

# Jobs Act

Licenziamenti

## Indennizzo economico o reintegrazione, primi dubbi e chiarimenti

Cristina Carati e Daniele Colombo - Avvocati

Il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti (D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23) è legge dal 7 marzo 2015 a seguito della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 54 del 6 marzo 2015. Com'è noto, il predetto decreto legislativo costituisce attuazione della legge 10 dicembre 2014 n. 183 la cui lettera c) dell'articolo 1 comma 7 delegava il Governo ad adottare, esclusivamente per le nuove assunzioni, un contratto a tutele crescenti con previsione, in caso di licenziamento illegittimo, di un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio, lasciando la reintegrazione ai soli casi di licenziamento nullo, discriminatorio ed in relazione a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato.

Il decreto legislativo in oggetto, in attuazione della legge delega, si applica solo ai nuovi assunti, mentre per coloro che avevano già in essere un rapporto di lavoro a tempo indeterminato continuerà ad applicarsi il precedente regime di tutela contro il licenziamento ingiustificato.

Il decreto legislativo, sebbene faccia riferimento ad un contratto a tutele crescenti, in realtà, non introduce una nuova fattispecie di contratto. Si tratta più semplicemente di un rapporto di lavoro subordinato "classico" per il quale, solo per i nuovi assunti, viene ora prevista una diversa disciplina dei licenziamenti con tutele meno intense che in passato.

L'analisi che segue vuole evidenziare i primi dubbi applicativi, fornendo degli spunti di riflessione che si pongono dalla lettura del nuovo provvedimento di legge, senza pretesa di completezza ed al solo fine di fornire un contributo di ragionamento rispetto ad un provvedimento definito da molti come epocale per la sua portata innovativa.

### Campo di applicazione

Il nuovo regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi dettato dal decreto legislativo in parola si applica solo ai lavoratori assunti successivamente alla sua entrata in vigore che rivestano la qualifica di operai, quadri e impiegati.

Il D.Lgs. n. 23/2015, quindi, non trova applicazione per i *dirigenti*. Per questi ultimi continueranno ad avere efficacia le tutele previste dalla contrattazione collettiva nazionale di lavoro dei dirigenti. Qualora il dirigente, invece, allegghi la natura discriminatoria del licenziamento intimato, ovvero assuma la nullità del recesso datoriale perché, ad esempio, intimato in forma orale o in violazione della normativa sulla maternità o paternità o ancora per motivazione illecita, potrà invocare il regime di tutela di cui all'articolo 18 della legge n. 300/1970 (come modificato dalla legge n. 92/2012), ancorché la sua assunzione sia successiva all'entrata in vigore del decreto legislativo in analisi.

Quanto più in generale al campo di applicazione della normativa, poi, ci si chiede quale impatto abbia il nuovo decreto legislativo sulle assunzioni successive alla sua entrata in vigore relativamente ad aziende che operano nel settore degli *autoferrotranvieri*. In questo settore, com'è noto, trova applicazione una normativa di carattere speciale contenuta nel R.D. n. 148/1931 e nell'allegato A dello stesso decreto. Inoltre, il rapporto di lavoro viene regolamentato anche dalla contrattazione collettiva ed in particolare dalle disposizioni del T.U. del 23 luglio 1976; contrattazione collettiva che, peraltro, in virtù di quanto stabilito dalla legge n. 270/1988, può derogare ai contenuti dello stesso R.D. n. 148/1931. Sul punto la giurisprudenza costituzionale è intervenuta

più volte, sia per affermare la natura di fonte primaria dell'allegato A del R.D. n. 148/1931, sia per enunciare il principio della permanente "specialità", anche se residuale, del rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri, la quale fa sì che sia "speciale" la regolamentazione dell'impiego dei dipendenti delle aziende di trasporto, siano esse pubbliche o private (cfr. Corte Cost. n. 301/2004 e n. 439/2002). Secondo la giurisprudenza costante il rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri è disciplinato da una normativa speciale costituente un *corpus* compiuto ed organico, onde il ricorso alla normativa generale è possibile ove si riscontrino in essa lacune tali che non siano superabili neppure attraverso l'interpretazione estensiva o analogica di altre disposizioni dello stesso *corpus* (cfr. Cass. 29 maggio 2006 n. 12734).

