



**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**

26 October 2017

Case Document No. 1

Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy
Complaint No. 158/2017

COMPLAINT

Registered at the Secretariat on 16 October 2017

RECLAMO COLLETTIVO

Executive Secretary of the European Committee of Social Rights

Department of the European Social Charter

Directorate General of Human Rights and Rule of Law

Council of Europe

F-67075 Strasbourg Cedex

social.charter@coe.int

Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL)

Corso d'Italia n. 25

00198 Roma

Italia

indirizzo e-mail: segreteria.camusso@cgil.it

Oggetto: Reclamo collettivo della Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) per violazione, da parte dello Stato italiano, dell'articolo 24 della Carta Sociale Europea Riveduta

Indice

1. Oggetto del reclamo collettivo

2. Il quadro di riferimento normativo

2.1. La normativa applicabile ai rapporti di lavoro precedenti all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015 (art. 18 della legge n. 300/1970 e art. 8 della legge n. 604/1966).

2.1.1. Diritto alla reintegrazione

2.1.2. Diritto ad una indennità

2.2. Il decreto legislativo n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti

2.2.1. Finalità e ratio della riforma del 2015

2.2.2. Indennità in caso di licenziamento ingiustificato

2.2.3. Possibilità di riduzione dell'importo dell'indennizzo di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015.

a) Vizi formali e procedurali

b) La proposta conciliativa

2.2.4. Inesistenza di vie giuridiche alternative

2.2.5. Ambito residuale di applicazione della reintegrazione

a) Licenziamento discriminatorio o sanzionato con la nullità dalla legge

b) Licenziamento disciplinare illegittimo per "mancanza del fatto"

2.2.6. Licenziamento collettivo

2.3. Modello di sostegno al reddito in caso di licenziamento.

3. Sulla ricevibilità del reclamo collettivo

3.1. Lo Stato contro cui è diretto il reclamo collettivo

3.2. L'organizzazione che presenta il reclamo collettivo

3.2.1. La Confederazione Generale Italiana del Lavoro .

3.2.2. La legittimazione attiva della CGIL a presentare reclami collettivi dinnanzi al CEDS.

4. Sul merito del reclamo collettivo

4.1. L'art. 24 della CSER e la giurisprudenza pertinente del CEDS.

4.1.1. I principi.

4.1.2. La valutazione specifica del CEDS rispetto alle legislazioni nazionali.

4.1.3. La valutazione specifica del CEDS rispetto alla legislazione italiana.

4.2. Analisi della legislazione nazionale con riferimento alle previsioni ed alle finalità previste dall'art. 24 della CSER.

4.2.1. Sul carattere certo dell'indennizzo, predeterminato in ragione dell'anzianità di servizio.

4.2.2. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento ai criteri per una sanzione valida.

4.2.3. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento al danno subito dal lavoratore nel periodo precedente all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento in sede giudiziaria.

4.2.4. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento al danno subito dal lavoratore nel periodo successivo all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento in sede giudiziaria.

4.2.5. L'effetto delle riforme del sistema di sicurezza sociale.

4.2.6. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento alla riduzione (supplementare) dell'indennizzo nelle piccole imprese (unità produttive fino a 15 dipendenti).

4.2.7. Meccanismo di risoluzione incentivata della controversia in sede stragiudiziale: riduzione "di fatto" dell'indennità.

4.3. La tutela ripristinatoria: le preclusioni ex lege al potere del giudice di tutelare il lavoratore con la reintegrazione nel posto di lavoro.

4.4. Insussistenza di ragioni di "ordine pubblico" che possano giustificare restrizioni del diritto sancito dall'art. 24 ai sensi della lett. G della CSER.

5. Conclusioni

Allegati

1. Oggetto del reclamo collettivo

Con il presente reclamo contro l'Italia, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), assistita dall'Avv. Prof. Amos Andreoni e dall'Avv. Carlo de Marchis del Foro di Roma, dall'Avv. Prof. Vittorio Angiolini e dal Prof. Giovanni Orlandini, chiede al Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) di dichiarare che la disciplina contenuta negli artt. 3, 4, 9 e 10 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (allegato 1)¹, riguardante la tutela applicabile a tutti i lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti – nel settore privato – con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dal 7 marzo 2015, in caso di licenziamenti dichiarati illegittimi per assenza di una valida ragione disciplinare ovvero per assenza di una causa oggettiva o economica, anche di tipo collettivo, si pone in contrasto con l'art. 24 (diritto ad una tutela in caso di un licenziamento) della Carta Sociale Europea Revisionata (CSER).

Oggetto del reclamo collettivo è il meccanismo di calcolo dell'indennizzo previsto dalla sopra citata disciplina di cui al decreto legislativo n. 23/2015 in caso di licenziamento ingiustificato: al lavoratore spetta un'indennità predeterminata in maniera rigidamente automatica dalla legge e crescente nel tempo in ragione della sua anzianità di servizio, fino ad un tetto massimo prestabilito dalla legge (plafond). Tale indennizzo è onnicomprensivo ed esclude la possibilità per il giudice di valutare e riconoscere l'eventuale maggior danno subito dal lavoratore in ragione del licenziamento.

2. Il quadro normativo di riferimento

Il decreto legislativo n. 23/2015 rappresenta l'ultima tappa di un processo di riforma della disciplina del licenziamento, che ha portato nel 2012 a modificare la normativa contenuta nella legge 15 luglio 1966, n. 604 ("Norme sui licenziamenti individuali") e nell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei lavoratori). In particolare, con legge n. 92/2012 (c.d. "Legge Fornero") è stato modificato il regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, riducendo l'ambito di applicazione della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro (tutela reale), ritenuto troppo rigido e costoso per le imprese.

Il decreto legislativo n. 23/2015 ha, da ultimo, determinato l'introduzione nell'ordinamento italiano di un parallelo regime sanzionatorio dei licenziamenti, la cui applicazione dipende esclusivamente dalla data di assunzione del lavoratore.

Il contratto a tutele crescenti si inserisce, dunque, in un contesto normativo preesistente che non è stato abrogato in occasione dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015. La riforma non ha creato una nuova tipologia di contratto di lavoro, né ha disciplinato in modo diverso le cause di licenziamento, ma ha introdotto un diverso sistema sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo per i lavoratori assunti dopo la sua entrata in vigore.

Il contratto a tutele crescenti trova, infatti, applicazione in linea generale nei confronti dei lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, mentre per gli altri lavoratori assunti con contratto di lavoro a tempo indeterminato di tipo privato stipulato prima del 7 marzo 2015 trova applicazione un diverso e più favorevole regime sanzionatorio.

¹ "Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183", pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 6 marzo 2015 – Serie Generale n. 54.

2.1. La normativa applicabile ai rapporti di lavoro precedenti all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015 (art. 18 della legge n. 300/1970 e art. 8 della legge n. 604/1966).

2.1.1. Diritto alla reintegrazione.

In virtù della disciplina contenuta nell'art. 18 della legge n. 300/1970 (come riformato dalla legge Fornero), la tutela reintegratoria trova applicazione generale, indipendentemente dai livelli occupazionali del datore di lavoro, per tutti i licenziamenti discriminatori ovvero intimati in concomitanza con il matrimonio ai sensi dell'art. 35 del Codice delle pari opportunità tra uomo e donna (di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198), o in violazione dei divieti di licenziamento per maternità o congedo (ex art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151), ovvero perché riconducibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 del Codice Civile, indipendentemente dal motivo formalmente addotto dal datore di lavoro.

Per i datori di lavoro privati che occupano oltre 15 dipendenti nell'unità produttiva (5 lavoratori se trattasi di aziende agricole) ovvero oltre 60 dipendenti nel complesso², l'istituto della reintegra è esteso anche alle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (licenziamento "economico"), nel caso in cui il fatto posto dal datore a base del licenziamento sia manifestamente infondato ("*manifesta insussistenza del fatto*") e, in presenza di licenziamenti collettivi, in caso di violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, stabiliti dai contratti collettivi o - in loro assenza - dalla legge (art. 5, legge n. 223/1991).

Nel caso di licenziamenti di tipo disciplinare, la sanzione della reintegra trova applicazione nel caso in cui il fatto contestato al lavoratore non sussista e nel caso in cui la condotta contestata sia riconducibile ad ipotesi sanzionate con misure sanzionatorie conservative dai codici disciplinari o dalla contrattazione collettiva. Tale previsione permette di valorizzare i codici di comportamento concordati con le organizzazioni sindacali e attribuisce rilevanza alla tipizzazione delle condotte sanzionabili, onde evitare forme di abuso del potere disciplinare.

In caso di licenziamento discriminatorio o nullo, il lavoratore ha diritto, insieme alla reintegra, all'integrale risarcimento del danno (consistente nelle retribuzioni non corrisposte fino all'effettiva reintegra) e può inoltre chiedere, in alternativa al posto di lavoro, un'indennità pari a 15 mensilità; in caso di licenziamento (economico o disciplinare) ingiustificato sanzionato con la reintegra, il danno risarcibile non può invece superare le 12 mensilità.

2.1.2. Diritto ad una indennità.

Nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o oggettivo ovvero della giusta causa, nelle quali il licenziamento ingiustificato non è sanzionato con la reintegra, al lavoratore spetta un'indennità determinata dal giudice tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione, calcolata tenendo conto di una pluralità di elementi (anzianità del lavoratore, numero dei

² L'art. 18 della legge n. 300/1970 prevede un campo di applicazione basato su una pianta organica di oltre 15 dipendenti nell'unità produttiva (5, se trattasi di azienda agricola) ovvero nell'ambito dello stesso comune o, in alternativa, da oltre 60 lavoratori nel complesso, valutati solo con riferimento al territorio nazionale.

dipendenti, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizione delle parti).

Nei confronti dei licenziamenti ingiustificati intimati dai datori di lavoro c.d. minori (con organici inferiori ai 16 dipendenti nelle singole unità produttive), il regime generale applicato ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 (stabilito dall'art. 8 della legge n. 604/1966) prevede una tutela di tipo indennitario. L'indennità è calcolata dal giudice nell'ambito di una forbice ricompresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità, sulla base dei medesimi criteri previsti per determinare l'indennizzo nelle imprese più grandi.

Nell'ipotesi di (esclusivo) vizio di forma, infine, è prevista, per i datori di lavoro di maggiori dimensioni occupazionali (più di 15 dipendenti) una condanna da parte del giudice a un'indennità risarcitoria tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità.

Gli indennizzi previsti dall'art. 18 della legge n. 300/1970, a ristoro del danno subito dal lavoratore, attengono ad una tutela speciale che regola l'inadempienza del contratto di lavoro e sono, inoltre, espressamente ritenuti onnicomprensivi dalla legge e, pertanto, non prevedono forme alternative o integrative di risarcimento.

Come premesso, questa disciplina continua a trovare applicazione per i lavoratori già assunti a tempo indeterminato al 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015.

2.2. Il decreto legislativo n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti

2.2.1. Finalità e ratio della riforma del 2015

La riforma del 2012 ha modificato il previgente regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, permettendo al giudice, in determinate circostanze, di sostituire la reintegrazione con un indennizzo, da calcolare tra un tetto minimo ed un tetto massimo e tenendo conto dei criteri di valutazione previsti dalla legge.

Questa riforma non è stata però ritenuta sufficiente dal successivo governo, che l'ha valutata *"eccessivamente rigida e tale da influire negativamente sull'occupazione"* (Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti). In particolare, l'elemento di rigidità imputabile alla legge n. 92/2012 è stato identificato sia nel fatto che essa rende ancora possibile la reintegrazione in caso di licenziamento (economico e disciplinare) ingiustificato, sia nel fatto che non garantisce al datore di lavoro la certezza e prevedibilità dei costi del licenziamento, lasciando alla discrezionalità del giudice la determinazione dell'importo dell'indennizzo da erogare al lavoratore.

Con il decreto legislativo n. 23/2015 il governo ha dunque inteso colmare questa "lacuna" della precedente riforma: da una parte, riducendo ulteriormente i casi in cui è possibile ottenere la reintegrazione; dall'altra, abbassando l'importo dell'indennizzo per licenziamento illegittimo e, soprattutto, eliminando ogni elemento di incertezza in merito alla sua quantificazione (e quindi sottraendo al giudice la possibilità di applicare, nella sanzione, la fattispecie astratta al caso concreto).

Questo obiettivo è espressamente indicato come motivo della necessità di riformare ulteriormente la disciplina del licenziamento nella legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (della quale il decreto legislativo n. 23/2015 costituisce attuazione), attraverso l'istituzione del c.d. contratto a tutele crescenti. L'art. 1, comma 7, lett. c), della legge n. 183/2014 delegava, infatti, il governo ad emanare una riforma della normativa sui licenziamenti sulla base dei seguenti principi ispiratori: *"previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i*

licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori ed a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento".

Nella relazione illustrativa di accompagnamento al decreto delegato presentata dal governo è ribadito che attraverso la riforma si è inteso eliminare le incertezze in merito al costo del licenziamento illegittimo ed escludere ogni discrezionalità del giudice nel determinare l'importo dell'indennizzo da erogare al lavoratore. Vi si legge infatti che l'emanando decreto "dispone misure volte a favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato che, per i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore, saranno assistiti da tutele crescenti in funzione della durata del rapporto intercorso tra le parti. Tale finalità è perseguita, in particolare:

. a) *semplificando, anche mediante l'accorpamento della disciplina delle condizioni di legittimità e delle sanzioni conseguenti alla loro violazione, le regole in materia di licenziamento, al fine di consentirne una chiara e univoca interpretazione e applicazione;*

. b) *graduando le misure di tutela del lavoratore in modo crescente e senza discontinuità, in funzione della durata del rapporto di lavoro tra le parti, assicurando una tutela garantita di partenza"*³.

