

## DALLO STATUTO DEI LAVORATORI AL “JOBS ACT”\*

Maria Josè Vaccaro\*\*

Voglio ringraziare tutti coloro che oggi sono qui a questa tavola rotonda per ricordare Nicola Crisci ed in particolare il figlio, l' avvocato Salvatore, per aver voluto che io, in rappresentanza dei colleghi lavoristi, prendessi la parola.

Nicola è stato per me, ma credo per tutto il gruppo salernitano, uno stimolo continuo.

Sempre attento alle novità legislative e giurisprudenziali, era un instancabile promotore, anche nella sua qualità di Presidente della sezione locale del Centro studi Domenico Napolitano, di ampi dibattiti coinvolgendo tutta la società salernitana: studenti, avvocati, magistrati, consulenti del lavoro. Per sollecitare la mia partecipazione, Nicola mi preparava ogni volta una bella cartellina sulla quale era scritto di suo pugno l'argomento dell'incontro ed all'interno della quale era raccolto il materiale che mi poteva essere utile, sottolineato, con tanti punti esclamativi ed interrogativi ed altri segni evidenti apposti con la sua penna stilografica. La sua generosità, l'assenza di qualsiasi rivalità o invidia rendevano per me Nicola un amico ed un collega fuori dal comune.

Nicola apriva gli incontri con una approfondita ricostruzione della tematica ed una lucida indicazione dei problemi applicativi che la disciplina in commento poneva. L'anima dell'avvocato era, in questo senso, prevalente su quella teorica del professore. Anima che tuttavia emergeva negli scritti: penso a quello sulle cooperative elaborato per gli studi in onore di Buonocore, nei quali l'aspetto teorico era strettamente funzionale alla ricostruzione ed interpretazione della normativa.

Nicola si è interessato di tutti gli aspetti del diritto del lavoro oltre che di previdenza e sicurezza sociale, ma si era dimostrato sensibile altresì alle problematiche sociali locali come quando, dopo il terremoto del 1980, aveva sollecitato lo studio e l'approfondimento della legislazione sulla protezione civile.

Tra i temi strettamente lavoristici uno di quelli su cui è tornato più volte è certamente il licenziamento. Quando sono arrivata a Salerno aveva già scritto un commento pratico allo statuto dei lavoratori e quando nel 1990 è intervenuta la prima legge di modifica è uscito un suo ampio contributo sull'argomento. Con la riforma Fornero e poi con il “Jobs act” la disciplina dei licenziamenti ha avuto una trasformazione radicale. Con Nicola non siamo riusciti ad organizzare una considerazione comune: per questo vorrei riprendere il filo delle conversazioni comuni avute sull'argomento e fare qualche considerazione generale, non tanto sui contenuti specifici di questi provvedimenti, quanto sul metodo.

\*\*\*\*\*

1.- Il diritto del lavoro forse più che altre branche del diritto è stato caratterizzato da un susseguirsi di fasi strettamente connesse al mutare della situazione economica. Tuttavia, poiché i processi normativi sono più lenti di quelli economici, oltre ad essere ad essi successivi, si è attuato un considerevole distacco tra quanto la legge prometteva o garantiva e quanto il contesto economico sociale consentiva di realizzare. Così per esempio, mentre il boom economico e la ripresa post bellica spingevano verso nuove frontiere i diritti individuali, lo statuto dei lavoratori che dava corpo a quelle aspirazioni vedeva la luce quando la fase di sviluppo crescente stava per tramontare e l'emergenza, poi trasformata in crisi, si impadroniva del sistema per non lasciarlo più.

---

\* Testo dell'intervento svolto il 10 aprile 2015, presso l'Università degli Studi di Salerno, nella giornata di studi in onore e ricordo del Prof. Nicola Crisci.

\*\* Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Salerno.

Incomincia allora un lungo periodo in cui garantismo e flessibilità convivono con un'indubbia incongruenza logica che spiega il formarsi di una giurisprudenza disarticolata che afferma principi contrastanti in ragione dei diversi valori a cui si ispira.

