

Convegno “Il danno alla persona nel rapporto di lavoro”, Firenze, 2.7.2015

Relazione su “indennità e danno a seguito di licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti” – avv. Fabio Rusconi

Esaminerò l’impatto della riforma delle tutele avverso i licenziamenti illegittimi (il c.d. “*contratto a tutele crescenti*” di cui al D. 23/2015) sui diritti della persona del lavoratore lesi da un licenziamento illegittimo.

Assumo come metodo la preliminare ricostruzione della volontà del legislatore che, come impone l’art. 12 delle preleggi, va tratta anzitutto dal dato testuale delle norme.

Ebbene, l’art. 1, co. 7, lett. c) della L. Delega 183/2014, nel suo travagliato testo, dice in chiaro che il CTC, che ivi si delinea, deve essere disciplinato dal legislatore delegato attraverso la “*limitazione*” del “*diritto alla reintegrazione*” ai casi di lic. soggettivo che conosciamo e la “*previsione*”, per tutti gli altri casi, di “*un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio*”.

Tralascio il modo, secondo me totalmente improprio, con cui il legislatore delegato ha attuato la delega sulla limitazione della reintegrazione, notando, per quel che qui interessa, che, in ordine alle conseguenze del licenziamento illegittimo, la tecnica adottata dal D. 23/2015 è la seguente:

- Nei casi in cui il recesso non sia idoneo ad interrompere il rapporto, essendo passibile della sanzione giudiziale della reintegra (che sono sia il caso del licenziamento discriminatorio, nullo o inefficace di cui all’art. 2, sia quello del lic. soggettivo che possa dar luogo, attraverso l’astruso meccanismo processuale architettato dall’art. 3, co. 2, alla

reintegra), la tutela, oltre appunto a quella ripristinatoria, è costituita da:

- Il risarcimento integrale con possibile forfettizzazione del montante di calcolo ma senza limite massimo (nell'art. 2):
 - Qui infatti la legge qualifica espressamente “risarcimento del danno” la somma che può conseguire alla declaratoria di illegittimità del recesso, evocando anche il concetto di *“indennità”* in relazione alla commisurazione del danno emergente (le retribuzioni perdute) all' *“ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR”*, che potrebbe non coprire tutte le voci retributive perdute.
 - Il risarcimento con tetto massimo (delle 12 mensilità) e con lo stesso riferimento alla base forfettaria di calcolo, nel caso dell'art. 3, co. 2:
 - Qui correttamente la norma definisce la somma che può conseguire alla declaratoria di illegittimità del recesso come “indennità risarcitoria”.
- Nei casi in cui il recesso sia invece idoneo, nonostante la carenza di presupposto, a risolvere definitivamente il rapporto di lavoro (tant'è che il giudice dovrà, nonostante l'accertamento della carenza di giusta causa o giustificato motivo, *“dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento”*), ovvero nelle tre ipotesi previste dall'art. 3 co. 1, 9 co. 1 e 10 (escluso il caso del licenziamento orale):
- L'indennizzo determinato nel modo completamente forfettario che sappiamo e avulso da ogni commisurazione a danni e metodi di relativo accertamento e determinazione quantitativa.

Una prima conferma della distinzione operata dal DDL tra le tutele che ho descritto si trova ancora nel testo stesso:

- ✓ I due tipi di risarcimento che ho descritto sono indubbiamente commisurati, nel massimo, al danno emergente, risentono della limitazione ex art. 1227 cc in rapporto all'*aliunde perceptum* (e, nella ipotesi dell'art. 3/2 anche del *percipiendum*) e scaturiscono obbligo di regolarizzazione previdenziale;
- ✓ Gli indennizzi, per contro, sono solo forfettariamente commisurati ad un parametro estrinseco (l'anzianità di servizio del lavoratore), non sono accompagnati da obblighi previdenziali e non risentono sicuramente di ragioni restrittive ex art. 1227 cc.

Ma è poi doveroso ritenere il legislatore consapevole del contesto in cui pone le novità. Contesto che peraltro seguirà a coesistere con la nuova disciplina ed è questo:

- L'art. 8 L. 604/66 definisce la conseguenza economica dell'accertamento di illegittimità del recesso, forfettariamente stabilita, come "*indennità*" con funzione di "risarcimento del danno";
- L'art. 18 SL definisce le varie conseguenze dell'accertamento dell'illegittimità del recesso, per le diverse causali ivi previste, sempre e comunque come "risarcimento" o come "indennità risarcitoria", premurandosi di specificare, nelle ipotesi dei co. 5° e 6°, che essa è comunque "onnicomprensiva".

Ancora nel contesto del Sistema sappiamo che l'art. 32, co. 5 della L. 183/2010, c.d. Collegato Lavoro, stabilì che avesse natura di "risarcimento" l'"*indennità onnicomprensiva*" forfettaria che faceva conseguire alla declaratoria di nullità del termine apposto ai contratti e ricordiamo il dibattito che ne seguì e che sfociò nell'art. 1, co. 13 della L. 92/2012 sulla esaustività di tale indennità risarcitoria in ordine ad ogni conseguenza della nullità stessa.