Il rigido sistema di indennizzo *a plafonds* che non permette al lavoratore di vedere risarcito il danno effettivo subito adottato dal Governo è stato stigmatizzato anche dalla XI Commissione Lavoro del Senato che in sede di esame preventivo del testo del decreto governativo ha vanamente invitato l'esecutivo a rivedere il modello di indennizzo al fine di incrementare il livello di tutela disincentivando forme illegittime di licenziamento⁴.

Il decreto legislativo n. 23/2015, pertanto, in attuazione della legge delega n. 183/2014, stabilisce, per i lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, un modello generale di tutela di tipo indennitario, certo nel suo ammontare, progressivo nel suo incremento basato esclusivamente sull'anzianità di servizio e sottoposto ad un *plafond* nel suo ammontare massimo (rispondente quindi al criterio di cui alla legge delega del 2014: "*indennizzo certo e crescente con l'anzianità di servizio*").

2.2.2. L'indennità in caso di licenziamento ingiustificato

I licenziamenti intimati dai datori di lavoro privati ritenuti illegittimi perché privi dei requisiti di validità del giustificato motivo oggettivo o di un valido giustificato motivo soggettivo o

³ Le finalità della riforma sono state ulteriormente chiarite dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali Giuliano Poletti che, nel corso del suo intervento nell'Aula del Senato dell'8 ottobre 2014, ha affermato quanto segue: "**Per semplificare, superare elementi di incertezza e discrezionalità, per ridurre il ricorso ai procedimenti giudiziari nella predisposizione del decreto delegato relativo al contratto a tutele crescenti, e quindi per le nuove assunzioni, il governo intende modificare il regime del reintegro così come previsto dall'articolo 18, modificato dalla legge 92/2012, eliminandolo per i licenziamenti economici e sostituendolo con un *indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità*". "Sarà prevista la possibilità del reintegro per i licenziamenti discriminatori e per quelli ingiustificati di natura disciplinare particolarmente gravi, previa qualificazione specifica della fattispecie. Per le situazioni diverse *sarà previsto un indennizzo economico definito e certo*".**

⁴ Resoconto Atti del Senato, XI Commissione Lavoro, 17 febbraio 2015.

disciplinare (giusta causa) – che rappresentano la prevalenza dei casi sottoposti ai Tribunali – sono caratterizzati da un modello di tutela indennitario fisso e predeterminato.

Il nuovo meccanismo indennitario è previsto nell'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015:

“1. Salvo quanto disposto dal comma 2 [vedi infra, par. 2.2.5], nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”.

Il successivo art. 9 prevede una riduzione dell'indennizzo per i lavoratori impiegati in unità produttive fino a 15 dipendenti o in imprese che complessivamente impieghino fino a 60 dipendenti:

“1. Ove il datore di lavoro non raggiunga i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge n. 300/70⁵, non si applica l'articolo 3, comma 2, e l'ammontare delle indennità e dell'importo previsti dall'articolo 3, comma 1, dall'articolo 4, comma 1 e dall'articolo 6, comma 1, è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità”.

Pertanto il lavoratore assunto a decorrere dal 7 marzo 2015 e licenziato illegittimamente per assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo (licenziamento disciplinare) od oggettivo (licenziamento economico) si vede riconosciuto dai testé citati artt. 3 e 9 del decreto legislativo n. 23 del 2015 un **indennizzo incrementato nel tempo in misura prestabilita, che prescinde dal danno subito ovvero dalle caratteristiche soggettive ed oggettive delle parti**, fino ad un plafond massimo.

Il modello di tutela è distinto nel suo ammontare fisso progressivo a seconda del **requisito occupazionale**. Esso prevede infatti, a seconda dell'organico del datore di lavoro, un importo minimo - pari, rispettivamente, a quattro mensilità per i datori di lavoro con più di 15 lavoratori nell'unità produttiva e due mensilità per i datori di lavoro c.d. minori - incrementato, fino ad un tetto massimo, in ragione di due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, nel primo caso, e di una sola mensilità sempre in ragione di ogni anno di anzianità di servizio, nel secondo caso.

Il tetto massimo indennizzabile è pari a 24 mensilità per i lavoratori dipendenti da datori di lavoro con oltre 15 dipendenti e di 6 mensilità per gli altri. Pertanto il livello massimo di tutela è raggiunto automaticamente dopo 12 anni di anzianità lavorativa nelle aziende con oltre 15 dipendenti e dopo 6 anni per le altre.

⁵ L'art. 18, commi 8 e 9, della legge n. 300/1970 così recitano: *“8. Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti. 9. Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie”.*

Si consideri peraltro che l'indennizzo appare idoneo a risarcire il danno da perdita della fonte di reddito anche con riferimento al parametro di riferimento ai fini della sua quantificazione. L'indennizzo è, infatti, commisurato non all'effettiva retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore, ma ad un parametro formale rilevante ai fini calcolo del trattamento di fine rapporto (t.f.r.) (artt. 2, 3 e 4 del decreto legislativo n. 23/2015), che costituisce una compensazione differita dovuta al lavoratore in occasione della cessazione del rapporto.

Tale parametro formale, tuttavia, può non comprendere l'effettivo reddito da lavoro perduto in occasione del licenziamento, in quanto nella nozione di retribuzione utile ai fini del t.f.r. possono essere legittimamente escluse voci retributive fisse e non occasionali che concorrono, tuttavia, a formare la retribuzione globale di fatto.

L'analisi della contrattazione collettiva vigente in Italia permette di evidenziare numerosi contratti che escludono voci consistenti dalla base di calcolo formale.

L'importo applicato dal giudice in presenza di un licenziamento illegittimo è quindi del tutto indifferente alle condizioni soggettive ed oggettive delle parti ed al danno effettivo subito dal lavoratore, in quanto risulta incentrato su una standardizzazione dell'indennizzo, ancorato in modo esclusivo all'anzianità di servizio, onde rendere prevedibile e perfettamente quantificabile *a priori* per il datore di lavoro la conseguenza del suo atto di recesso (in altri termini le conseguenze di un – anche programmato – atto contrario alla legge).

Il decreto legislativo n. 23/2015 non prevede inoltre alcuna regola per il computo dell'anzianità di servizio in caso di precedente assunzione del lavoratore con contratto a termine o altra forma contrattuale, o in caso di precedente utilizzo del lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione (l'unica regola specifica per il computo dell'anzianità riguarda il caso del subentro in un appalto⁶).

Il magistrato viene del tutto esautorato dalla funzione di organo preposto a garantire un ristoro concreto, adeguato ed effettivo delle conseguenze subite dal lavoratore per effetto di un atto illegittimo che determina la cessazione della fonte di reddito di quest'ultimo. Ad esso compete solo accertare l'anzianità di servizio del lavoratore e dedurne il conseguente ammontare dell'indennizzo fissato dalla legge.

In questi stessi termini si è da ultimo espresso il Tribunale di Roma con l'ordinanza del 26 luglio 2017 (allegato 2), con la quale è stata rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183/2014 e degli artt. 2, 3 e 4 del decreto legislativo n. 23/2015, per contrasto con gli artt. 3, 4, 35, 76 e 117 Cost. Il giudice evidenzia come la disciplina del decreto legislativo n. 23 non induca le imprese ad adottare condotte virtuose, laddove "codifica che un atto contrario alla legge e di inadempimento dell'impegno alla stabilità assunto con la stipulazione del contratto di lavoro a tempo indeterminato ... è soggetto ad una sanzione indennitaria di importo contenuto, scisso dall'effettivo pregiudizio provocato, sottratto, nella sua quantificazione, alla valutazione del giudice, che pure continua a valutarne i presupposti".

2.2.3. Possibilità di riduzione dell'importo dell'indennizzo di cui all'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015.

⁶ L'art. 7 del decreto legislativo n. 23/2015 prevede che "ai fini del calcolo delle indennità e dell'importo di cui all'art. 3, comma 1, all'art. 4, e all'art. 6, l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata". In virtù di questa norma i lavoratori impiegati nell'ambito degli appalti non perdono l'anzianità acquisita nel caso in cui vengano riassunti da un nuovo appaltatore.

a) Vizi formali e procedurali

La tutela di cui sopra viene ulteriormente ridotta della metà, rispetto ai parametri indicati nel paragrafo che precede, nei casi di vizi formali o procedurali del licenziamento; vizi che tuttavia possono investire aspetti di estrema rilevanza per la tutela dei diritti del dipendente. E' opportuno segnalare che rientrano, infatti, in tale casistica i licenziamenti privi di una specifica motivazione.

In proposito l'art. 4 del decreto legislativo n. 23 così recita: *"1. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli artt. 2 e 3 del presente decreto"*.

La disposizione testé richiamata stabilisce un abbattimento del 50 per cento dei parametri indennitari sopra riportati (sia dell'importo minimo, sia dell'incremento annuo, sia del plafond) in presenza di vizi formali dei licenziamenti. L'omessa specificazione delle ragioni del licenziamento, pur impedendo al lavoratore di conoscere i motivi per effetto dei quali vede risolto il proprio rapporto di lavoro e, conseguentemente, di predisporre un'adeguata difesa, è sanzionata solo con una indennità decurtata della metà. Analoga decurtazione è prevista nel caso di violazione delle procedure disciplinari di cui all'art. 7 della legge n. 300/1970.

b) La proposta conciliativa

Il decreto n. 23/2015 attribuisce, inoltre, al datore di lavoro un efficace strumento per ridurre ulteriormente il costo del licenziamento illegittimo, disincentivando l'azione in giudizio del lavoratore attraverso la previsione di un meccanismo conciliativo che rende la tutela giudiziaria oltremodo sconsigliata.

In proposito, l'art. 6, comma 1, così recita: *"1. In caso di licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1, al fine di evitare il giudizio e ferma restando la possibilità per le parti di addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge, il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. L'accettazione dell'assegno in tale sede 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. Le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono soggette al regime fiscale ordinario"*.

Pertanto, in tutti i casi di licenziamento regolati dal decreto legislativo n. 23/2015, il datore di lavoro, al momento dell'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore, può formulare un'offerta conciliativa nei termini fissati dalla legge e caratterizzata da una totale detassazione e decontribuzione.

Tale caratteristica rende l'accettazione conveniente per il lavoratore e in nessun modo penalizzante l'offerta per il datore di lavoro. Il lavoratore licenziato, infatti, è stimolato ad accettare una proposta conciliativa pari ad oltre la metà della tutela indennitaria prevista (e comunque nel tetto massimo delle 18 mensilità), in virtù di un procedimento conciliativo successivo all'impugnazione che gode di una totale defiscalizzazione della somma offerta dal datore di lavoro.

L'offerta del datore di lavoro, in virtù dell'incentivo fiscale, disincentiva il dipendente dall'agire in giudizio, in quanto **l'importo offerto è simile all'ammontare netto dell'indennizzo che lo stesso percepirebbe in caso di azione in giudizio**. Il datore di lavoro nell'ambito di tale procedimento conciliativo non subisce, viceversa, alcuna penalizzazione né disincentivazione ed anzi viene premiato evitando i costi del giudizio e beneficiando di un notevole risparmio rispetto alla somma, peraltro già modesta, che sarebbe tenuto a versare nel caso di accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento. A fronte di un beneficio fiscale medio di circa il 25 per cento in favore del lavoratore, il datore di lavoro ottiene una riduzione del costo del 50 per cento.

Il meccanismo introdotto induce il lavoratore a rinunciare alla tutela giudiziaria, già di per sé inidonea a tutelarla adeguatamente, e ad **accettare una somma ancor meno adeguata, priva di effettività e di carattere dissuasorio**. Il datore di lavoro, viceversa, limitando il suo esborso ad un onere pari al valore dimezzato della indennità cui sarebbe tenuto in caso di licenziamento dichiarato illegittimo, non viene in alcun modo disincentivato dal ricorrere al licenziamento.

Una frequente prassi applicativa dei Tribunali dimostra che i casi di licenziamento assoggettati alla tutela degli artt. 3 e 4 del decreto legislativo n. 23/2015 vengono per lo più definiti con accordi transattivi sulla base di importi modesti, inferiori al parametro progressivo introdotto dalla legge, anche in ragione del sistema processuale che impone al magistrato di formulare una proposta conciliativa e di considerare l'eventuale rifiuto della proposta ai fini del regolamento delle spese processuali⁷.

2.2.4. Inesistenza di vie giuridiche alternative

Nell'attuale regime sanzionatorio non sono previste tutele alternative di tipo civilistico.

Già l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 18 della legge n. 300/1970 è definita *"onnicomprensiva"* (comma 5). *A fortiori* lo è l'indennizzo di cui agli artt. 3, 4 e 9 del decreto legislativo n. 23/2015, che costituisce una forma di tutela speciale, alternativa al regime civilistico e risponde alla legge delega del 2014 che ha espressamente imposto di adottare *"un indennizzo economico certo e crescente"*.