Così mentre per un verso vanno gradatamente aprendosi le possibilità di far ricorso al contratto a termine e si introducono ulteriori forme di lavoro flessibile, per altro verso aumentano le ipotesi in cui si prevede la sanzione della trasformazione dei contratti flessibili in contratti a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme di legge. E la giurisprudenza, al fine di controllare tale processo evolutivo, prevederà in caso di conversione pesanti ricadute economiche solo più tardi corrette, considererà la conversione del contratto come sanzione di carattere generale applicabile anche nel caso in cui non sia espressamente prevista dalla legge, offrirà una interpretazione restrittiva prima delle ragioni tecniche organizzative e produttive poste a fondamento del contratto a termine e poi delle ipotesi in cui è ammesso il contratto a termine acausale al di là di quanto richiesto dalla direttiva comunitaria e dalla legge interna.

In questo modo, accanto alle difficoltà sollevate dal disallineamento tra dati giuridici e dati economici, emergono quelle che nascono da una non univoca interpretazione delle disposizioni normative

Il sistema tra alti e bassi va avanti fino al 2009. Va avanti fin tanto che permane sostanzialmente immutato il rapporto tra legge, contrattazione collettiva, giurisprudenza. Tra Governo, Parlamento e corpi intermedi.

A questo mutato rapporto si deve l'attuale riscrittura del Diritto del lavoro.

Un significativo cambiamento di rotta nei rapporti tra Governo e parti sociali si avverte prima nella evidente rilegificazione di molti ambiti precedentemente consegnati alla contrattazione collettiva, in particolare nel pubblico impiego. Ma trova poi un molto più significativo momento nell'art. 8 della l. 148 del 2011 con il quale il legislatore interviene in una materia ritenuta da sempre di esclusiva pertinenza sindacale come quella dell'efficacia generale dei contratti, in particolare aziendali, e dei rapporti tra i vari livelli di contrattazione. Si attua un consistente intervento certamente non diretto al sostegno sindacale, come negli anni '70, ma alla regolazione del conflitto tra le maggiori confederazioni e all'espropriazione di una quota di rappresentatività con l'attribuzione della stessa alla maggioranza della base dei lavoratori. Sarà necessario ricorrere alla Corte costituzionale per vedere riattribuita al sindacato, con la sentenza n. 231/2013, la rappresentatività negata da una norma non più in linea con i tempi.

Emerge nel complesso un profondo spostamento dell'asse del confronto sindacale.

L'interlocutore preferito del Governo ora non è più il sindacato confederale o di categoria ma quello aziendale. Tanto che, superando lo stesso accordo interconfederale del 2011, al contratto aziendale si dà la possibilità di derogare alle norme di legge oltre che al contratto nazionale.

L'invasione legale in materie strettamente sindacali come quella economica può leggersi poi in altri provvedimenti, attuati o in discussione, come gli stessi 80 euro o il tfr in busta paga ed oggi il salario minimo garantito.

Fino alla legge Fornero, tuttavia, la matrice compromissoria era ancora evidente ed alla contrattazione collettiva erano attribuiti ampi poteri come quello di ridefinire i confini della tutela reale attraverso l'individuazione delle ipotesi rientranti nelle sanzioni conservative.

Con il "Jobs act" il processo si compie e la generalizzazione dell'acausalità del contratto a termine suona come una espropriazione del sindacato del suo potere di gestione delle prerogative datoriali esercitato fino ad allora anche attraverso l'individuazione ed il controllo delle cause oggettive di ammissibilità del contratto a termine.

Nello stessa direzione si porrà poi la mancata riproposizione della reintegra quando il licenziamento è riconducibile ad una ipotesi a cui la contrattazione collettiva applica una sanzione conservativa.

Con riferimento ai rapporti tra Governo e giurisprudenza, un primo intervento significativo, almeno dal punto di vista formale, si era avuto con l'art. 30 del collegato lavoro del 2010 che aveva cercato in qualche modo di circoscrivere i poteri discrezionali del giudice sui poteri manageriali, operazione

completata dall'art 43 della legge Fornero che qualifica come errore di diritto il superamento di quei limiti.

Su tali rapporti produce effetti anche la generalizzazione dell'acausalità del contratto a termine che elimina alla radice la discrezionalità del giudice nell'accertamento della validità delle ragioni addotte a fondamento del contratto a termine.

2.- Ma molto di più si fa con il contratto a tutele crescenti introdotto di recente.

Qui si porta a compimento l'iter di riforma dell'art. 18, iniziato con la Fornero, circoscrivendo ancor più il campo di applicazione della reintegra, oggi esclusa anche per i licenziamenti economici sia individuali che collettivi e incidendo fortemente, oltre che sulla funzione del contratto collettivo, anche sulla discrezionalità del giudice sia nell'interpretazione delle norme che nell'applicazione delle sanzioni.

