

# OSSERVATORIO

---

LEGISLAZIONE IN MATERIA DI LAVORO

## LA PAURA ... DELLE “TUTELE CRESCENTI” E I SUOI RIMEDI

1. Il d.lgs. n. 23/2015 caccia in un angolo quella tutela reintegratoria che la riforma Fornero aveva solo, e troppo poco, ammorbidito: almeno, questa è la vulgata corrente.

Ci siamo già espressi sul punto (v. A. TURSI, *L'art. 18 e il contratto a tutele crescenti*, *DRI*, n. 4/2014, 923 e ss.; ID., *L'art. 18 e il contratto a tutele crescenti*, *Ipsos* Quotidiano; ID., *Il licenziamento nel contratto a tutele crescenti*, *ivi*): in sintesi, la riforma Fornero aveva già marginalizzato l'art. 18 della legge n. 300/1970; la timidezza giudiziale nella sua applicazione, però, ha indotto il Governo RENZI sia a riformularla in maniera più drastica, sia ad accentuare l'emarginazione dell'art. 18 per i nuovi assunti, escludendolo anche nei casi di licenziamento per ragioni economiche, di licenziamento collettivo non rispettoso dei criteri di scelta, e di licenziamento disciplinare irrogato in casi nei quali il contratto collettivo preveda sanzioni conservative.

Si profila però un problema, da più parti già segnalato, in sede sia aziendale che sindacale: il nuovo regime dei licenziamenti potrebbe costituire un disincentivo per la fisiologica prassi della mobilità interaziendale, o per la realizzazione su base consensuale di operazioni di ristrutturazione o riorganizzazione che comportino passaggi intersocietari; prassi e operazioni che potrebbero incepparsi a fronte del rifiuto dei lavoratori di passare dal regime (di quel che resta) dell'art. 18 della legge n. 300/1970, a quello delle “tutele crescenti”.

Il problema ha due facce: una già chiaramente percepita e materializzatasi in alcune vertenze aziendali (tra tutti, il caso Novartis); l'altra insidiosamente incombente sui futuri licenziamenti disciplinari.

2. La faccia più nota del problema è quella che, in realtà, è anche più facile da risolvere, almeno dal punto di vista giuridico: laddove il consenso dei lavoratori sia strutturalmente necessario (come nel caso della fisiologica mobilità interaziendale), ovvero sia considerato, assieme a quello del sindacato, una risorsa strategica per il successo di un'operazione di riorganizzazione collettiva, non ci sarebbe che da rimettersi al classico, ma oggi alquanto appannato, principio giuslavoristico del cd. *favor praestatoris*.

Tale principio, di cui sono espressione norme fondamentali del diritto del

lavoro quali gli artt. 2077 e 2113 c.c. o l'art. 40, comma 2°, della legge n. 300/1970, implica che in caso di concorrenza tra fonti legali e contrattuali (di contratto collettivo o di contratto individuale) regolative del rapporto di lavoro, prevalgono le disposizioni più favorevoli al prestatore di lavoro subordinato; salvo, ovviamente, previsioni diverse della legge (che potrebbe, in ipotesi, vietare le deroghe migliorative per particolari ragioni di ordine pubblico economico, o, come sempre più spesso accade, consentire quelle peggiorative).

Sul piano giuridico, dunque, nulla impedisce che con accordo collettivo o addirittura individuale, le parti escludano l'applicabilità delle "tutele crescenti", ossia, detto fuori di metafora (ché tale è l'espressione «contratto a tutele crescenti»), stabiliscano che in caso di licenziamento dichiarato illegittimo dal giudice, il datore di lavoro sia obbligato a ripristinare il rapporto di lavoro, e non possa limitarsi a corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato l'indennizzo previsto dal sistema delle tutele crescenti (ma il discorso vale anche per i casi di indennizzo previsti dal riformato art. 18 della legge n. 300/1970).

La Corte di Cassazione ha più volte affermato (sent. n. 3116/88, n. 298/90, n. 2413/90, n. 6901/2000) — che la tutela reale, quale prevista dall'art. 18, della legge 20 maggio 1970, n. 300 possa essere pattiziamente estesa al di fuori dei limiti legali soggettivi e oggettivi, pur precisando che ciò possa avvenire solo a condizione che una tale estensione risulti chiaramente dalla disciplina individuale o collettiva del rapporto dedotto in giudizio. Si tratterebbe, in buona sostanza, di una estensione convenzionale della tutela reale come condizione di miglior favore, legittimata direttamente dall'art. 40, comma 2° della stessa legge che "ospita" l'art. 18 (la legge n. 300/1970).