Il decreto legislativo n. 23/2015 è stato adottato con lo specifico e dichiarato fine di aumentare la certezza dei costi del licenziamento illegittimo per le imprese (*supra* par. 2.1), garantita grazie ad un meccanismo di calcolo dell'indennizzo rigidamente associato all'anzianità di servizio, in modo da eliminare ogni possibilità per il giudice di quantificarlo tenendo conto di altri fattori o elementi rilevanti. L'indennizzo previsto dall'art. 18 della legge

⁷ L'art. 91, comma 2, del Codice di Procedura Civile, nel disciplinare il meccanismo del regolamento delle spese processuali, impone al magistrato *"se accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa"* di *"condanna(re) la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta"*, L'art. 420 del Codice di Procedura Civile, nel disciplinare la trattazione della prima udienza delle controversie di lavoro, impone al magistrato di formulare una proposta conciliativa, non dissimile nei fatti da quella offerta dal datore di lavoro.

n. 300/1970, pur essendo “onnicomprensivo” e limitato dal plafond, è invece determinato discrezionalmente dal giudice a seguito di una valutazione del caso concreto; elemento che appunto si è inteso eliminare nella nuova disciplina del 2015.

La ragion d’essere della nuova disciplina risiede proprio nella rigida predeterminazione dell’indennizzo nel suo importo complessivo, e non solo nel suo importo massimo. E’ pacifico, dunque, che al lavoratore licenziato sia preclusa la possibilità di ottenere un risarcimento ulteriore rispetto all’indennità risarcitoria stabilita dalla legge.

D’altra parte, non sussistono controversie nelle quali è stato accordato un regime di tipo ripristinatorio o risarcitorio di natura civilistica distinto da quello previsto dai modelli sopra descritti. Nelle poche controversie giunte a sentenza, il giudice, preso atto della natura ingiustificata del licenziamento, ha infatti quantificato il danno limitandosi ad applicare il criterio di cui all’art. 3, comma 1, del decreto legislativo n. 23/2015 (Tribunale Roma, 22 giugno 2017, n. 6100, Tribunale Roma, 30 maggio 2017, n. 5138 e Tribunale Roma, 2 maggio 2017, n. 4021, tutte con dimezzamento dell’indennità imposto dall’art. 9; Tribunale Milano, 9 marzo 2017; Tribunale Milano, 30 novembre 2016; Tribunale Milano, 5 luglio 2016; per l’applicazione dell’indennizzo dimezzato di cui all’art. 4 del decreto n. 23/2015 vd. Tribunale Roma, 14 giugno 2017, n. 5725; Tribunale Roma, 2 maggio 2017, n. 4140).

Il Tribunale di Roma con la già citata ordinanza del 26 luglio 2017 conferma che il contratto a tutele crescenti crea un regime di tutela indennitaria che non prevede vie giuridiche alternative e, d’altra parte, la stessa struttura della norma e la chiara indicazione governativa evidenziano il carattere onnicomprensivo del danno da perdita del posto di lavoro.

Inoltre non può trascurarsi la totale carenza di una efficacia deterrente dell’attuale normativa, che risulta del tutto inidonea ad inibire l’adozione di prassi e comportamenti tesi a risolvere in forma illegittima il rapporto di lavoro.

L’indennizzo onnicomprensivo e prestabilito previsto dagli artt. 2, 3 e 4 del decreto legislativo n. 23/2015 non contempla, infatti, una concreta risarcibilità delle retribuzioni perse dal lavoratore licenziato dalla cessazione del rapporto di lavoro sino alla sentenza che accerta l’illegittima risoluzione del contratto, incentivando in tal modo prassi dilatorie del datore di lavoro, né sono previste forme di disincentivo con riferimento al periodo successivo alla sentenza.

L’indennizzo previsto nel decreto legislativo n.23/2015 si estende, infatti, sia al danno subito dal lavoratore fino alla sentenza di accertamento, sia al periodo di non lavoro successivo, in ragione della generale mancanza di un ordine di ripristino del rapporto, al quale, peraltro, neppure sarebbe applicabile l’art. 614-bis del Codice di Procedura Civile (che prevede una misura coercitiva indiretta per gli obblighi di fare inattuati) stante l’espressa esclusione dalla norma delle controversie di lavoro.

La misura è, quindi, del tutto impermeabile al concreto pregiudizio subito e non ha alcun carattere disincentivante.

2.2.5. Ambito residuale di applicazione della reintegrazione.

Il lavoratore ha la possibilità di ottenere la reintegrazione nei soli casi tassativamente previsti dall’art. 2 e dall’art. 3, comma 2 del decreto legislativo n. 23/2015.

a) Licenziamento discriminatorio o sanzionato con la nullità dalla legge

Ai sensi dell’art. 2 del decreto legislativo n. 23/2015: “1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del **licenziamento perché discriminatorio** a norma dell’art.15 della legge n. 300/1970, ovvero perché riconducibile agli altri casi di **nullità espressamente previsti dalla legge**, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del

lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. 2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine una indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento (Omissis). 3. Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al comma 2, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento (Omissis), la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, (Omissis). 4. La disciplina di cui al presente articolo trova applicazione anche nelle ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore”.

La reintegrazione può quindi essere disposta dal giudice nei casi in cui il licenziamento sia da considerare nullo, o perché discriminatorio o perché la legge lo qualifica “*espressamente*” come tale. La stessa sanzione si applica al licenziamento intimato oralmente.

Le discriminazioni vietate sono quelle elencate dall’art. 15 dello Statuto dei lavoratori (fondate su ragioni politiche, sindacali, religiose o legate alla razza, alla lingua, al sesso, all’handicap, all’età, all’orientamento sessuale o alle convinzioni personali). Le altre ipotesi di nullità previste dalla legge riguardano il licenziamento a causa di matrimonio (art. 35, comma 2 e 3, decreto legislativo n. 198/2006), della lavoratrice in stato di gravidanza e fino al primo anno di vita del figlio, e dei genitori che usufruiscono del congedo parentale (art. 54, comma 1, 6, 7 e 9, decreto legislativo n. 151/2001).

E’ possibile ottenere la reintegrazione anche in caso di licenziamento illegittimo per difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore; ovvero nel caso in cui sia accertata l’assenza di una sopravvenuta inidoneità al lavoro che, ai sensi della normativa in materia, giustifica la risoluzione del rapporto in ragione dell’impossibilità di ricollocare il lavoratore (legge n. 68/1999). Residuano invece dubbi sul regime sanzionatorio in caso di licenziamento del lavoratore in malattia (art. 2110 Codice Civile) ed in caso di licenziamento ritorsivo, cioè in reazione all’esercizio da parte del lavoratore di propri diritti (*reprisal dismissal*). In entrambi i casi la nullità deriva dai principi generali ma non è “*espressamente*” prevista dalla legge - ~~come invece richiesto dall’art. 2, comma 1, decreto legislativo n. 23/2015~~ - e ciò porterebbe ad escludere la tutela ripristinatoria, anche se a diversa soluzione condurrebbe un’interpretazione della norma tesa a scongiurare possibili contrasti con l’art. 3 della Costituzione (principio di uguaglianza e di ragionevolezza).

La possibilità di ottenere la reintegrazione in ragione della natura discriminatoria del licenziamento è limitata dall’onere della prova gravante sul lavoratore; onere attenuato, ma non escluso dai meccanismi presuntivi previsti dai decreti legislativi n. 198/2006 (in relazione alle discriminazioni di genere) e n. 215 e 216 del 2003 (in relazione alle altre discriminazioni).

D’altra parte appare del tutto residuale ed eccezionale l’adozione di misure di reintegrazione per licenziamento discriminatorio con riferimento a licenziamenti intimati sotto la vigenza del decreto legislativo n. 23/2015. Consta, infatti, all’organizzazione ricorrente una sola sentenza del Tribunale di Roma del 24 giugno 2016 che reintegra un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015 con un

contratto di lavoro a tutele crescenti perché giudica ritorsivo un licenziamento intimato da un datore di lavoro che aveva motivato il licenziamento facendo riferimento alla circostanza che il dipendente aveva impugnato precedenti sanzioni disciplinari.

Anche la giurisprudenza precedente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015 dimostra chiaramente come la tutela discriminatoria svolga una funzione del tutto residuale nel complessivo sistema di protezione del lavoratore in caso di licenziamento. Sotto questo profilo rileva la quasi totale assenza di sentenze di condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nelle imprese fino a 15 dipendenti, nelle quali la possibilità di ottenerla è da sempre limitata ai casi di licenziamento discriminatorio.

b) Licenziamento disciplinare illegittimo per "mancanza del fatto".

In caso di licenziamento illegittimo per mancanza di giustificato motivo soggettivo o di giusta causa (licenziamento disciplinare) il giudice può ordinare la reintegrazione soltanto in caso in cui sia provata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

In proposito l'art. 3, comma 2 del decreto legislativo n. 23/2015 così recita: ***"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 nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento (Omissis)"***

Il significato della norma è incerto (come dimostra l'intenso dibattito dottrinale cui ha dato origine). Con essa si è inteso risolvere i dubbi interpretativi relativi alla precedente riforma del 2012, ed ammettere la reintegra solo nel caso in cui sia provato in giudizio che il "fatto" contestato al lavoratore non esista - cioè non si è mai verificato - e non invece nel caso in cui il fatto sussista (cioè il lavoratore l'abbia effettivamente commesso), ma non sia giuridicamente qualificabile come causa legittima di licenziamento (in quanto non consistente in un comportamento integrante un'ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo di licenziamento). Dalla nuova previsione contenuta nell'art. 3, comma 2, consegue, tuttavia, il rischio di un effetto paradossale, ovvero che in caso di un licenziamento fondato su un fatto esistente, ma del tutto privo di rilievo disciplinare (ad esempio: indossare una cravatta verde o starnutire in ufficio), al lavoratore sarebbe preclusa la possibilità di ottenere la reintegrazione. Al fine di evitare un simile effetto, è stato suggerito in dottrina di interpretare il riferimento al "fatto materiale" come relativo ad un fatto che abbia comunque un rilievo disciplinare, seppur minimo; ma trattasi, al momento, solo di un orientamento dottrinale.

E' comunque da segnalare che, alla luce della nuova disposizione, la reintegrazione è esclusa, in ogni caso, anche in presenza di un licenziamento comminato per un inadempimento di scarso rilievo o per il quale il Contratto Collettivo preveda una sanzione conservativa (ad esempio un ritardo di qualche minuto nell'ingresso al lavoro). Ciò deriva dal fatto che il sopra richiamato art. 3, comma 2, **esclude espressamente la possibilità per il giudice di considerare il principio di proporzionalità** nella decisione in merito alla sanzione da irrogare.

La norma prevede poi che l'insussistenza del fatto sia ***"direttamente dimostrata in giudizio"*** dal lavoratore. Si tratta di nuovo di una disposizione controversa, perché sembra invertire l'onere della prova in caso di licenziamento ingiustificato. Ancora la dottrina suggerisce di interpretare la norma in maniera conforme al principio generale che pone in capo al datore tale onere; ma la lettera della legge giustifica l'incertezza sul punto.

La reintegrazione è, poi, certamente esclusa **in qualsiasi ipotesi di licenziamento economico** (cioè, per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966), al contrario

di quanto previsto per i lavoratori cui si applica l'art. 18 della legge n. 300/1970 (per i quali, come visto, la reintegra spetta in caso di "manifesta insussistenza del fatto" posto a base del licenziamento: supra par. 1). Ciò determina un altro rilevante (e ad oggi irrisolto) problema di interpretazione della norma, perché un'interpretazione letterale della stessa porterebbe alla conclusione (di nuovo paradossale) per cui ad un datore di lavoro basterebbe addurre ragioni economiche (ancorché manifestamente insussistenti) per essere sicuro di evitare una condanna alla reintegrazione. Anche su questo aspetto della disciplina la dottrina ha cercato di tappare la falla, suggerendo che una pur minima ragione economica deve esistere effettivamente (e dunque essere provata in giudizio dal datore), per quanto non tale da integrare le ipotesi ammesse dalla legge.

Questi profili della disciplina mostrano come la possibilità di ottenere la reintegrazione dipenda da criteri opinabili che **non tengono conto della gravità del comportamento del datore di lavoro, né tanto meno dello specifico contesto aziendale dal quale il lavoratore è stato estromesso.**

Nei fatti la reintegrazione è possibile in ipotesi assolutamente riccardo.sbrolli@futararoma.it e limitate e dipende dall'assolvimento di un gravoso - e talora inattuabile - onere probatorio a carico del lavoratore. Soprattutto al giudice è preclusa la possibilità di condannare il datore di lavoro alla reintegrazione in virtù di un suo apprezzamento in merito al comportamento delle parti ed alla situazione oggettiva dell'azienda. L'accertamento da parte del giudice di un qualsiasi fatto configurabile come inadempimento contrattuale (anche di lieve entità) o di una qualsiasi ragione economica (ancorché del tutto irrilevante ai fini della soppressione di un posto di lavoro) esclude infatti la possibilità per il lavoratore di ottenere la reintegrazione.

Ciò, oltre a rendere la sanzione della reintegrazione un'ipotesi residuale ed estremamente difficile da configurarsi, evidenzia come essa dipenda da criteri valutativi del tutto irragionevoli.

2.2.6. Licenziamento collettivo.

L'art. 10 del decreto n. 23/2015 così recita: "*In caso di licenziamento collettivo (Omissis), intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 2 del presente decreto [tutela reintegratoria]. In caso di violazione delle procedure (Omissis) o dei criteri di scelta (Omissis), si applica il regime di cui all'articolo 3, comma 1 [indennizzo]*".

In virtù di questa disposizione, in caso di licenziamenti collettivi la tutela risarcitoria è diventata di fatto l'unica soluzione nei confronti dei nuovi assunti dopo il 7 marzo 2015, visto che la tutela ripristinatoria è limitata all'ipotesi (quasi di scuola) dei licenziamenti intimati oralmente. Per i lavoratori già assunti a tale data, continua invece a trovare applicazione l'art. 5, comma 3, della legge n. 223/1991 (come riformato dalla legge n. 92/2012), che prevede la reintegrazione in caso di violazione dei criteri in base ai quali il datore può selezionare i lavoratori da licenziare (carichi di famiglia, anzianità, esigenze aziendali).