Quest'ultimo aspetto trova in parte lo spunto nei dubbi che erano sorti sui contenuti di alcune disposizioni della legge Fornero che avevano consentito una interpretazione delle stesse in contrasto con una ricostruzione sistematica delle nuove disposizioni e certamente in antitesi con quello che era l'obiettivo perseguito dal legislatore.

Per questo motivo con la riforma del 2015 si chiarisce il significato di alcune disposizioni introdotte con la Fornero, si eliminano alcune di quelle dubbie e si costruisce un sistema sanzionatorio basato sul dato numerico-temporale e quindi non suscettibile di interpretazioni.

3.- La riforma Fornero aveva, come è noto, fortemente ridotto la possibilità di applicare la tutela reale, una volta di carattere generale ed unica, circoscrivendole alle ipotesi di licenziamento discriminatorio, per motivo illecito, orale, alle ipotesi di insussistenza del fatto e a quelle in cui il fatto rientri tra quelli a cui la contrattazione collettiva colleghi una sanzione conservativa, nonché nelle ipotesi di violazione dei criteri di scelta nel caso di licenziamenti collettivi e prevedendola come possibile in caso di manifesta insussistenza del motivo oggettivo .

Appariva mi pare evidente la volontà di rendere residuale la reintegra, riservandola alle ipotesi in cui l'illegittimità è evidente *ictu oculi*.

Pur tuttavia, sulle due ipotesi dell'insussistenza del fatto e della previsione contrattuale di sanzioni conservative, si era immediatamente aperto un ampio dibattito dottrinale. Ci si chiedeva, in sintesi, se l'insussistenza del fatto dovesse riguardare il fatto materiale o quello giuridico e, sul diverso fronte, se delle previsioni contrattuali fosse possibile una interpretazione analogica e se operasse in ogni caso il possibile rinvio all'art. 2106 c.c. quale clausola generale di valutazione della proporzionalità della sanzione.

Con riferimento al primo aspetto la dottrina aveva da subito evidenziato la difficoltà di distinguere il diverso contenuto riconducibile alla locuzione: "insussistenza del fatto contestato" di cui al 4° co. del nuovo art. 18 rispetto alle ipotesi in cui non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo di cui al successivo 5° co., operazione non semplificata dal raffronto con l'espressione "manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento" utilizzata nelle ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo.

Le difficoltà interpretative sono evidenziate dall'ampia forbice entro cui queste si muovono, passando da chi ha ritenuto possibile fondare sulle nuove disposizioni un consistente ampliamento della tutela reintegratoria forte, come disciplinata nel vecchio art. 18, attraverso una riconduzione del licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo, nell'area di quello discriminatorio a chi ha ritenuto che una formalistica imputazione del licenziamento a fatti materialmente reali ma giuridicamente infondati potesse giustificare solo una tutela indennitaria.

In questo dialogo dottrinale si è inserita la giurisprudenza la quale con la prima decisione in materia (Tribunale di Bologna del 15-10 2012) ha accolto una visione restrittiva della portata delle nuove disposizioni attraverso una ricostruzione della nozione di "insussistenza del fatto contestato", non come fatto materiale ma come fatto giuridico nel quale sussistono l'elemento oggettivo e quello soggettivo. Il Tribunale infatti, pur avendo accertato l'effettività dell'inadempimento, ne ha escluso

la “giuridica esistenza” perché, attraverso una complessa ed approfondita valutazione di una serie di circostanze oggettive e soggettive come, il clima aziendale, la presenza di elementi provocatori, la posizione del lavoratore, i suoi comportamenti pregressi, lo ha ricondotto nell’area della lieve insubordinazione prevista dalla contrattazione collettiva.

Su questo dibattito è intervenuta, a pochi giorni dalla emanazione della legge del 2015, la Cassazione con la decisione n. 23669/2014 che ha accolto al contrario, anche alla luce delle finalità perseguite dal legislatore del 2012, l’interpretazione opposta che individua nel fatto a cui fa riferimento il co. 4, il solo fatto materiale.