Dunque, nel D. 23/2015 abbiamo nitidamente separate le conseguenze economiche dell'illegittimità del recesso, tra conseguenze risarcitorie, più o meno forfettizzate, e conseguenze meramente indennitarie.

Ed allora occorre far capo ai principi per capire la portata della distinzione che così puntigliosamente fa la legge.

La differenza che la dottrina e la giurisprudenza tracciano tra risarcimento e indennità o indennizzo sta, in prima approssimazione, nella funzione di ristorare il soggetto che abbia subito un illecito, che è tradizionalmente assegnata al risarcimento; invece nella funzione di attribuire comunque un ristoro per il pregiudizio subito dal soggetto leso da un atto legittimo, assegnata all'indennizzo.

Il caso più evocato tra quelli tipizzati dalla legge è quello dell'art. 2045 cc che, escludendo la responsabilità risarcitoria per il pregiudizio causato ad un altro soggetto da chi abbia agito in stato di necessità, prevede comunque che sia dovuto al primo un indennizzo rimesso all'equo apprezzamento del giudice.

Una distinzione - che si fa risalire anche ad una sentenza della Corte Costituzionale (la 369/1996 in tema di espropriazione per pubblica utilità) - che si fonda sulla differenza tra obbligazione da illecito, contrattuale o extracontrattuale, cui è connesso il "risarcimento", ed obbligazione per atto legittimo, che pur provoca un pregiudizio a carico di altri nella relazione tra due soggetti, che connota l'"indennità".

La ricognizione peraltro non mi pare del tutto appagante, dato che l'Ordinamento disciplina molte altre figure di indennità o indennizzo con caratteristiche e presupposti assai diversi, non riducibili al ristoro del pregiudizio da fatto lecito e non necessariamente dirette a regolare rapporti obbligatori tra due soggetti.

Penso alle molte indennità disciplinate da norme previdenziali o assistenziali (ind. di malattia, ind. di accompagnamento, ind. di maternità, ind. per infortunio o malattia in cui non vi sia colpa del datore nell'evento, ind. di disoccupazione) o da norme legali o clausole contrattuali (ind. di mensa, ind. di trasferta, ind. sost. delle ferie o del preavviso ecc.).

Nei primi casi, ad es., mi pare che l'indennità sia prevista dal legislatore come misura economica da riconoscere per scopi sociali al soggetto che comunque si trovi in una situazione di bisogno o subisca un pregiudizio non dovuto a responsabilità da illecito di terzi. Riconoscimento che peraltro non esclude affatto che, ricorrendo invece nella fattispecie l'illecito, sia comunque possibile, per il danneggiato dal soggetto posto nei suoi confronti in relazione obbligatoria, invocare anche il risarcimento del danno. Come nel caso dell'infortunio o malattia causati da colpa del datore, in cui è aperta la strada del risarcimento del danno differenziale o complementare ¹.

Quindi:

- l'indennità è prevista dal legislatore come misura economica da riconoscere per scopi sociali al soggetto che comunque si trovi in una situazione di bisogno o subisca un pregiudizio non necessariamente dovuto a responsabilità da illecito di terzi.
 - Essa peraltro non esclude affatto che, ricorrendo invece nella fattispecie l'illecito, sia comunque possibile, per il danneggiato,

¹ Nell'esempio fatto il meccanismo del rapporto tra ristoro del danno e indennizzo è reso complesso dal noto "compromesso sociale" che sta alla base della L. 1124/1965, per cui la contribuzione assicurativa è posta a carico del datore, l'assicurazione copre il solo lavoratore assicurato per l'infortunio incolpevole; per quello causato da colpa del datore vige la regola dell'esonero relativamente alle prestazioni erogate dall'INAIL, ma questo ha rivalsa contro il datore per ciò che abbia erogato al lavoratore e quest'ultimo può agire per il risarcimento del danno differenziale e di quello complementare.

- Il risarcimento si pone saldamente entro il rapporto obbligatorio, contrattuale o legale, fondato sull'illecito, e sta nella disciplina ben nota del danno emergente, del lucro cessante e della collaborazione creditoria dovuta dal danneggiato per diminuire e non aggravare il danno.

A questo punto, tornando più specificamente al tema che voglio esaminare, osservo che mi pare ben difficile, nonostante tutto, definire il recesso che risulti privo dei presupposti della giusta causa o del giustificato motivo, che sono rimasti invariati nelle rispettive discipline degli artt. 2119 cc e 3 L. 604/66 nonostante la riforma del CTC, come atto lecito. Esso anzi è sicuramente un atto illecito, assunto in violazione del contratto e della regola basilare dell'art. 1372 cc.

Cerco allora di approssimare una conseguenza ed una ricostruzione sistematica dell'assetto normativo che emerge dalla nuova disciplina.