Anche per la disciplina sanzionatoria dei licenziamenti collettivi, oggi, coesistono quindi due regimi. Nell'ipotesi di licenziamenti collettivi effettuati in violazione dei criteri di scelta i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 saranno tutelati con la reintegrazione; quelli assunti con il contratto a tutele crescenti invece, con un'indennità monetaria crescente in ragione della loro anzianità di servizio.

Ne deriva che lavoratori della stessa impresa possono vedersi applicate sanzioni sensibilmente diverse anche nell'ambito di uno stesso licenziamento collettivo attuato in spregio ai vincoli di legge. Con il prevedibile effetto che ad essere licenziati saranno sempre i lavoratori cui si applica il

decreto legislativo n. 23/2015, anche se ciò comporta la violazione dei criteri selettivi fissati dalla legge o dai contratti collettivi.

2.3. Modello di sostegno al reddito in caso di licenziamento.

Al lavoratore che perde il lavoro per effetto di un licenziamento spetta un'indennità erogata dall'INPS (Istituto nazionale di previdenza sociale) e destinata a tutti i disoccupati iscritti presso i centri per l'impiego che abbiano effettuato in via telematica (sul portale dell'Agenzia Nazionale Politiche Attive del Lavoro) la dichiarazione di *"immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa"* (ex art. 1, comma 2, lett. c, decreto legislativo n. 181/2000).

Il decreto legislativo n. 22/2015 (coevo al decreto legislativo n. 23/2015) ha modificato i requisiti di accesso alla prestazione di disoccupazione ed i criteri per calcolarne l'importo, sostituendo con la Nuova Assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpl) la precedente ASpl introdotta dalla legge n. 92/2012.

Per beneficiare dell'indennità è necessario aver maturato almeno 13 settimane di contribuzione nell'arco dei 4 anni precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione e aver svolto almeno 30 giorni di *"lavoro effettivo"* nei 12 mesi precedenti l'inizio del periodo di disoccupazione.

La prestazione è corrisposta *"per un numero di settimane pari alla metà delle settimane di contribuzione degli ultimi quattro anni"*; da ciò la durata massima della prestazione fissata in 24 mesi. La riforma ha comportato l'abrogazione sia della precedente ASpl (che prevedeva una durata massima di 1 anno e mezzo, ma incrementata in ragione dell'età del disoccupato), sia dell'indennità di mobilità, che garantiva ai lavoratori delle imprese medio grandi prestazioni di maggior durata (*infra: Sul merito del reclamo collettivo*, par. 4.2.5.).

La vigente disciplina finisce così per tutelare più a lungo non chi è in stato di maggior bisogno, ma chi ha versato più contributi, secondo una logica puramente *"assicurativa"*. Ciò d'altra parte rappresenta l'attuazione del principio ispiratore della riforma, espressamente enunciato nella legge delega (della quale il decreto n. 22/2015 costituisce attuazione) dove si assegna al legislatore il compito di rimodulare le tutele sociali in caso di disoccupazione associandole alla *"pregressa storia contributiva del lavoratore"*, al fine di aumentare la *"durata massima"* della prestazione *"per i lavoratori con carriere contributive più rilevanti"* (art. 1, lett. b, punti 1 e 2, l. n. 183/14). riccardo.sbrolli@futaroma.it

L'importo della prestazione corrisponde al 75% della retribuzione mensile media (calcolata prendendo come riferimento il periodo di maturazione della prestazione) e si riduce per le retribuzioni superiori a 1.195 euro, fino ad un importo massimo di 1.300 euro.

L'importo dell'indennità decresce poi del 3% per ogni mese di godimento successivo al terzo; il che significa che per le prestazioni erogate per 24 mesi la riduzione arriva al 63% dell'importo iniziale. Tale meccanismo di calcolo è finalizzato ad indurre il lavoratore ad attivarsi per trovare una nuova occupazione, posto che l'indennizzo (già basso in partenza) dopo pochi mesi diventa del tutto inadeguato a soddisfare i minimi bisogni vitali. Il suo carattere automatico però, da una parte, evidenzia una *ratio* irragionevolmente punitiva nei confronti del disoccupato, perché la decurtazione dell'indennità prescinde dalla sua volontà di trovare una nuova occupazione; dall'altra, rafforza la logica puramente assicurativa della NASpl, perché anche il calcolo dell'importo delle prestazioni non tiene in alcuna considerazione l'effettivo stato di bisogno del beneficiario.

Si ritiene opportuno riassumere nella **tabella 1** sottostante il sistema indennitario onnicomprensivo introdotto dal decreto n. 23/15, distinto per livello occupazionale e per tipologia di licenziamento.

VIZIO DEL LICENZIAMENTO	TUTELA BASE MINIMA (MENSILITÀ)		REINTEGRA NEL POSTO DI LAVORO		PROGRESSIONE AUTOMATICA		PLAFOND	
	DATORI DI LAVORO MINORI	DATORI DI LAVORO MAGGIORI	DATORI DI LAVORO MINORI	DATORI DI LAVORO MAGGIORI	DATORI DI LAVORO MINORI	DATORI DI LAVORO MAGGIORI	DATORI DI LAVORO MINORI	DATORI DI LAVORO MAGGIORI
Licenziamento per motivi oggettivi ed economici	2	4	No	No	1	2	6	24
Licenziamento collettivo	=	4	=	No	=	2	=	24
Licenziamento per motivi disciplinari illegittimo	2	4	No	No	1	2	6	24
Licenziamento per motivi disciplinari per fatto insussistente	2	4	No	Si	1	2	6	24
Licenziamento privo di motivazione	1	2	No	No	1/2	1	3	12
Licenziamento verbale	5	5	Si	Si	No	No	No	No
Licenziamento discriminatorio	5	5	Si	Si	No	No	No	No
Licenziamento								

in violazione di norme che espressamente stabiliscono la nullità	5	5	Si	Si	No	No	No	No
--	---	---	----	----	----	----	----	----

3. Sulla Ricevibilità del reclamo collettivo

3.1. Lo Stato contro cui è diretto il reclamo collettivo.

Il presente reclamo è diretto contro l'Italia.

L'Italia ha ratificato e reso esecutiva la Carta Sociale Europea con la legge del 9 febbraio 1999, n. 30, "Ratifica ed esecuzione della Carta Sociale Europea Revisionata, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996" (allegato 3).

L'Italia ha ratificato con la legge del 28 agosto 1997, n. 298, "Ratifica ed esecuzione del protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea che prevede un sistema di reclami collettivi, fatto a Strasburgo il 9 novembre 1995", il Protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea relativo al sistema di reclami collettivi (allegato 4).

3.2. L'organizzazione che presenta il reclamo collettivo.

3.2.1. La Confederazione Generale Italiana del Lavoro

La CGIL è un'associazione di rappresentanza dei lavoratori e del lavoro, nata nel 1906, la cui sede nazionale si trova a Roma. È la più antica organizzazione sindacale italiana, oltre ad essere quella maggiormente rappresentativa (la CGIL conta infatti circa 6 milioni di iscritti, tra lavoratori, pensionati e giovani che entrano nel mondo del lavoro).

La CGIL è un'organizzazione di natura programmatica, unitaria, laica, democratica, pluri-etnica, che promuove la libera associazione e l'autotutela solidale e collettiva dei lavoratori dipendenti o eterodiretti, dei lavoratori occupati in forme cooperative e autogestite, dei lavoratori parasubordinati, dei disoccupati, degli inoccupati o di coloro che cercano una prima occupazione, dei pensionati e degli anziani (art. 1, Statuto della CGIL, allegato 5).

L'attività della CGIL è ispirata ai principi della Costituzione italiana, dei quali promuove la piena attuazione (art. 2, Statuto della CGIL).

In particolare, "La CGIL afferma il valore della solidarietà in una società senza privilegi e discriminazioni, in cui sia riconosciuto il diritto al lavoro, alla salute, alla tutela sociale, il benessere sia equamente distribuito, [...] rimuovendo gli ostacoli politici, sociali ed economici che impediscono alle donne e agli uomini native/i e immigrate/i di decidere – su basi di pari diritti ed opportunità, riconoscendo le differenze - della propria vita e del proprio lavoro. [...]"

La CGIL tutela, nelle forme e con le procedure più adeguate, il diritto di tutte le lavoratrici ed i lavoratori a rapporti corretti e imparziali [...]"

Essa stipula, attraverso le proprie organizzazioni di categoria, i contratti di lavoro e svolge allo stesso tempo un'azione di tutela, finalizzata a difendere, affermare e conquistare diritti individuali e collettivi, che vanno dai sistemi di welfare ai diritti sul posto di lavoro.

La CGIL svolge un fondamentale ruolo di protezione del lavoro dal libero e incondizionato funzionamento del mercato. La sua attività è caratterizzata da un'opera di costruzione della solidarietà nel lavoro e tra i lavoratori, attraverso la pratica quotidiana fatta dall'impegno concreto di rappresentanza e di contrattazione.

L'associazione ha una struttura verticale, che è costituita dalle federazioni di categoria, e una orizzontale, costituita dalle Camere del lavoro. Attualmente le categorie nazionali sono 12, mentre le Camere del lavoro sono 115.

La CGIL è affiliata alla Confederazione Europea dei Sindacati (Ces) e alla Confederazione Internazionale dei Sindacati (Ituc-Csi).

Ogni altra informazione sulla CGIL è disponibile all'indirizzo www.cgil.it.

3.2.2. La legittimazione attiva della CGIL a presentare reclami collettivi dinnanzi al CEDS.

La CGIL è legittimata a presentare reclami collettivi dinnanzi al CEDS.

Tale legittimazione è prevista all'art. 1 del Protocollo addizionale alla Carta Sociale Europea che prevede un sistema di reclami collettivi, secondo il quale sono titolari del diritto di presentare reclami collettivi, tra le altre, "le organizzazioni nazionali rappresentative di datori di lavoro e di lavoratori dipendenti dalla giurisdizione della Parte contraente chiamata in causa dal reclamo".

Avendone la legittimazione, la CGIL presenta questo reclamo collettivo contro l'Italia dinnanzi al CEDS, attraverso il proprio Segretario generale.

Ai sensi dell'art. 17 dello Statuto della CGIL, " [...] La rappresentanza legale della CGIL di fronte a terzi e in giudizio è attribuita al Segretario generale, per tutte le materie ad eccezione di quelle previste al punto successivo che possono essere delegate ad altra persona, nominata con formale delibera della Segreteria confederale, per tutti i negozi giuridici di carattere amministrativo, fiscale, previdenziale, finanziario e della sicurezza del lavoro. Con analoga delibera la Segreteria della CGIL può revocare in qualsiasi momento e senza preavviso tale nomina, provvedendo contestualmente alla formalizzazione di una nuova nomina. Di tali delibere viene formalmente informato il Comitato direttivo. [...]"

Attualmente il Segretario generale della CGIL è Susanna Camusso, eletta il 3 novembre 2010.

4. Sul merito del reclamo collettivo.

La normativa contenuta nel decreto legislativo n. 23/2015 descritta nel paragrafo 2 (e schematicamente riassunta nella tabella 1) pone la questione della rilevanza, in relazione all'oggetto del presente reclamo, delle disposizioni di cui all'art. 24 della Carta Sociale Europea Revisionata.

4.1. L'art. 24 della CSER e la giurisprudenza pertinente del CEDS.

L'art. 24 della CSER – com'è noto – stabilisce i seguenti principi a tutela dei lavoratori in caso di licenziamento:

a) qualsiasi licenziamento deve fondarsi su un valido motivo legato o alle attitudini o alla condotta del lavoratore o ad esigenze organizzative dell'impresa;

b) in assenza del motivo, il lavoratore ha diritto "a un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione";

c) il lavoratore deve potere impugnare il licenziamento dinanzi ad un organo imparziale.

4.1.1. I principi.

Il CEDS, in particolare nelle sue decisioni adottate con riferimento all'art 24 della CSER nella sua attività di monitoraggio delle legislazioni nazionali ha precisato che un modello di tutela di tipo indennitario per i licenziamenti illegittimi, pur rimesso alla discrezionalità dei singoli Stati membri, deve rispondere ai seguenti criteri:

- Adeguatezza;
- Effettività;
- Dissuasività nei confronti dei datori di lavoro.

Questi requisiti impongono che al lavoratore sia assicurato, indipendentemente dal livello occupazionale del datore di lavoro, una misura di ristoro pari alle retribuzioni effettivamente perdute a decorrere dalla data del suo licenziamento fino a quella del suo accertamento e che venga altresì riconosciuto al lavoratore il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro ovvero un adeguato indennizzo del danno subito in ragione della perdita ingiustificata del suo lavoro a causa di una decisione illegittima del datore di lavoro.

Con riferimento alla misura dell'indennizzo il CEDS, pur riconoscendo agli Stati membri un margine di discrezionalità, ritiene che l'introduzione normativa di *plafonds* rigidi sia contraria alla previsione dell'art. 24 CSER. Il *plafond* impedisce, infatti, ai giudici nazionali di quantificare un adeguato ristoro in caso di licenziamento illegittimo, che viceversa è dovuto in applicazione dei principi generali del diritto civile.