Il d. lgs. n. 23 del 2015, nel riproporre all’art. 3 come ipotesi in cui si applica la reintegra quella già contenuta nel co. 4 dell’art. 18 come riformata dalla Fornero, specifica “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 del lavoratore”. La norma, anche sulla scorta della pronuncia della Cassazione, sembra voler entrare direttamente nel dibattito indicato e reprimere le fughe in avanti della giurisprudenza di merito, finendo per persi in qualche modo come disposizione di interpretazione autentica anche del co. 4 della l. 92 del 2014, non potendosi ritenere che la stessa espressione “insussistenza del fatto” possa avere nei due articolati normativi un significato diverso. Peraltro l’interpretazione seguita dal Tribunale di Bologna finiva per svuotare di significato il co. 5 dell’art. 18: infatti, la valutazione circa la gravità dell’inadempimento in ragione delle circostanze oggettive e soggettive nelle quali il comportamento si è realizzato, trova il suo appiglio normativo nel co. 5 dove appunto sono disciplinati le conseguenze del licenziamento in tutti gli altri casi, diversi dalla insussistenza del fatto, in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo.

Piuttosto il legislatore ha perso un’occasione per chiarire la nozione di “fatto” utilizzata nella vecchia e nova disposizione.

È indubbio che il co. 4° del nuovo art. 18, nonché l’art. 3 del decreto del 2015 fanno riferimento al giustificato motivo soggettivo o alla giusta causa come ipotesi di licenziamento disciplinare per cui il fatto contestato deve necessariamente essere qualificabile come inadempimento.

Conseguentemente, l’indagine sulla sussistenza del fatto non può essere circoscritta al solo fatto materiale, perché ciò potrebbe consentire al datore di lavoro di porre a fondamento del licenziamento un qualsiasi fatto incontestabile (mal funzionamento di una macchina) e con ciò beneficiare di una sanzione ridotta. Il fatto posto a fondamento del licenziamento deve innanzitutto essere un inadempimento contrattuale e, proprio in quanto tale, deve essere imputabile al lavoratore. Solo in questi termini “il fatto” può dirsi giuridicamente esistente.

4.- La legge Fornero prevedeva poi la reintegra nell’ipotesi in cui l’inadempimento rientrasse tra quelli a cui la contrattazione collettiva ricollega una sanzione conservativa. Anche in questo caso parte della dottrina aveva affermato che, ove non ricorrevano gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo, l’inadempimento doveva necessariamente essere ricondotto ad una delle ipotesi per le quali la contrattazione collettiva prevede una sanzione conservativa attraverso una interpretazione estensiva o analogica delle stesse ovvero in ragione del ricorso all’art. 2016 c.c. applicando, in conseguenza, anche in tal caso, la sanzione della reintegra.

Certo qui i dubbi sono più consistenti ma ugualmente si può ritenere che in tal modo il co. 5 non troverebbe mai applicazione perché o il licenziamento è giustificato o, nel caso contrario, si applicherebbe sempre la sanzione della reintegra in quanto o il fatto non sussiste o l’inadempimento essendo di gravità inferiore a quella prevista dall’art. 3 della l. 604 /66 sarebbe tuttavia meritevole di sanzione disciplinare. La conseguenza sarebbe, ancora una volta, una applicazione generalizzata della reintegra in contrasto con la finalità indicata dal legislatore che era intervenuto per ridimensionare l’applicazione di tale sanzione. Peraltro anche in questo caso si svuoterebbe la portata del co. 5 dell’art. 18.

Evidentemente molto dipenderà dalle modalità con cui è formulata la previsione contrattuale. Deve ritenersi che solo quando la previsione contrattuale sia specifica (assenza ingiustificata superiore o inferiore a un certo numero di giorni- ritardo entro certi limiti) si configuri l'ipotesi di cui al co. 4° mentre nelle ipotesi in cui la disposizione contrattuale contenga apprezzamenti di valore e richieda quindi una valutazione del fatto da parte del datore e successivamente del giudice, senza obiettivi parametri di riferimento (esempi concreti ai quali parametrare il fatto specifico) si dovrebbe configurare solo una ipotesi di licenziamento ingiustificato ai sensi del co. 5 con una tutela esclusivamente indennitaria. Ciò esclude certamente l'interpretazione analogica delle disposizioni contrattuali (Cass., 23-12-2002, n. 18294).