E, nel tentativo, parto dal diritto sovranazionale che, come è noto, prevede la necessità di *“giustificazione”* di ogni licenziamento, la cui carenza deve dar luogo a *“tutela”* (art. 30 Carta Diritti Fondamentali dell'UE), e impone contro le violazioni un *“congruo indennizzo”* (art.24 Carta Sociale Europea, versione 1996) o un *“indennizzo adeguato o altra forma di riparazione considerata come appropriata”* (art. 10 Conv. OIL 158/1982). La giurisprudenza competente ha sintetizzato i principi nella necessità che le sanzioni contro una condotta che si ponga in contrasto con i precetti predetti debbano essere *“adeguate, effettive, dotate di capacità dissuasiva”*, ma anche *“proporzionate e ragionevoli”*.

Ebbene, credo che a nessuno – e probabilmente nemmeno al legislatore delegato – può residuare dubbio sul fatto che le misure predeterminate dell'indennizzo da licenziamento illegittimo, nell'area non coperta dalla reintegrazione e dal risarcimento, siano insufficienti a costituire sia un

risarcimento adeguato o congruo alla situazione che si crea a seguito del licenziamento illegittimo, sia sanzione deterrente e dissuasiva a carico del datore che tali illeciti commetta (e qui basta fare un conto per capire che le due mensilità che potrebbero seguire ad un recesso palesemente illegittimo per vizio di forma, deliberatamente scelto dal datore come via spiccia e conveniente per risolvere indebitamente un rapporto sgradito, ove il lavoratore abbia scarsa anzianità di servizio, sono anche meno di un preavviso di recesso *ad nutum*).

Ed allora mi pare che il legislatore del D. 23/2015 abbia ben fatto nel connettere alla situazione una conseguenza che prescinde dall'illecito e segue ragioni sociali, valutandone, come ben possibile, con discrezionalità la misura: così assegnando al lavoratore licenziato illegittimamente un indennizzo che prescinde dal danno.

Facendo ciò però il legislatore, consapevole del quadro che ho ricordato circa i necessari connotati delle conseguenze che deve avere l'atto illecito commesso dal datore con il licenziamento privo dei presupposti di legittimità, lascia aperta la via eventuale del risarcimento del danno. Che il lavoratore potrà invocare, dimostrandone effettività e misura, anche come mero effetto del recesso illegittimo.

Il danno, secondo le regole, dovrà coprire tutto l'ambito della conseguenza dell'illecito, potendo così essere sia di tipo non patrimoniale – come del resto è ormai acquisito anche in rapporto alle norme fino ad oggi usate per definire le conseguenze risarcitorie del licenziamento – sia di tipo patrimoniale, eventualmente potendosi discutere, quanto a quest'ultimo, se se ne possa detrarre l'indennizzo, siccome somma comunque erogata dal soggetto del rapporto obbligatorio (mentre è ormai pacifico che l'indennità es. di disoccupazione, erogata dall'INPS, non può essere invocata dal datore in detrazione del danno conseguente all'illegittimità del recesso).

Un'ultima notazione mi pare confermativa della coerenza della tesi che ho esposto.

Se, come ho detto, l'indennità è misura discrezionale che il legislatore riconosce per motivi sociali, come tale non sindacabile circa la congruità e pertinenza con un illecito (dal quale appunto prescinde), non altrettanto può dirsi del danno da illecito.

Ed allora, se il recesso privo di presupposto resta illegittimo e inadempiente al contratto (art. 1372 cc), non pare compatibile con i principi un'ipotesi ricostruttiva della norma del CTC che connetta ed eventualmente limiti, con conseguenze differenziate in rapporto al dato affatto estrinseco dell'anzianità di servizio, la sola sanzione indennitaria al licenziamento illegittimo al di fuori dell'area di operatività della reintegrazione.

L'illecito infatti colpisce o può colpire la vittima del tutto a prescindere dall'anzianità di servizio; e dire che uno stesso recesso privo di giusta causa, o oggi uno stesso licenziamento collettivo viziato in procedura o nei criteri di scelta, danneggi in misura pari a 24 mensilità un lavoratore con maggiore anzianità di servizio (che magari possa conseguire da subito la pensione) e invece in misura pari a 4 mensilità un altro lavoratore, sol perché assunto da due anni in quell'impresa (magari trovandosi disoccupato a 50 anni di età, in questo mercato), è veramente incongruo e fonte di disparità che, ove tale fosse l'interpretazione della norma, non potrebbe che suscitare seri dubbi di ragionevolezza e quindi di costituzionalità.

La ricostruzione che propongo invece, che rende compatibile con l'indennizzo espressamente previsto dal CTC, nelle ipotesi in cui non sia possibile la reintegra, anche il risarcimento del danno secondo i criteri comuni, mi pare abbia il pregio sia di spiegare l'espressione testuale specifica, "indennità", quasi puntigliosamente usata dal legislatore nella disciplina del CTC, peraltro nel contesto normativo che ho descritto, sia di

realizzare soluzioni ragionevoli e coerenti con il Sistema, interno e sovranazionale.