4.1.2. La valutazione specifica del CEDS rispetto alle legislazioni nazionali.

Nelle proprie Conclusioni del 2008 relative alla legislazione della Finlandia, il CEDS ha osservato:

«The Committee holds that Article 24 of the Revised Charter requires that courts or other competent bodies are able to order adequate compensation, reinstatement or other appropriate relief. In order to be considered appropriate, compensation should include reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body ruling on the lawfulness of the dismissal, the possibility of reinstatement and/or compensation sufficient both to deter the employer and proportionate to the damage suffered by the victim. The Committee finds the situation in Finland not to be in conformity with Article 24 of the Revised Charter in this respect».

Nelle Conclusioni del 2012 sempre con riferimento alla legislazione della Finlandia, il CEDS scrive:

«The Committee recalls that compensation for unlawful dismissal must be both proportionate to the loss suffered by the victim and sufficiently dissuasive for employers. Any ceiling on compensation that may preclude damages from being commensurate with the loss suffered and sufficiently dissuasive are proscribed».

Nella sua decisione dell'8 settembre 2016 (Reclamo n. 106/2014, *Finnish Society of Social Rights v. Finlande*), il CEDS rileva:

«Le Comité considère que le plafonnement de l'indemnisation prévu par la loi relative au contrat de travail peut laisser subsister des situations dans lesquelles l'indemnisation accordée ne couvre pas le préjudice subi. En outre, il ne peut conclure que des voies de droit alternatives sont prévues

pour constituer un recours dans de telles situations. En conséquence, le Comité dit qu'il y a violation de l'article 24».

Nelle proprie Conclusioni del 2016 relative alla Bulgaria, in merito al diritto di ottenere il riconoscimento di danni ulteriori in base al diritto civile, il CEDS precisa che: «*Le Comité note que la décision interprétative adoptée début 2013 par la Cour suprême de cassation (qui a force contraignante pour les organes judiciaires et exécutifs, les administrations territoriales, ainsi que toutes les instances qui délivrent des actes administratifs) dispose qu'en cas de non-respect d'une obligation résultant d'un contrat, le tribunal peut accorder une réparation pour le préjudice moral qui apparaît comme la conséquence directe et immédiate de l'acte en question. Dans ce type d'affaires, l'indemnisation n'est pas plafonnée (loi sur les obligations et les contrats, code de procédure civile). Les relations de travail étant aussi des relations contractuelles, cela signifie qu'en cas de licenciement abusif, le salarié dispose d'un autre outil essentiel de protection civile au titre de la loi sur les obligations et les contrats. Le Comité demande dans quelles circonstances précises d'autres voies de recours sont disponibles».*

4.1.3. La valutazione specifica del CEDS rispetto alla legislazione italiana.

In forza di questi principi, il CEDS, nelle proprie Conclusioni del 2016 riguardanti la Repubblica italiana (allegato 6)⁸, ha chiesto al Governo italiano chiarimenti in merito alla disciplina del licenziamento prevista dall'art. 18 della legge n. 300/1970, come riformato dalla legge n. 92/2012. Il Comitato «*rappelle que **tout plafonnement qui aurait pour effet que les indemnités octroyées ne sont pas en rapport avec le préjudice subi et ne sont pas suffisamment dissuasives est interdit.** En cas de plafonnement des indemnités accordées en compensation du préjudice matériel, la victime doit pouvoir demander réparation pour le préjudice moral subi par d'autres voies juridiques (par exemple, la législation antidiscriminatoire) et les juridictions compétentes pour accorder une indemnisation pour le préjudice matériel et moral subi doivent se prononcer dans un délai raisonnable (Conclusions 2012, Slovénie et Finlande). Le Comité demande si, en cas de plafonnement, **il est possible de demander réparation par d'autres voies juridiques.** Dans l'attente, il réserve sa position».*

La risposta del governo italiano non potrà che essere negativa, essendo l'indennizzo previsto dalla sopra richiamata normativa «onnicomprensivo» di ogni altra pretesa risarcitoria (*supra*: *Il quadro normativo di riferimento*, par. 2.2.4.).

Il meccanismo di indennizzo previsto dall'art. 18 della legge n. 300/1970 non è oggetto del presente ricorso, ma rileva indirettamente in quanto ad esso è stato sostituito uno decisamente meno favorevole per il lavoratore dal decreto legislativo n. 23/2015. I dubbi di conformità all'art. 24 della CSER che il CEDS ha sollevato in relazione alla prima disciplina diventano quindi certezza in relazione alla seconda.

4.2. Analisi della legislazione nazionale con riferimento alle previsioni ed alle finalità previste dall'art. 24 della CSER.

4.2.1. Sul carattere certo dell'indennizzo, predeterminato in ragione dell'anzianità di servizio.

Il regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi introdotto dal contratto a tutele crescenti (cioè tutele fisse e crescenti nell'ambito di un tetto prestabilito) si pone in evidente contrasto con i principi stabiliti dall'art 24 della CSER e con le decisioni del CEDS.

⁸ CEDS, Conclusioni 2016 sull'Italia adottate il 9 dicembre 2016 (periodo di riferimento 1° gennaio 2011 – 31 dicembre 2014).

Il contratto a tutele crescenti (di cui al decreto legislativo n. 23/2015) introduce, agli artt. 3, comma 1, 4, comma 1, e 9, una indennità risarcitoria (tutela obbligatoria “forte” da 4 a 24 mensilità e “debole” da 2 a 12 mensilità, a seconda del vizio del licenziamento) parametrata sulla sola anzianità del lavoratore licenziato e non sul danno effettivo subito dal lavoratore o sulla gravità della violazione subita, che priva il giudice di ogni potere di modulazione della sanzione al fine di renderla adeguata al pregiudizio concretamente subito dal lavoratore.

Il sistema indennitario, svincolato dall’effettivo danno patito dal lavoratore e dalla possibilità per quest’ultimo di esperire altri rimedi contrattuali di tipo civilistico, introduce nell’ordinamento legislativo italiano un sistema di tutele palesemente in conflitto con i principi di adeguatezza, effettività e dissuasività, che devono caratterizzare le misure a tutela del lavoratore in caso di licenziamenti illegittimi.

La discrezionalità del giudice viene vanificata in quanto il magistrato è privato della facoltà di modulare la sanzione al fine di renderla proporzionata al pregiudizio subito nel caso concreto.

La misura fissata direttamente dalla legge è del tutto inadeguata a costituire un valido deterrente per l’adozione di licenziamenti illegittimi, essendo atteso che non pone a carico del datore di lavoro tutte le conseguenze pregiudizievoli subite dal lavoratore a causa della illegittima perdita del posto di lavoro.

E’ proprio il carattere certo e preventivamente quantificabile della sanzione prevista dal decreto legislativo n. 23/2015 ad essere incompatibile con le caratteristiche richieste dall’art. 24 CSER.

Ciò che caratterizza il regime sanzionatorio italiano non è infatti soltanto la presenza di un tetto all’indennizzo; cioè l’esistenza del limite di 24 (nelle imprese medio-grandi) e 6 mesi di retribuzione (nelle piccole imprese) alla quantificazione dei danni massimi risarcibili per effetto dell’illegittima interruzione del rapporto di lavoro. Elemento, questo, che già di per sé rende tale regime in contrasto con l’art. 24, dal momento che al lavoratore è preclusa qualsiasi possibilità di ottenere un ristoro dei danni ulteriori eventualmente subiti.

Il vizio che rende il decreto legislativo n. 23/2015 irrimediabilmente in contrasto con l’art. 24 della CSER sta altresì nel fatto che l’indennizzo è predeterminato dal legislatore in base ad un unico e tassativo criterio: quello dell’anzianità del lavoratore.

Questo elemento caratterizzante il meccanismo di calcolo dell’indennizzo comporta che, a rigore, l’importo massimo fissato dalla legge (i 24 o i 6 mesi, a seco riccardo.sbrolli@futararoma.it nda della dimensione dell’azienda) non possa neppure definirsi un “tetto” - nel senso che a questo termine è attribuito dal CEDS nel valutare le legislazioni degli altri paesi -, essendo tale importo aprioristicamente irraggiungibile da parte di lavoratori che abbiano un’anzianità inferiore a quella prevista per ottenerlo. Al giudice infatti è preclusa la possibilità di tener conto di qualsiasi fattore diverso dall’anzianità di servizio per definire l’importo dell’indennizzo; ed anche la valutazione dell’anzianità di servizio consiste in un mero atto di accertamento, tale per cui ad una certa anzianità corrisponde *ex lege* un certo indennizzo.

Non è dunque corretto identificare nei 24 o 6 mesi di retribuzione il “tetto” dell’indennizzo previsto dalla legislazione italiana, perché questo riguarda solo i lavoratori che abbiano maturato 12 e più anni di anzianità presso il datore che li ha licenziati (6 anni nelle piccole imprese). Per tutti gli altri lavoratori valgono altri “tetti”, ovvero l’indennizzo è notevolmente più basso. Ad es., con 2 anni di anzianità di servizio il “tetto” (ovvero l’importo dell’indennizzo) è 4 mesi (2 nelle piccole imprese); con 3 anni di anzianità è 6 mesi (3 nelle piccole imprese); con 4 è 8 mesi (4 nelle piccole imprese), e così via.

Da ciò il carattere inevitabilmente e necessariamente inadeguato dell’indennità.

4.2.2. L’inadeguatezza dell’indennizzo con riferimento ai criteri per una sanzione valida

L'inadeguatezza si coglie non solo nel livello oggettivamente basso dell'indennizzo fissato dalla legge, ma nel fatto stesso che l'indennizzo è preventivamente fissato dalla legge ed in quanto tale non può "per definizione" essere né proporzionato, né dissuasivo.

Un simile meccanismo di calcolo dell'indennizzo non può garantire un ristoro proporzionato al danno subito dal lavoratore per l'ovvia ragione che **è la stessa legge ad escludere la possibilità di quantificare tale danno**, nel momento in cui impone al giudice di non tener conto dei fattori che lo hanno determinato. Si può dire che **la negazione del principio di proporzionalità caratterizzi l'intero sistema sanzionatorio** introdotto dal decreto legislativo n. 25/2015. E' a tale proposito indicativo il fatto che l'art. 3, comma 2, precluda espressamente al giudice di valutare la "sproporzione" del licenziamento rispetto al fatto contestato al lavoratore, nel decidere in merito alla sua possibile reintegrazione (*supra: Il quadro normativo di riferimento*, par. 2.2.5, lett. b).

Dall'altra parte **tale sistema riduce, fino ad escluderlo, l'effetto di deterrenza della sanzione**. Obiettivo primario del decreto legislativo n. 23/2015 è da identificare proprio nella riduzione (e tendenziale eliminazione) dell'effetto dissuasivo delle sanzioni per licenziamento illegittimo, operata attraverso la preventiva quantificazione del loro costo per l'azienda. La possibilità di calcolare preventivamente il costo del licenziamento illegittimo, escludendo l'alea dell'esito dell'eventuale ricorso del lavoratore, permette infatti al datore di attuarlo in base ad una mera valutazione costi-benefici.

4.2.3. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento al danno subito dal lavoratore nel periodo precedente all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento in sede giudiziaria.

L'indennizzo stabilito dal decreto legislativo n. 23 del 2015 «copre» sia il periodo antecedente (quello ricompreso tra l'intimazione e l'accertamento giudiziale), sia quello successivo alla decisione del giudice (cfr. paragrafo successivo). Ciò rende l'indennizzo fisso e predeterminato dal legislatore inadeguato sotto un duplice profilo.

Il regime sanzionatorio descritto fornisce al lavoratore una tutela sbilanciata per il periodo che precede l'accertamento giudiziario dell'illegittimità del licenziamento, perché pone a carico del soggetto economicamente più debole la durata del processo e l'intervallo temporale intercorrente tra il licenziamento intimato e la condanna del datore, a tutto vantaggio di quest'ultimo che non subisce alcuna conseguenza da prassi processuali dilatorie.

Il sistema nazionale, infatti, pur imponendo al lavoratore un obbligo di attivazione tempestiva in caso di licenziamento illegittimo chiaramente a tutela del datore di lavoro⁹, non prevede, viceversa, alcuna misura per compensare il lavoratore del danno subito dalla perdita del posto di lavoro nel periodo tra l'intimazione del licenziamento e la dichiarazione giudiziale di illegittimità.

Questo profilo della disciplina è particolarmente rilevante nell'ordinamento italiano considerando l'eccessiva durata dei processi civili, sanzionata innumerevoli volte dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹⁰.

Nelle proprie conclusioni del 2003 relative alla Bulgaria, il CEDS afferma che *"a ceiling of six months' wage was considered as inadequate in relation to judicial proceedings that lasted on*

⁹ L'art. 32 della legge n. 183 del 2010 ha imposto un onere di impugnativa entro 60 giorni dall'intimazione del licenziamento a pena di decadenza, cui deve seguire un ricorso nel termine successivo di 180 giorni a pena di inefficacia.

¹⁰ Vedi il caso "Pinto" e gli altri casi in tema di durata eccessiva del processo. Cfr. la scheda sull'Italia, luglio 2017, in http://www.echr.coe.int/Documents/CP_Italy_FRA.pdf (pp. 2-3). Il "probleme italien" dovuto all'eccessivo numero di condanne per violazione dell'art. 6 CEDU ha portato perfino alla minaccia di espulsione dell'Italia dal Consiglio d'Europa (decisione del 3.5.2000).

average two years". A maggior ragione deve considerarsi in contrasto con l'art. 24 della CSER la normativa italiana. E' ben possibile infatti che un lavoratore con 2 o 3 anni di servizio debba aspettare più di due anni per ricevere 4 o 6 mensilità di indennizzo (2 o 3 se dipendente di una piccola impresa). Inoltre merita evidenziare come al contratto a tutele crescenti non si applichi il rito speciale relativo ai processi per licenziamento, previsto dalla legge n. 92/2012 (art. 1, commi 48-68) proprio per accelerarne i tempi¹¹.