Proprio partendo da questi principi la giurisprudenza sembra orientata a ritenere inapplicabile l'articolo 18 della legge n. 300/1970 al settore degli autoferrotranvieri (cfr. tra le tante Cass. 22 luglio 2004 n. 13731) (1). Sulla scorta di questo ragionamento e della giurisprudenza della Suprema Corte quindi, si potrebbe sostenere che la nuova disciplina di tutela contro il licenziamento illegittimo di cui al contratto a tutele crescenti non si applichi ai lavoratori operanti nel predetto settore.

Il D.Lgs. n. 23/2015, inoltre, nulla dice in merito al licenziamento del lavoratore per esito negativo della prova allorché venga accertata l'invalidità del **patto di prova** apposto al contratto di lavoro ovvero quando il relativo termine sia già scaduto al momento del recesso datoriale. La nuova norma, inoltre, non si pronuncia in merito al licenziamento intimato in assenza del raggiungimento dei requisiti dell'età pensionabile. Sarebbe stato forse opportuno regolamentare espressamente anche tali fattispecie, eventualmente equiparandole alla normativa sull'insussistenza del motivo (oggettivo) di licenziamento. In assenza di specificazioni sul punto e nel silenzio della normativa si ritiene che dette fattispecie debbano trovare una

collocazione nell'ambito del nuovo D.Lgs. n. 23/2015. La regola generale introdotta con il Jobs Act, infatti, è costituita dalla tutela indennitaria, mentre quella reintegratoria costituisce solo l'eccezione. Seguendo questo ragionamento, quindi, nell'ipotesi in cui venga accertata la nullità del patto di prova in un contratto a tempo indeterminato stipulato dopo l'entrata in vigore del decreto si deve ritenere che allo stesso si applichi la nuova disciplina generale del licenziamento. In questo caso, se il licenziamento è motivato con l'esito negativo della prova, in assenza di prova circa un grave difetto della prestazione o di altre circostanze effettivamente ostative alla prosecuzione del rapporto, la fattispecie potrà essere equiparata a quella dell'insussistenza o insufficienza del motivo di licenziamento, con conseguente condanna del datore di lavoro all'indennizzo previsto dal D.Lgs. n. 23/2015. Diversamente, allorché venga accertata la nullità del patto di prova rispetto ad un rapporto di lavoro costituito prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 23/2015, si deve ritenere che il rapporto di lavoro sia assoggettato alla disciplina di tutela prevista per i "vecchi" assunti. Non solo, infatti, vale il principio *tempus regit actum*, ma diversamente opinando si finirebbe per applicare il nuovo decreto legislativo a lavoratori assunti precedentemente all'emanazione della nuova legge, in contrasto con quanto stabilito dalla legge delega n. 183/2014.

La medesima disciplina ed il medesimo ragionamento può essere seguito a proposito del licenziamento intimato ad un lavoratore per raggiungimento dell'**età pensionabile** in realtà mai raggiunto.

Il D.Lgs. n. 23/2015, inoltre, precisa che si considerano nuove assunzioni soggette alla disciplina del contratto a tutele crescenti anche i casi di conversione del **contratto a tempo determinato** e/o dell'**apprendistato** effettuate successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

Questa previsione, mancante nello schema di decreto approvato il 24 dicembre 2014, ha lo scopo

