenziato) art. 18.

Una seconda insidia aleggia dietro le "tutele crescenti": il rischio che la "caduta" nel regime di ridotta tutela contro i licenziamenti illegittimi possa disincentivare i lavoratori attualmente protetti dall'ombrello (in verità bucherellato) dell'art. 18, a cambiare datore di lavoro: con grave e paradossale (per una legge vocata al superamento del dualismo del mercato del lavoro) **ostacolo al turn over** e alla **mobilità professionale**.

Il rimedio a questo rischio esiste, ed è anch'esso paradossale: si tratterebbe di negoziare con tali lavoratori una reintroduzione della "stabilità reale" su base convenzionale.

Nulla lo impedirebbe: anche la nuova disciplina sanzionatoria dei licenziamenti illegittimi è, come la generalità delle norme lavoristiche, derogabile in meglio per il prestatore di lavoro (non sono sconosciuti, del resto, i casi di **stabilità convenzionale negoziata** con i dirigenti).

La deroga migliorativa potrebbe riguardare l'importo delle indennità risarcitorie, così come potrebbe contemplare a favore del lavoratore illegittimamente licenziato il diritto alla ricostituzione del rapporto di lavoro (in luogo dell'indennità economica prevista per legge).

Non si tratterebbe di rendere applicabile l'art. 18 della legge n. 300/1970 - perché l'autonomia negoziale privata non ha il potere di rendere applicabile una norma di legge inapplicabile - , ma semplicemente di prevedere pattiziamente una tutela ricalcata in parte o in tutto su quella dell'art. 18.

Ma v'è da chiedersi che cosa accadrebbe qualora la **clausola pattizia migliorativa** non fosse rispettata dal datore di lavoro: potrebbe considerarsi munita di efficacia "reale" una clausola di natura negoziale e non normativa? E se così fosse (com'è probabile che sia), la supposta tutela reale pattizia non tornerebbe a configurarsi come una tutela solo indennitaria?

Al di là delle sofisticate riflessioni che si potrebbero svolgere sulla questione in punto di diritto, si profila un rimedio anche a siffatta eventualità: l'**esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto**. Tale rimedio è contemplato dall'art. 2932 del codice civile, e prevede che "Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte ... può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso".

In sostanza, qualora le parti abbiano previsto pattiziamente la riassunzione del lavoratore illegittimamente licenziato, e abbiano con sufficiente precisione concordato le condizioni economiche e normative di tale riassunzione, il lavoratore al quale il datore di lavoro rifiuti la riassunzione potrebbe rivolgersi al giudice per ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto medesimo, e dunque "riconquistare" per via giudiziaria il posto di lavoro.

Armando Tursi - Ordinario di diritto del lavoro nell'Università degli studi di Milano - Avvocato nello studio Crowe Horwath di Milano

Copyright © - Riproduzione riservata