Anche per questa ragione il lavoratore è quasi sempre propenso ad accettare il più basso indennizzo offerto dal datore in sede di conciliazione preventiva (*supra: Il quadro normativo di riferimento*, par. 2.2.3., lett. b).

Il fatto che l'indennizzo previsto dal decreto legislativo n. 23/2015 non copra necessariamente neppure i danni subiti dal lavoratore nel periodo intercorso dal licenziamento all'accertamento della sua illegittimità da parte del giudice mette in evidenza come l'atto unilaterale con il quale il datore interrompe il rapporto di lavoro (benché illegittimo) sia giuridicamente valido e produttivo di effetti. Questo aspetto della disciplina italiana è sancito espressamente dall'art. 3, comma 1, dove si legge che il giudice, con la sentenza che accerta l'assenza di un legittimo motivo di licenziamento, "*dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento*". Da ciò la conseguente perdita del diritto del lavoratore di ricevere le retribuzioni non corrisposte nel periodo successivo a tale data.

L'inadeguatezza della sanzione si traduce dunque, a ben vedere, come osservato dalla dottrina, in un vizio ancor più rilevante della nuova disciplina del licenziamento, che attiene ai suoi profili sostanziali. Il carattere certo e predeterminato della sanzione, associato al riconoscimento che il licenziamento ha piena efficacia di atto risolutivo del rapporto, rende il licenziamento di fatto "libero", seppur "oneroso". L'assenza dei presupposti causali (che pur non sono modificati dalla riforma del 2015) diventa irrilevante per il datore, qualora valuti conveniente il licenziamento in base ad una valutazione costi-benefici, che come detto può preventivamente effettuare.

La riforma del 2015 ha inteso così recepire **la logica del c.d. *firing cost***, per la quale il licenziamento non deve essere oggetto di un controllo in relazione ai suoi presupposti causali, ma deve essere regolato garantendo la libertà del datore di risolvere il rapporto di lavoro in base ad una mera valutazione costi-benefici, tenendo conto dell'importo dell'indennizzo che la legge prevede sia corrisposto al lavoratore¹². Si tratta con tutta evidenza di una logica non compatibile con l'art. 24 della CSER, perché, appunto, svuota di significato il principio per il quale il licenziamento privo di ragioni giustificative deve considerarsi un atto "illegittimo", in quanto tale capace di esporre chi lo realizza a delle sanzioni corrispondenti al danno prodotto.

4.2.4. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento al danno subito dal lavoratore nel periodo successivo all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento in sede giudiziaria.

La sanzione approntata dall'ordinamento in misura fissa è altresì del tutto inadeguata a risarcire il danno eventualmente maturato per la perdita del posto di lavoro nel periodo successivo all'accertamento giudiziale, non sussistendo una misura reintegratoria ovvero un risarcimento per equivalente di tipo civilistico.

¹¹ Art. 11 del decreto legislativo n. 23/2015 ai sensi del quale: "*Ai licenziamenti di cui al presente decreto non si applicano le disposizioni dei commi da 48 a 68 dell'articolo 1 della legge 28 giugno 2012, n. 92*".

¹² In Italia il più convinto sostenitore del modello di disciplina fondato sul *firing cost* è stato il senatore Pietro Ichino (vd già "Il lavoro e il mercato", Mondadori, Milano, 1996), non a caso uno dei "padri" della riforma del 2015.

Essendo tale indennizzo determinato dalla legge in maniera rigida in relazione alla sola anzianità di servizio, ne consegue inevitabilmente che esso non risulti proporzionato ai danni subiti dal lavoratore per effetto dell'ingiusta perdita del lavoro, come richiesto dall'art. 24 della CSER.

Come detto, considerando la prolungata durata del processo, è ben possibile che il lavoratore riceva un indennizzo che non copre neppure la retribuzione non corrisposta dal momento del licenziamento all'accertamento della sua illegittimità in sede giudiziaria, e che quindi lo lasci del tutto privo di ristoro per i danni subiti per il periodo successivo.

La inadeguatezza dell'indennizzo si manifesta ancor più chiaramente se si considera che l'indennizzo non tiene conto dell'età del lavoratore. Se infatti, da una parte, l'indennizzo calcolato in ragione della sola anzianità di servizio statisticamente penalizza maggiormente i lavoratori più giovani, dall'altra, non necessariamente va a beneficio dei lavoratori più anziani, che hanno di norma una minore possibilità di trovare un nuovo impiego ed una ridotta capacità di adattarsi alle trasformazioni del mercato del lavoro. Questi elementi espongono il lavoratore anziano ad un maggior danno in caso di perdita del posto di lavoro, per il quale l'ordinamento italiano non offre alcuna compensazione. Ciò è vero anche nel caso in cui tali lavoratori accedano al più alto livello di indennizzo in ragione della loro anzianità di servizio; ma lo è evidentemente ancora di più se non hanno maturato la massima anzianità di servizio presso il datore che li licenzia.

In breve, il meccanismo rigido di calcolo dell'indennizzo previsto dal decreto legislativo n. 23/2015 penalizza sia il lavoratore giovane (in ragione del più basso importo), sia il lavoratore più anziano (in ragione del fatto che l'indennizzo non considera comunque la sua maggior vulnerabilità sociale e minore adattabilità al mercato del lavoro).

Tale meccanismo produce effetti particolarmente sperequativi in un paese che, come l'Italia, è caratterizzato da profondi squilibri socio-economici, dal momento che non permette di tenere conto della diversa possibilità reimpiego di chi è stato ingiustamente licenziato. Basti a tal proposito considerare che, a fronte della medesima anzianità di servizio, un lavoratore licenziato in Trentino Alto Adige (dove il tasso di disoccupazione è del 5 per cento) riceverà la medesima indennità di un lavoratore licenziato in Calabria (dove il tasso di disoccupazione è del 23 per cento)¹³.

L'anzianità di servizio è calcolata, poi, esclusivamente in base alla durata del contratto a tempo indeterminato (a tutele crescenti) che è stato interrotto dal licenziamento e non tiene conto di eventuali altri rapporti di lavoro di carattere temporaneo intercorsi tra il lavoratore e il medesimo datore. Questo ulteriore aspetto della disciplina va messo in relazione con la sostanziale liberalizzazione dei contratti di lavoro temporaneo (in specie, il contratto a tempo determinato e la somministrazione di lavoro tramite agenzia), che rende possibile il loro utilizzo anche per soddisfare esigenze di carattere strutturale dell'azienda (artt. 19 e 31, decreto legislativo n. 81/2015). Ne consegue che il sistema indennitario in caso di licenziamento penalizza in maniera peculiare chi è stato a lungo utilizzato con contratti non standard, prima di essere assunto con il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti. Se, ad esempio, un lavoratore ha svolto la sua attività presso un datore in base a più contratti di lavoro a termine per 48 mesi (limite massimo previsto dal decreto legislativo n. 81/2015), ed è stato successivamente assunto con il contratto a tutele crescenti, in caso di licenziamento nei due anni successivi riceverà un indennizzo di sole 4 mensilità a fronte di 6 anni di attività svolta presso lo stesso datore. Mensilità che si riducono a 2, se il lavoratore è dipendente di una piccola impresa (ex art. 9 del decreto legislativo n. 23/2015).

4.2.5. L'effetto delle riforme del sistema di sicurezza sociale.

¹³ Cfr. www.istat.it.

Il quadro è ulteriormente aggravato in senso negativo per il lavoratore dal debole regime di protezione sociale per la disoccupazione, che non offre in alcun modo una tutela in grado di compensare la debolezza del meccanismo di indennizzo sin qui descritto. La Nuova ASpl (introdotta con il decreto n. 22/2015) fa dipendere infatti dalla contribuzione maturata dal lavoratore sia l'importo, sia la durata dell'indennità di disoccupazione, che comunque non può durare più di 24 mesi (*supra: Il quadro normativo di riferimento*, par. 2.3.).

Con una bassa anzianità di servizio dunque il lavoratore riceve sia un basso indennizzo sia una indennità di disoccupazione ridotta e di breve durata. D'altra parte anche il lavoratore che abbia maturato la massima indennità di disoccupazione non riceve un tutela che ne garantisca il reddito fino alla nuova occupazione; ciò specie se, trattandosi di un lavoratore anziano e/o residente in una regione dell'Italia meridionale, questa è difficile da trovare.

Anche le recenti riforme del sistema di sicurezza sociale penalizzano particolarmente il lavoratore anziano; e ciò rende ancor più evidente l'inadeguatezza del sistema sanzionatorio del licenziamento. Occorre a tal proposito considerare la combinazione degli effetti prodotti dalla riforma degli ammortizzatori sociali (decreto legislativo n. 22/2015) e dalla riforma delle pensioni (leggi n. 122/2010 e n. 214/2011).

La prima infatti, nell'istituire la Nuova ASpl, ha abrogato l'indennità di mobilità (a partire dal 1° gennaio 2017): una "speciale" forma di indennità di disoccupazione che garantiva l'erogazione di un indennizzo per un periodo più prolungato (talvolta, grazie ad un generoso sistema di proroghe, tale da accompagnare il lavoratore fino all'età pensionabile). L'indennità di mobilità spettava ai lavoratori impiegati in imprese medio grandi (con oltre 15 dipendenti) ed era concepita per tutelare in particolare i lavoratori coinvolti in processi di ristrutturazione o in situazioni di gravi crisi aziendali.

La seconda ha significativamente elevato l'età pensionabile, introducendo un sistema di automatico adeguamento della stessa alla speranza di vita (in base agli indici dell'Istituto nazionale di statistica). Per effetto di tale riforma, attualmente l'età di accesso alla pensione è di 66 anni e 7 mesi (dal 1° gennaio 2018, per uomini e donne), a condizione che il lavoratore abbia maturati 20 anni di contribuzione e che la pensione (calcolata col sistema contributivo) sia di importo superiore a 1,5 volte l'assegno sociale (circa 670 euro il mese); altrimenti l'età pensionabile sale a 70 anni. Una percentuale elevata di lavoratori rischia di non possedere questi requisiti: in base alle proiezioni dell'INPS, con il nuovo sistema di calcolo, il 63% delle pensioni ha attualmente un importo inferiore a 750 euro¹⁴.

L'irrigidimento dei requisiti di accesso alla pensione ha ovvie ripercussioni negative per i lavoratori che perdono l'occupazione in età avanzata, ma non sufficientemente vicina all'età pensionabile. Il gravissimo danno provocato a questi lavoratori da un licenziamento illegittimo non è in alcun modo considerato dal regime sanzionatorio previsto dal decreto legislativo n. 23/2015, né è compensato da strumenti di sostegno al reddito sufficienti a far fronte al loro stato di bisogno.

Un esempio permette di chiarire con tutta evidenza come, specie per questi lavoratori, l'indennizzo per licenziamento illegittimo sia gravemente inadeguato, e calcolato in maniera del tutto irragionevole perché appunto non proporzionato al danno effettivamente subito. Se un lavoratore trova una nuova occupazione (o passa ad un nuovo datore di lavoro) a 47 anni di età e viene illegittimamente licenziato all'età di 54 anni, riceverà 14 mensilità di indennizzo (7, se ha lavorato in una piccola impresa); vale a dire che cesserà di beneficiare della retribuzione della quale è stato ingiustamente privato a 55 anni, 12 anni prima di acquisire il diritto alla pensione

¹⁴ Secondo quanto emerso da una simulazione operata nel 2015 dall'INPS sulla base di un campione di 5000 lavoratori nati nel 1980, grazie al nuovo regime pensionistico, chi oggi ha 35 anni acquisirà in media una pensione di importo complessivo di circa il 25% inferiore a quella della generazione precedente (i nati intorno al 1945) pur lavorando fino a circa 70 anni.

(nell'ipotesi, tutt'altro che scontata, che ne abbia maturato i requisiti). Lo stesso indennizzo spetta ad un lavoratore assunto a 58 anni e licenziato a 65, che almeno può beneficiare dell'indennità di disoccupazione fino al raggiungimento dell'età pensionabile.

4.2.6. L'inadeguatezza dell'indennizzo con riferimento alla riduzione (supplementare) dell'indennizzo nelle piccole imprese (unità produttive fino a 15 dipendenti).

Se l'indennizzo previsto dall'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015 non è adeguato a garantire una tutela effettiva in caso di licenziamento illegittimo, *a fortiori* non può esserlo l'indennizzo previsto dall'art. 9 per i lavoratori impiegati in filiali o stabilimenti con meno di 16 dipendenti (o impiegati da datori che ne occupano meno di 61 complessivamente). Per questi lavoratori, come detto, l'importo dell'indennizzo è infatti dimezzato ed il tetto massimo è fissato in sole 6 mensilità.

La drastica riduzione del già basso indennizzo si determina unicamente in ragione della dimensione dell'azienda. E ciò basta a rendere l'art. 9 in contrasto con l'art. 24 della CSER. Il CEDS non ha mai giustificato ai sensi dell'art. 24 la riduzione delle indennità in ragione esclusivamente della dimensione dei datori di lavoro, ma anzi ha chiesto chiarimenti agli Stati che riservano un simile trattamento differenziato ai lavoratori¹⁵. Proprio all'Italia nel 2003 sono stati chiesti chiarimenti in merito alla possibilità per il lavoratore di ottenere dal giudice la reintegrazione anche nelle imprese con meno di 16 dipendenti¹⁶. Il governo italiano in quell'occasione, apparentemente fraintendendo la richiesta, di fatto fornì una risposta scorretta perché (richiamando la disciplina relativa alle imprese con più di 15 dipendenti) sostenne erroneamente che la scelta tra indennizzo e reintegrazione è rimessa al lavoratore¹⁷.