(1) Già in passato la Corte di Cassazione aveva infatti precisato che «il rapporto di lavoro del personale addetto ai pubblici servizi di trasporto in concessione, disciplinato dal R.D. 8 gennaio 1931, n. 148 e relativo regolamento allegato A, si distingue dal comune rapporto di lavoro di diritto privato poiché tale personale gode di uno speciale *status* costituito da una posizione intermedia tra quella dell'impiegato pubblico e quella dell'impiegato privato ed è soggetto ad una disciplina speciale

che lo regola interamente sia nella costituzione sia nelle sue vicende. Pertanto, al rapporto di lavoro di detto personale, garantito da una disciplina sostanzialmente più favorevole, non si applicano né la legge sui licenziamenti individuali (legge n. 604 del 1966, relativa ai rapporti di lavoro di diritto comune a tempo indeterminato non forniti da stabilità) né lo Statuto dei lavoratori (legge n. 300/1970)» (Cass. 25 febbraio 1982, n. 1216).

# Jobs Act

di evitare che le imprese rinuncino a confermare i lavoratori oggi in servizio con contratti a termine o di apprendistato. Tuttavia, per ciò che riguarda gli apprendisti, è ritenuta di dubbia legittimità costituzionale allorché si riferisca a contratti già conclusi prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo in analisi. La legge delega, infatti, impone al Governo di riservare la nuova disciplina ai soli nuovi assunti a tempo indeterminato, mentre gli apprendisti, come noto, devono considerarsi tali dall'avvio del rapporto, in forza di quanto prescritto dall'articolo 1 della legge n. 167/2011 (disposizione quest'ultima confermata anche dal nuovo schema di decreto sul riordino dei contratti flessibili approvato lo scorso 20 febbraio 2015). *Nulla quaestio*, invece, per ciò che riguarda il contratto di apprendistato stipulato nel vigore del nuovo decreto legislativo e confermato (o convertito) al termine del periodo di apprendistato.

Per quanto attiene all'ipotesi di contratto a tempo determinato qualificato da un termine illegittimamente apposto, potrebbe prospettarsi una questione di legittimità costituzionale per eccesso di delega qualora in sede interpretativa si annoveri tra le fattispecie rientranti nel campo di applicazione del decreto legislativo quella del contratto a tempo determinato con termine illegittimamente apposto. Il comma 2 dell'articolo 1 dovrebbe piuttosto essere ritenuto applicabile unicamente alle conversioni di rapporti a termine conclusi e trasformati (volontariamente o in sede giudiziale) successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo in analisi.

Da ultimo, ci si chiede se il comma 2 dell'articolo 1 si applichi anche all'ipotesi della conversione del contratto di *somministrazione* irregolare. La questione, in un certo senso, è già stata oggetto di decisione da parte della Corte di Cassazione a proposito dell'applicazione alla somministrazione irregolare dell'indennità onnicomprensiva di cui all'articolo 32, comma 5 della legge n. 183/2010. Il dubbio era sorto in relazione alla

formulazione dell'articolo 32 comma 5 che, per l'appunto, si riferisce solo ai contratti a tempo determinato. La norma, invero, statuisce che «nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604». La Cassazione civile, sezione lavoro, con sentenza del 17 gennaio 2013, n. 1148 ha ritenuto equivalente il regime sanzionatorio dei due istituti (contratto a termine e di somministrazione) e, di conseguenza, ha sancito l'applicabilità della norma di cui all'articolo 32, comma 5 della legge n. 183/2010 anche alla somministrazione irregolare. Secondo la Suprema Corte, infatti, il tetto delle 12 mensilità si deve applicare ogni volta che si verificano due condizioni: a) esiste un contratto avente una durata determinata; b) si verifica un fenomeno di conversione del rapporto di lavoro (quando ad esempio il contratto interinale è annullato dal giudice). Nel caso di annullamento del contratto di somministrazione, osserva la Corte, si verifica una doppia conversione perché il contratto diventa a tempo indeterminato e cambia il datore di lavoro (l'utilizzatore in luogo dell'agenzia per il lavoro). Da ultimo, il Supremo Collegio precisa che si verificano le medesime conseguenze anche qualora il vizio che determina la conversione del rapporto di lavoro riguardi il contratto commerciale di fornitura sottoscritto tra impresa utilizzatrice e fornitore e non già il contratto di lavoro che stipula il dipendente (2).