La questione potrebbe essere controversa, ove si dubiti della possibilità di imporre contrattualmente al giudice l'ordine di reintegra nel posto di lavoro quale sanzione di carattere pubblicistico/autoritativo. Ma la soluzione potrebbe essere più semplice, se gestita con gli strumenti del puro diritto civile: basterebbe inserire nel contratto la previsione di un obbligo di riassunzione, sanzionato con una robusta clausola penale per il caso di inadempimento; oppure, ancora più efficacemente, utilizzare l'art. 2932 dello stesso codice civile, che prevede l'«esecuzione specifica», tramite sentenza, «dell'obbligo di concludere un contratto».

Infine, come è stato già suggerito in dottrina, potrebbe prestarsi all'uopo lo strumento della cessione del contratto: ove si ammetta (ma la questione non è scontata) che l'istituto disciplinato dall'art. 1406 del codice civile consista in una successione contrattuale nel rapporto di lavoro, che esclude — al pari dell'art. 2112 c.c. — una soluzione di continuità del contratto di lavoro, si dovrebbe giungere alla conclusione che la cessione del contratto non dà luogo ad una nuova assunzione, e dunque alla instaurazione di un ed. contratto a tutele crescenti.

3. L'aspetto più insidioso della questione è però un altro, ed è collegato al

ruolo e all'efficacia delle previsioni dei contratti collettivi di lavoro in materia di sanzioni disciplinari.

Se, infatti, è vero che il d.lgs. n. 23/2015 ha eliminato la possibilità, prevista dall'art. 18, comma 4 della legge n. 300/1970 "post riforma Fornero", di procedere alla reintegra nel caso in cui il licenziamento disciplinare sia stato irrogato a fronte della commissione di un illecito punito dal ccnl con una sanzione conservativa, resta da interrogarsi sull'effetto da ricondurre alle dette previsioni dei ccnl nel contesto del *Jobs Act*: potrebbe infatti sostenersi che le suddette previsioni dei ccnl costituiscano anch'esse condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro, rispetto al regime delle tutele crescenti, così neutralizzando l'importante riforma "per via contrattuale".

Ad una simile dirompente conclusione possono opporsi almeno tre argomenti.

Il primo: non va confusa l'illegittimità del licenziamento con la sanzione applicabile. Se il ccnl contempla per un determinato illecito una sanzione conservativa, il licenziamento eventualmente irrogato dal datore di lavoro sarà certamente illegittimo; ma il rimedio da applicarsi al licenziamento illegittimo sarà quello — indennitario — stabilito dalla legge.

Il problema potrebbe porsi solo in quei (non numerosi) casi in cui nel ccnl siano riprodotte le previsioni dell'art. 18 (magari di quello "vecchio", ante riforma Fornero); in tal caso il dubbio della deroga migliorativa al regime sanzionatorio del *Jobs Act* (o addirittura dell'art. 18 post-Fornero) non sarebbe peregrino.

Ma restano le altre due obiezioni.

La seconda: utilizzando lo strumentario concettuale proprio delle sentenze con cui la Corte costituzionale ebbe a salvare le leggi di contenimento dell'inflazione nel periodo a cavallo tra gli anni '70 e '80 del secolo scorso, si potrebbe sostenere che la riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi costituisca, anche per le ragioni poste a suo sostegno nella legge delega ("rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione"; "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"), una riforma imposta dall'interesse generale o dall'ordine pubblico economico, e perciò non derogabile contrattualmente (nemmeno) in meglio *ex latere praestatoris*.

Meno problematica, più semplice e pragmatica è però la terza e ultima soluzione, di carattere puramente interpretativo: pur non escludendo in astratto la legittimità di previsioni migliorative della contrattazione (collettiva o individuale) rispetto a quelle recate dal d.lgs. n. 23/2015, sarebbe necessaria una manifestazione di volontà chiara, esplicita e inequivoca in tal senso, espressa dalla fonte contrattuale.

Ciò sarebbe giustificato dalla circostanza che gli attuali contratti collettivi

sono stati formulati nella vigenza dell'art. 18 della legge n. 300/1970, e dunque la riproduzione della norma legale non poteva che adempiere — come spesso accade nella contrattazione collettiva — ad una funzione meramente ricognitiva della disciplina legale vigente. Oggi, a fronte di una riforma profonda del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, deroghe alle sue previsioni non potrebbero non essere oggetto di rinnovata — e prevedibilmente aspra — contrattazione.

ARMANDO TURSI  
*Ordinario di diritto del lavoro  
nell'Università di Milano*