L'indennizzo ridotto in ragione della dimensione dell'azienda e basato solo sulla durata del rapporto prescinde – giova ribadire – dall'effettivo nocimento subito dal lavoratore o dalla gravità della violazione concretamente accertata, determinando una ancor più ingiustificata ed irrazionale penalizzazione e precarizzazione dei lavoratori impiegati nelle piccole imprese.

Ciò è tanto più grave se si considera che il dimezzamento delle tutele previsto dall'art. 9 del decreto n. 23/2015 interessa una parte consistente della forza lavoro impiegata in Italia, il cui sistema produttivo è - come noto - caratterizzato da un'ampia diffusione di piccole e piccolissime imprese¹⁸.

¹⁵ Nelle proprie Conclusioni del 2003 relative alla Bulgaria, il CEDS chiede di dare "information as to whether protection against termination of employment applies irrespective of the size of the firm".

¹⁶ «So-called "obligatory protection" (Section 8 of Act No. 604) is the residual system since it concerns cases to which real protection does not apply. Where termination of employment is found to be unlawful, employers have the option of reinstating an employee within three days or paying compensation of between 2,5 and 6 times the monthly wage or salary, depending on employees' years of service and the size of the undertaking. The Committee asks whether in practice Italian courts tend to favour one or other of the options (reinstatement or compensation)» (ECSR, Conclusions 2003 Italy).

¹⁷ Così si legge nel successivo rapporto del Governo italiano del 2007: «*Contrairement à l'observation contenue dans le Conclusion du Comité, en substitution de la réintégration dans le poste de travail, le salarié a la faculté de demander à l'employeur une indemnité de quinze mensualités de rétribution. Telle possibilité doit être exercée dans les trente jours à faire date de la publication du jugement. Donc, on est pas en condition de fournir, comme demandé, l'orientation des juges dans cette matière puisque il s'agit là d'un choix qui revient exclusivement au travailleur*» (p. 169).

¹⁸ Non esistono dati ufficiali circa il numero complessivo di lavoratori impiegati nelle imprese fino a 15 dipendenti. Secondo le elaborazioni pubblicate nel 2012 dalla CGIA- Associazione artigiani e piccole imprese di Mestre, le imprese con più di 15 dipendenti, pur essendo solo il 3% del totale, impiegano circa il 65% dei lavoratori. Anche considerando i dati forniti da organizzazioni di area datoriale quindi, almeno 8 milioni di lavoratori restano privi del diritto all'indennizzo pieno garantito dall'art. 3 del decreto legislativo n. 23/2015.

4.2.7. Meccanismo di risoluzione incentivata della controversia in sede stragiudiziale: riduzione "di fatto" dell'indennità.

La misura tesa ad una risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di licenziamento contenuta nell'art. 6 del decreto legislativo n. 23/2015 agevola, infine, in un'ottica estranea alla richiesta finalità dissuasoria, il datore di lavoro che vede ulteriormente ridotto del 50 per cento il costo del licenziamento, già peraltro modesto, con onere a carico della collettività che ne sopporta la defiscalizzazione.

Il datore di lavoro viene, infatti, premiato dal sistema normativo in quanto non subisce alcuna penalizzazione, ma, al contrario, fruisce – come in precedenza descritto - di un beneficio ben maggiore rispetto a quello ottenuto dal lavoratore. Il lavoratore, viceversa, è indotto ad accettare una misura del tutto inadeguata ed irrisoria rispetto alla perdita del posto di lavoro, dalla prospettiva dei tempi lunghi della giustizia ordinaria, dei costi processuali¹⁹, e comunque della certezza di una misura indennitaria plafonata e non effettiva che, in ragione del suo automatismo, non considera i tempi del processo. Anche sotto tale profilo è evidente l'assenza del carattere dissuasivo dell'indennizzo.

La procedura di cui all'art. 6, tesa a risolvere in via conciliativa la controversia, svolge una funzione di assoluta centralità nel complessivo sistema sanzionatorio configurato dal decreto n. 23/2015. Nella logica che ispira la nuova disciplina del licenziamento essa serve a garantire la deflazione del contenzioso giudiziario, e la riduzione del numero dei processi costituisce uno degli obiettivi primari della riforma²⁰; al punto che l'accordo conciliativo dovrebbe costituire il naturale sbocco delle controversie in materia di licenziamento, riducendo l'attivazione della controversia giudiziaria ad un'ipotesi residuale. E' di centrale rilievo allora il fatto che tale finalità deflattiva poggi esclusivamente su un meccanismo che incentiva il lavoratore a rinunciare al proprio diritto all'indennizzo pieno.

La misura fissa e predeterminata dell'indennizzo gioca evidentemente a tutto vantaggio del datore di lavoro e snatura la funzione stessa della procedura di conciliazione, rendendola in partenza sbilanciata. Per il datore manca, infatti, l'incertezza in merito all'esito del processo, dal momento che egli conosce già l'importo dell'indennizzo che potrà essere condannato a pagare dal giudice in caso di esito negativo della controversia. Dall'altra parte, il lavoratore sa che, nella migliore delle ipotesi, riceverà tale indennizzo al termine del processo (magari dopo qualche anno), ma che rischia – in caso di esito per lui negativo - di non ricevere alcunché e di dover sopportare anche le spese processuali. Sotto quest'ultimo profilo gioca a suo sfavore la riforma dell'art. 92 Codice di Procedura Civile (legge n. 69/2009 e d.l. n. 139/2014) che ha modificato il regime della compensazione delle spese di soccombenza in senso sfavorevole al lavoratore (che prima ne beneficiava nella stragrande maggioranza dei casi).

E' evidente che a fronte di una simile situazione di squilibrio tra le parti, il lavoratore licenziato sarà indotto ad accettare l'offerta di un indennizzo certo e di immediata fruibilità. Mancando l'alea

¹⁹ L'art. 9, comma 1-bis, del Testo Unico sulle Spese di Giustizia (introdotto dall'art. 37, comma 6, del d.l. 6 luglio 2011, n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111) ha previsto l'introduzione di una imposta, denominata Contributo Unificato, anche per le cause di lavoro. Il Contributo ammonta, per un'impugnazione di licenziamento, ad Euro 259,00 in primo grado, Euro 388,50 per l'appello ed Euro 1.036,00 per la Cassazione. È previsto il raddoppio della somma in caso di rigetto dell'impugnazione. Nel giudizio di Cassazione non opera neanche l'esenzione per i redditi familiari più bassi.

²⁰ Nella relazione di accompagnamento al decreto, il governo sottolinea che *"l'introduzione dell'offerta di conciliazione di cui all'art. 6 dello schema di decreto costituisce un vantaggio per l'ordinamento in generale in termini di riduzione del numero delle controversie in materia di licenziamento"*.

in merito al *quantum* di tutela che può ottenere in sede giudiziaria, il lavoratore è quasi “costretto” a rinunciare all’indennizzo garantito dalla legge, non di molto superiore a quello che può immediatamente ricevere in sede di conciliazione e accessibile solo al termine di un lungo processo, il cui esito positivo non è ovviamente assicurato.

Si può quindi concludere che nella maggioranza dei casi di licenziamento l’indennizzo corrisposto al lavoratore in base al decreto legislativo n. 23/2015 è di importo pari al 50 per cento (più la quota defiscalizzata) di quello previsto dall’art. 3, comma 1. Tale indennizzo deve di conseguenza essere considerato quello normalmente garantito nell’ordinamento italiano al lavoratore illegittimamente licenziato, costituendo l’indennizzo pieno un’ipotesi statisticamente residuale²¹. Lo conferma, a più di due anni dall’entrata in vigore della riforma, la scarsità di sentenze di condanna del datore di lavoro; segno evidente che le controversie si sono sino ad oggi risolte quasi sempre in sede stragiudiziale. E ciò rende ancora più grave il contrasto della normativa vigente con l’art. 24 della CSER.

4.3. La tutela ripristinatoria: le preclusioni ex lege al potere del giudice di tutelare il lavoratore con la reintegrazione nel posto di lavoro.

Il CEDS ritiene la reintegrazione uno dei rimedi che necessariamente devono essere previsti come possibile esito di un giudizio in materia di licenziamento²². Spetta alle Corti nazionali valutare l’opportunità o meno di adottare tale rimedio, ma non è compatibile con l’art. 24 della CSER una normativa nazionale che escluda *a priori* la possibilità che esso possa essere adottato.

Il regime sanzionatorio previsto dal decreto legislativo n. 23/2015 anche sotto questo profilo, dunque, contrasta con le previsioni dell’art. 24 citato, dal momento che non consente al giudice di tutelare il lavoratore con la reintegrazione nel posto di lavoro, al di fuori di limitate ipotesi rigidamente tipizzate dal legislatore.

Si è già chiarito che i rimedi cui il lavoratore può avere accesso in caso di licenziamento illegittimo sono esclusivamente quelli previsti dal decreto legislativo n. 23/2015 e che quindi le indennità ivi determinate assorbono ed escludono qualsiasi altro rimedio risarcitorio di natura civilistica (*supra: Il quadro normativo di riferimento*, par. 2.2.4).

Si è altresì chiarito come il regime normativo introdotto dal decreto legislativo n. 23/2015 con il contratto a tutele crescenti preveda la tutela reintegratoria solo in ipotesi tassative e di rara configurazione (*supra: Il quadro normativo di riferimento*, par. 2.2.5.). La tutela reintegratoria è infatti limitata prioritariamente alle ipotesi di licenziamento discriminatorio o nullo per i tassativi motivi previsti dalla legge.

Il carattere del tutto residuale della tutela anti-discriminatoria è – anche in questo caso – testimoniato dalla pressoché totale assenza di sentenze che l’abbiano riconosciuta ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti negli oltre due anni che separano il presente ricorso dall’entrata in vigore del decreto legislativo n. 23/2015. D’altra parte, come segnalato *supra* (Il

²¹ Come ha ammesso il senatore Pietro Ichino nel presentare alla stampa la riforma “L’indennizzo giudiziale sarà pari a due mensilità di retribuzione per ciascun anno di servizio. Ma di fatto il costo per l’impresa sarà la metà o poco più, perché la persona interessata opterà per la conciliazione standard, pari ad una mensilità per ogni anno di servizio” (intervista al quotidiano “Libero” del 16 gennaio 2015)

²² Si veda, da ultimo, la decisione dell’8 settembre 2016, *Finnish Society of Social Rights v. Finlande*, reclamo, n. 107/2014: “The Committee considers that other appropriate relief should include reinstatement as one of the remedies available to national courts or tribunals (see Conclusions 2003, Bulgaria). The possibility of awarding the remedy recognises the importance of placing the employee back into an employment situation no less favourable than he/she previously enjoyed. Whether reinstatement is appropriate in a particular case is a matter for the domestic courts to decide” (par. 55).

quadro normativo di riferimento, par. 2.2.5, lett. b), anche prima di tale data, sentenze che abbiano riconosciuto il carattere discriminatorio del licenziamento (con conseguente condanna del datore al ripristino del rapporto) rappresentano una percentuale assolutamente riccardo.sbrolli@futararoma.itnte irrisoria di quelle registrate nei repertori della giurisprudenza; e ciò nonostante che la tutela discriminatoria sia da sempre l'unico canale di accesso alla reintegrazione nel posto di lavoro nelle piccole imprese.

Al di fuori di tali ipotesi, l'istituto della reintegra nel posto di lavoro è previsto per i soli datori di lavoro con più di 15 dipendenti nelle singole unità produttive in caso di licenziamenti di tipo disciplinare nell'esclusiva ipotesi in cui il lavoratore provi in giudizio l'"*insussistenza del fatto materiale contestato*" (art. 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015). La mera presenza di un qualunque inadempimento anche lieve impedisce l'applicazione della tutela reintegratoria e limita il ristoro del danno subito dal lavoratore all'indennità plafonata.

La tutela ripristinatoria del rapporto è invece espressamente esclusa per tutti i licenziamenti di tipo economico e per quelli intimati nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo.

La legge impedisce dunque al giudice di adottare il rimedio della reintegrazione in presenza di un licenziamento illegittimo fondato su una qualunque inadempienza, anche se manifestamente inidonea a giustificare il licenziamento ed anche se sanzionata dai contratti collettivi con una misura conservativa; e la stessa preclusione sussiste se il licenziamento è intimato invocando inesistenti ragioni di carattere economico. In questi casi al giudice è sottratta "*a priori*" dal legislatore la possibilità di valutare se, in ragione di altri elementi (come, ad esempio, l'effettiva situazione economica dell'azienda, il comportamento delle parti precedente e successivo al licenziamento, i profili soggettivi del lavoratore, l'evidente sproporzione tra sanzione e inadempienza del lavoratore), sia possibile e opportuno reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro.

La disciplina prevista dal decreto legislativo n. 23/2015, inoltre, favorisce comportamenti opportunistici del datore di lavoro, permettendogli di "pianificare" il licenziamento in modo tale da evitare il rischio della reintegrazione. Per "liberarsi" di un lavoratore basta, infatti, attendere che questi commetta una minima inadempienza o dichiarare che l'azienda attraversa una fase di difficoltà economica; il giudice, accertata l'illegittimità di un simile licenziamento, non potrà comunque ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro essendogli impedito dalla legge.