In ogni caso, non si può non considerare come l'articolo 1 comma 2 del decreto legislativo in analisi non menzioni la conversione della somministrazione di lavoro di talché si potrebbe anche sostenere l'inapplicabilità della nuova disciplina del contratto a tutele crescenti all'ipotesi della conversione della somministrazione di la-

(2) A pochi mesi dalla pronuncia della Suprema Corte, tuttavia, la Corte d'Appello di Roma, con sentenza datata 5 febbraio 2013, si è discostata da tali tesi. Le argomentazioni adottate dai giudici di merito a sostegno del loro disallineamento sono varie. La prima delle motivazioni è imperniata sull'esclusione dal campo di applicazione del D.Lgs. n. 368 del 2001 dei contratti di lavoro temporaneo. La seconda motivazione è connessa alla circostanza che nel comma 5 dell'articolo 32 della legge n. 183/2010 non si fa riferimento al contratto di sommi-

nistrazione. Infine si è rilevato che «a differenza della fattispecie prevista dal comma 5 della legge n. 183 del 2010, nella somministrazione irregolare non si è in presenza di un contratto a tempo determinato che si converte in contratto a tempo indeterminato tra le stesse parti, ma di una diversa configurazione giuridica, rappresentata dalla costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore, cioè del soggetto con il quale il prestatore non ha stipulato formalmente alcunché».

voro (3) irregolare in contratto a tempo indeterminato.

Le medesime considerazioni potrebbero estendersi anche al caos della trasformazione del contratto di lavoro *intermittente* o del lavoro cd. parasubordinato in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Il nuovo regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi, infine, troverà applicazione anche nei confronti dei “vecchi” assunti qualora le cd. *piccole imprese* superino la soglia dei 15 dipendenti.

Si tratta all’evidenza di una norma di sicuro interesse pratico in quanto volta a stimolare le aziende di più piccole dimensioni ad “allargare” la propria base occupazionale. La previsione, tuttavia, desta qualche dubbio di legittimità costituzionale. La legge delega, infatti, prevede espressamente l’applicazione della normativa sul contratto a tutele crescenti solo alle «nuove assunzioni».

### Licenziamento discriminatorio o nullo

Il regime di tutela contro il licenziamento discriminatorio o nullo ovvero intimato in forma orale non ha subito molte modifiche rispetto alla disciplina già contenuta nell’articolo 18 della legge n. 300/1970 (come modificato dalla legge n. 92/2012).

La norma, tuttavia, può destare qualche perplessità e merita di essere approfondita.

In primo luogo, in senso migliorativo rispetto al regime di cui all’articolo 18 della legge n. 300/1970, si stabilisce che l’indennizzo risarcitorio dovuto al lavoratore in caso di licenziamento discriminatorio o nullo debba essere calcolato sull’*ultima retribuzione di riferimento utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto* e non più (come in passato) sulla retribuzione globale di fatto.

Il nuovo decreto legislativo, quindi, cancella la nozione di retribuzione globale di fatto, sostituendola con quella utile per il calcolo del trattamento di fine rapporto di cui all’articolo 2120 c.c. Tale nozione, da un lato, è sicuramente più puntuale, dall’altro, tuttavia, lascia aperti spazi per differenti interpretazioni. Non è chiaro, inve-

ro, che cosa si intenda per ultima retribuzione di riferimento: retribuzione mensile o annuale? La legge non si esprime, ma un’interpretazione secondo buona fede della normativa indurrebbe a ritenere che il riferimento sia alla retribuzione annuale. I dubbi non finiscono qui, ponendosi il problema di come individuarla in caso di cessazione del rapporto in corso d’anno ovvero di come determinare gli emolumenti variabili solitamente calcolati su un periodo di 3 anni.

Nell’ultima parte della norma (articolo 2), poi, viene assimilata al licenziamento nullo (e come tale rientrando nella tutela cd. reintegratoria) anche l’ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione «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».