In ogni caso, fino alla Fornero rimaneva un ampio potere della contrattazione collettiva di incidere sul campo di applicazione della reintegra che si concretizzava nella predisposizione delle clausole contrattuali in materia di sanzioni disciplinari ed un considerevole potere interpretativo del giudice, ancorché limitato dal fatto che le clausole contrattuali esplicite a favore del lavoratore erano in ogni caso vincolanti e dai più blandi paletti posti dall'art. 30 della l. 83 che gli impone di tener conto delle ipotesi di giusta causa e giustificato motivo previste nei contratti collettivi.

Con la riforma del 2015 il riferimento alle sanzioni conservative previste nei contratti collettivi sparisce con ciò limitando sia il ruolo della contrattazione collettiva sia chiudendo la discussione sulla possibile interpretazione analogica o estensiva delle clausole contrattuali da parte del giudice.

Ancora più incisiva sui poteri del giudice è la modifica del sistema di calcolo delle sanzioni economiche. Queste, essendo ora calcolate in base all'anzianità del lavoratore, escludono qualsiasi funzione adeguatrice della sanzione all'infrazione commessa da parte del giudice.

Di questo braccio di ferro tra legislatore e giurisprudenza, specialmente di merito, ci sono poi segni in altre materie. Mi viene in mente quanto si è verificato in materia conversione del c. a termine nel p. i. in ipotesi di superamento dei 36 mesi nel settore della scuola. Pur in presenza di una chiara disposizione come quella contenuta nel co. 5 dell'art. 36 del T.U. 165/2001 che vieta la conversione, qualche giudice di merito l'ha affermata e quando nel 2011 è stata introdotta una esplicito divieto per il settore scuola si è detto che ciò confermerebbe fino a quella data la possibilità di conversione. Per questo motivo il legislatore nel 2013 è intervenuto ancora sull'art. 36 del T.U. con un nuovo co. 5 ter specificando nuovamente l'applicazione della legge sul c. a termine al pubblico impiego ma l'esclusione per tutti i settori della possibilità di trasformazione del contratto.

Per quanto abituati e qualche volta grati alla funzione di supplenza della giurisprudenza, pare che in alcuni casi si vada oltre perché non si interviene su vuoti normativi ma con la esplicita volontà di rifiutare una certa evoluzione del sistema.

5.- Chiudendo questa breve intervento che voleva solo evidenziare più che il contenuto delle nuove norme, le tecniche di intervento del legislatore solo qualche breve considerazione finale.

La riforma Fornero e quella del 2015 non si sovrappongono avendo campi di applicazione diversi riferendosi quella del 2015 solo ai nuovi assunti mentre quella del 2012 continua a trovare applicazione per i lavoratori già occupati. La scelta di non riformare nuovamente, in generale, il regime del licenziamento modificando la Fornero indica ancora una volta la natura compromissoria del provvedimento: l'ulteriore abbassamento delle tutele trova la sua compensazione nella limitazione del suo campo di applicazione.

I dubbi di costituzionalità sono stati dai più superati ma qualche dubbio più consistente rimane sull'opportunità di creare un nuovo contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a tutele ridotte i cui effetti sul sistema si vedranno solo più tardi, e sempre che il legislatore nel frattempo non ci ripensi, quando i vecchi occupati usciranno dal mercato del lavoro.

Probabilmente le due riforme del 2012 e del 2015 hanno obiettivi diversi.

La principale ragione della riforma Fornero era indicata dal legislatore in quella del rilancio dell'occupazione attraverso una rimodulazione delle sanzioni applicabili al licenziamento illegittimo, una attenuazione delle ipotesi di applicazione della reintegra ed una accelerazione della

risoluzione delle controversie in materia. Se il superamento dell'art. 18 consenta di rilanciare l'occupazione è stato messo in dubbio da molti mentre certamente risponde alle esigenze dell'organizzazione del lavoro e della produzione, profondamente cambiate rispetto a quelle degli anni 70, ed a ricostruire quella solidarietà sociale messa in pericolo dal conflitto tra chi è dentro e fuori il sistema delle tutele.

La riforma del 2015 conferma la volontà di ridurre l'ambito di applicazione della reintegra ma attuata essenzialmente per garantire una maggiore certezza del diritto ovvero delle conseguenze derivanti dal licenziamento illegittimo che forse più della riduzione della tutela reale può essere d'incentivo alla ripresa economica.

Oggi alla luce di una riforma ormai divenuta legge c'è da augurarsi che i dati diffusi circa il numero dei nuovi contratti a tempo indeterminato siano reali, ora però che la precarietà è stata trasferita sul contratto a tempo indeterminato.