In conclusione, l'interdizione al giudice di adottare l'ordine di reintegra nelle ipotesi predeterminate dalla legge vanifica l'effetto dissuasivo della misura sanzionatoria ed integra un ulteriore profilo di contrasto del decreto legislativo n. 23/2015 con l'art. 24 della CSER.

Il contrasto con l'art. 24 si fa ancora più evidente considerando il regime sanzionatorio applicabile alle aziende "minori" (fino a 15 dipendenti nelle singole unità produttive). Il decreto legislativo n. 23/2015, infatti, in questo caso, esclude sempre la possibilità di una riassunzione del lavoratore in caso di licenziamento privo di giustificazione, anche come mera opzione alternativa al pagamento dell'indennizzo, viceversa, riconosciuta ai datori di lavoro dalla legge 15 luglio 1966, n. 604 (cioè possibile per chi era già assunto il 7 marzo 2015). La scelta del legislatore appare chiara nell'imporre al giudice di monetizzare con una misura minima la perdita del posto di lavoro, che diviene irreversibile e in alcun modo disincentivata per i datori di lavoro c.d. "minori".

Non essendo mai possibile per il giudice ordinare la reintegra a fronte di un licenziamento ingiustificato, la tutela ripristinatoria per i lavoratori impiegati in imprese "minori" (quasi la metà dei lavoratori subordinati occupati sul territorio italiano) può essere ottenuta solo provando che il licenziamento è avvenuto per motivi discriminatori. Un'ipotesi che, come detto, la prassi giurisprudenziale dimostra essere praticamente di scuola.

4.4. Insussistenza di ragioni di "ordine pubblico" che possano giustificare restrizioni del diritto sancito dall'art. 24 ai sensi della lett. G della CSER.

Per mero tuziorismo, merita in conclusione rilevare come la violazione dell'art. 24 della CSER configurata dal decreto legislativo n. 23/2015 non possa in alcun modo essere giustificata invocando l'art. G della CSER (art. 31 della Carta Sociale Europea), ai sensi del quale *"I diritti ed i principi enunciati nella parte I [...] non potranno essere oggetto di restrizioni o limitazioni [...] ad eccezione di quelle stabilite dalla legge e che sono necessarie, in una società democratica, per garantire il rispetto dei diritti e delle libertà altrui o per proteggere l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la salute pubblica o il buon costume"*.

Come più volte chiarito dal CEDS:

"As an exception applicable only under extreme circumstances, restrictions under Article 31 must be interpreted narrowly. Restrictive measures must have a clear basis in law, i.e. they must have been agreed upon by the democratic legislature, and need to pursue one of the legitimate aims defined in Article 31§1. Additionally, restrictive measures must be "necessary in a democratic society", they must be adopted only in response to a "pressing social need"²³.

Per questa ragione non sono state considerate giustificabili ai sensi dell'art. 31 le diverse restrizioni ai diritti sanciti dalla CSE apportate dalla legislazione greca adottata tra il 2010 e il 2014 per far fronte alla grave crisi economico-finanziaria del paese, nonostante che tale legislazione fosse stata approvata sulla base dei Memoranda sottoscritti dal governo con la c.d. Troika, come condizione per permettere al paese di restare nell'euro-zona. In particolare, il CEDS ha precisato che:

"In transposing restrictive measures into national law, legal acts must ensure proportionality between the goals pursued and their negative consequences for the enjoyment of social rights. Consequently, even under extreme circumstances the restrictive measures put in place must be appropriate for reaching the goal pursued, they may not go beyond what is necessary to reach such goal, they may only be applied for the purpose for which they were intended, and they must maintain a level of protection which is adequate"²⁴.

Questi presupposti vincolano i legislatori nazionali anche in situazioni di grave crisi economica, posto che:

"the economic crisis should not have as a consequence the reduction of the protection of the rights recognised by the Charter. Hence, the governments are bound to take all necessary steps to ensure that the rights of the Charter are effectively guaranteed at a period of time when beneficiaries need the protection most"²⁵.

L'incapacità del Governo greco di provare la sussistenza dei suddetti presupposti ha reso inevitabile la censura del CEDS.

²³ CEDS, Conclusioni XIII-1, Olanda, art. 6, par. 4; CEDS, *European Confederation of Police (EuroCOP) v. Ireland*, reclamo n. 83/2012, decisione del 2 dicembre 2013, par. 207 ss.

²⁴ ECSR, *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v. Greece*, Complaint No. 111/2014, decision on the merits of 23 March 2017, par. 87.

²⁵ ECSR, Conclusions XIX-2 (2009), *General introduction*; vedi altresì CEDS, *Federazione generale dei dipendenti dell'impresa nazionale di elettricità (GENOP-DEI)* e dalla *Confederazione dei sindacati dei funzionari pubblici greci (ADEBY)* contro la Grecia, reclamo n. 66/2011, decisione del 23 maggio 2012, punto 12; CEDS, *Federazione dei pensionati greci (IKA-ETAM)* contro Grecia, reclamo n. 76/2011, decisione sul merito del 7 dicembre 2012, punto 75.

In relazione al decreto legislativo n. 23/2015, basti osservare come la situazione economico-finanziaria dell'Italia, al momento della sua adozione, non fosse neppure lontanamente paragonabile per gravità a quella greca. Né, d'altra parte, a monte della riforma vi era alcun impegno assunto sulla base di un Memorandum, che il Governo italiano non ha mai firmato. Ciò sarebbe sufficiente ad escludere la rilevanza dell'art. G della CSER, dal momento che la riforma del licenziamento non è stata adottata sul presupposto che essa fosse necessaria per evitare drammatiche conseguenze economiche al paese (come, per la Grecia, l'uscita dalla zona euro).

La riforma del 2015, pur essendo stata apprezzata dalle istituzioni europee, è stata dunque frutto di una libera scelta del Governo italiano, che ne ha giustificato l'adozione con le ragioni sopra evidenziate (supra: Il quadro legislativo, par. 2.2.1.). Queste ragioni si è detto essere principalmente occupazionali: nelle intenzioni del legislatore italiano (art. 1, comma 7, legge delega n. 183/2014), il nuovo regime del licenziamento avrebbe dovuto favorire la crescita dell'occupazione stabile e ridurre la segmentazione del mercato del lavoro (ed in tale prospettiva la sua adozione è stata suggerita dalle istituzioni dell'Unione Europea²⁶). Si tratta di finalità ovviamente apprezzabili, ma che altrettanto ovviamente non integrano i presupposti richiesti dalla lett. G per giustificare limitazioni ad un diritto fondamentale.

Anche se si volesse considerare poi che la semplice finalità occupazionale sia una finalità di "ordine pubblico" ai sensi dell'art. G (cosa che si è detto non è possibile), questa non potrebbe comunque rendere il decreto n. 23/2015 compatibile con l'art. 24 della CSER. E ciò non solo perché, come noto, non sussiste alcuna evidenza in merito al fatto che una disciplina del licenziamento meno protettiva determini una crescita dell'occupazione; il che rende di per sé una simile misura non suscettibile della valutazione di proporzionalità rispetto al fine perseguito, necessaria per giustificarla *sub* art. G.

I dati disaggregati relativi all'occupazione attestano, infatti, che la recente timidissima crescita occupazionale complessiva percepibile nel mercato del lavoro italiano, si è tradotta in un aumento di contratti di lavoro temporaneo ed occasionale. Le analisi sull'evoluzione del mercato del lavoro indicano che i contratti a tempo indeterminato sono aumentati nel 2015 unicamente in ragione degli sgravi contributivi (per 36 mesi) previsti dall'art. 1, comma 118, legge 23 dicembre 2014, n. 190. Con l'indebolimento degli effetti del vantaggio contributivo (art. 1, comma 178, legge 28 dicembre 2015 n. 208, che ha dimezzato la misura dello sgravio per i contratti stipulati nel corso del 2016) si è esaurita anche la spinta occupazionale a tempo indeterminato che si intendeva incentivare con il decreto n. 23/2015²⁷ e che è oggi nuovamente affidata, di fatto, alle fattispecie che la legge n. 183/2014 intendeva rendere meno convenienti per le imprese, vale a dire ai rapporti a termine e in regime di somministrazione²⁸. Tant'è che le organizzazioni degli imprenditori invocano nuovamente l'adozione di sgravi contributivi consistenti per promuovere l'occupazione giovanile²⁹.

In breve, l'obiettivo occupazionale che il Governo ha posto a giustificazione dell'indebolimento del regime di tutela per licenziamento, con ogni evidenza, non è stato raggiunto.

²⁶ European Commission, *Country Specific Recommendation 2011-Italy*.

²⁷ Secondo i dati offerti dall'Osservatorio del precariato dell'INPS, Report mensile gennaio-maggio 2017, nel 2016-2017, al termine degli incentivi, il contratto a tempo indeterminato è crollato del 37/38 per cento (meno 8% sull'anno 2014).

²⁸ Rapporto Istat sul primo trimestre del 2017, in <https://www.istat.it/it/files/2017/03/Mercato-del-lavoro-IV-trim-2016.pdf?title=Il+mercato+del+lavoro+-+10%2Fmar%2F2017+-+Testo+integrale+e+nota+metodologica.pdf>.

²⁹ "Lavoro giovani, Boccia: servono 10 miliardi in 2-3 anni per creare 900 mila posti di lavoro", Il Sole 24 ore, 25 agosto 2017.

5. Conclusioni.

Come si è posto in evidenza, il contratto a tutele crescenti (di cui al decreto legislativo n. 23/2015) introduce, agli artt. 3, comma 1, 4, comma 1, e 9, una indennità risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo (tutela obbligatoria "forte" da 4 a 24 mensilità e "debole" da 2 a 12 mensilità, a seconda del vizio del licenziamento) parametrata sulla sola anzianità del lavoratore licenziato e non sul danno effettivo subito dal lavoratore o sulla gravità della violazione subita, che priva il giudice di ogni potere di modulazione della sanzione al fine di renderla adeguata al pregiudizio concretamente subito dal lavoratore.

Il sistema indennitario, svincolato dall'effettivo danno patito dal lavoratore e dalla possibilità per quest'ultimo di esperire altri rimedi contrattuali di tipo civilistico, introduce nell'ordinamento legislativo italiano un sistema di tutele palesemente in conflitto con i principi di adeguatezza, effettività e dissuasività, che devono caratterizzare le misure a tutela del lavoratore in caso di licenziamenti illegittimi.

La tutela reintegratoria piena è limitata ad ipotesi tipizzate dalla legge e che la prassi giurisprudenziale dimostra essere del tutto residuali (art. 2 e art. 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015).

L'indennizzo previsto in tutti gli altri casi è - come detto - predeterminato dalla legge in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore, in modo tale da permettere al datore di conoscerne con certezza l'importo al momento del licenziamento. Tale modalità di calcolo dell'indennizzo esclude la possibilità per il giudice di tener conto di altri fattori e, in base ad essi, di quantificare eventuali danni ulteriori prodotti dal licenziamento (art. 3, comma 1, decreto legislativo n. 23/2015).

L'importo dell'indennizzo (2 mensilità per anno di anzianità, per un massimo di 24 mensilità) è dimezzato per i lavoratori impiegati in "piccole" imprese (fino a 5 dipendenti per unità produttiva), che rappresentano circa la metà degli occupati in Italia. A questi lavoratori si applica anche un più basso tetto massimo di indennizzo (6 mesi) (art. 9, decreto legislativo n. 23/2015).

Anche per i lavoratori delle imprese medio-grandi l'importo corrisposto è di fatto ridotto dal meccanismo di conciliazione preventiva, regolato in modo tale da indurre il lavoratore ad accettare l'offerta del datore, anch'essa fissata dalla legge (metà dell'indennizzo, al netto di oneri fiscali e contributivi) (art. 6, decreto legislativo n. 23/2015).

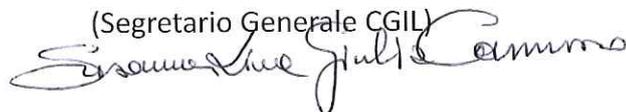
Per queste ragioni, la CGIL chiede che il Comitato Europeo dei Diritti Sociali voglia:

- A) Accettare e dichiarare ammissibile e procedibile il ricorso collettivo formulato dalla CGIL;
- B) Dichiarare che la normativa italiana relativa ai licenziamenti individuali per il lavoro privato introdotta dal decreto legislativo n. 23/2015 si pone in contrasto con le previsioni dell'art. 24 della CSER nella parte in cui per i licenziamenti illegittimi prevede un sistema di tutela a plafond non legato all'effettivo danno subito dai lavoratori non avente un carattere dissuasorio ed effettivo.
- C) Disporre le comunicazioni e gli adempimenti previsti in caso di violazione dal CSER

Il reclamante chiede altresì di poter utilizzare la lingua italiana nel presente procedimento e in particolare in tutti gli atti scritti

Roma- Strasburgo, lì 6 ottobre 2017

Susanna Lina Giulia Camusso
(Segretario Generale CGIL)



Allegati

- All. 1. Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23 “Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183”;
- All. 2. Tribunale di Roma, ordinanza del 26 luglio 2017;
- All. 3. Legge del 9 febbraio 1999, n. 30, “Ratifica ed esecuzione della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996”;
- All. 4. Legge del 28 agosto 1997, n. 298, “Ratifica ed esecuzione del protocollo addizionale alla Carta sociale europea che prevede un sistema di reclami collettivi, fatto a Strasburgo il 9 novembre 1995”;
- All. 5. Statuto della CGIL;
- All. 6. CEDS, Conclusioni 2016 sull'Italia adottate il 9 dicembre 2016.