Rispetto a questa formulazione, in particolare, si pone il dubbio se essa ricomprenda il licenziamento per superamento del *periodo di comporta*. Secondo alcuni, infatti, il recesso (illegittimo) per mancato superamento del comporta costituisce un’ipotesi di giustificato motivo oggettivo, con conseguente applicazione del solo regime indennitario di cui all’articolo 3 del decreto legislativo. Secondo altra tesi, viceversa, la fattispecie in analisi sarebbe equiparabile ai casi di temporanea disabilità fisica o psichica e condurrebbe ad annoverare il licenziamento per superamento del comporta nel regime della nullità del licenziamento. Ciò anche alla luce della formulazione letterale del decreto che, cita la legge n. 68/1999 solo in via esemplificativa.

### Licenziamento disciplinare

Il decreto legislativo sul contratto a tutele crescenti, ancora, prevede che il lavoratore possa essere reintegrato «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».

In dottrina e in giurisprudenza si discuterà animatamente sulla corretta interpretazione da attri-

(3) Il dubbio, inoltre, al momento in cui si scrive non è risolto nemmeno dallo «Schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e la revisione della di-

sciplina delle mansioni in attuazione della legge 10 dicembre 2014 n. 183».

# Jobs Act

buire al concetto di «*insussistenza del fatto materiale*» contestato al lavoratore. Secondo alcuni autori che si sono già pronunciati il giudice dovrà esclusivamente accertare che il fatto sussiste ed è imputabile al lavoratore, senza che rilevino gli stati soggettivi del prestatore di lavoro ovvero le valutazioni di proporzionalità della sanzione rispetto al fatto. In altri termini, la reintegra potrà essere ordinata dal giudice solo allorché il lavoratore provi in giudizio che il fatto contestato non sussiste ovvero che lo stesso sussiste, ma è stato commesso da altri, incombeno dunque sul lavoratore il relativo onere probatorio.

Secondo altri, viceversa, la valutazione del giudice dovrebbe estendersi non solo all'evidenza materiale del fatto bensì anche all'elemento soggettivo della condotta, quale il dolo o la colpa (ad es. il dolo nel danneggiamento ovvero la coscienza e volontà dell'altruità della cosa nell'ipotesi del furto) alla luce della circostanza che la normativa fa riferimento espresso al fatto materiale contestato al lavoratore.

## Licenziamento collettivo

Da ultimo con riferimento ai licenziamenti collettivi il decreto legislativo prevede la reintegra in servizio solo in caso di recesso intimato senza la forma scritta, mentre in tutti gli altri casi, al-

lorché non siano osservate le procedure di legge ovvero non siano rispettati i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, si applica la tutela indennitaria di cui all'articolo 3 del medesimo decreto. Per ciò che riguarda i licenziamenti collettivi non è chiaro se si applichi il regime di tutela delle aziende di piccole dimensioni di cui all'articolo 9 comma 1 del decreto legislativo ovvero quello previsto per le aziende con più di 15 dipendenti (articolo 3). Si consideri l'ipotesi in cui un'impresa che implementa una procedura di licenziamento collettivo sia sotto la soglia dei 16 dipendenti di organico e con unità produttive ciascuna al di sotto dei 16 dipendenti. È prevedibile che sul punto si accenderà un vivace dibattito.

Infine merita una riflessione l'ipotesi in cui una procedura di licenziamento collettivo riguardante la stessa unità produttiva e/o il medesimo reparto possa coinvolgere lavoratori con le tutele di cui all'articolo 18 della legge n. 300/1970 e lavoratori assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto sul contratto a tutele crescenti. È prevedibile che sorgeranno dubbi di legittimità costituzionale del decreto sotto il profilo della diversa tutela offerta ai lavoratori coinvolti nella stessa procedura, lavoratori che saranno dunque assoggettati a tutele differenti in ragione della mera data di assunzione.