I licenziamenti (ancora) in quarantena

scritto da goal | 7 Agosto 2020

di Evangelista Basile* e Rosibetti Rubino **

La sospensione della facoltà di licenziare durante il periodo emergenziale causato dalla pandemia globale che ha inginocchiato il mondo è stata introdotta per mano del decreto legge n. 18/2020, rubricato "Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19", il cd. "Cura Italia", in particolare agli artt. 23, comma 6, 47 comma 2 e 46.

Andiamo con ordine.

L'art. 23 ha introdotto un congedo straordinario di 15 giorni per i lavoratori con figli di età non superiore ai 12 anni, nonché un ulteriore congedo – ma non retribuito – per i figli di età compresa fra i 12 e i 16, in nuclei familiari in cui non vi sia un altro lavoratore che possa usufruire di benefici che permettano la permanenza presso la propria abitazione.

Più nello specifico, al comma 6, per quei lavoratori beneficiari del congedo non retribuito, è previsto che "*hanno diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro*", introducendo così un espresso divieto di licenziamento.

Si tratta, dunque, di diritto potestativo di astensione dalla prestazione lavorativa, cui corrisponde il divieto di recesso motivato sulla base dell'assenza dovuta al congedo. Ciò

significa, specularmente, che il datore di lavoro invece continua ad avere la facoltà di licenziare nel caso in cui venga a conoscenza di un fatto disciplinarmente rilevante integrante giusta causa, che nulla ha a che fare con la possibilità di usufruire del nuovo congedo (che in quanto giustificata non potrà in nessun caso rilevare dal punto di vista disciplinare).

Anche l'art. 47, comma 2, prevede un ulteriore caso di diritto all'astensione dal lavoro (a cui corrisponde una limitazione della facoltà di licenziamento per giusta causa) per i genitori di figli disabili che, a causa della chiusura dei Centri di attività ad essi dedicati, si ritrovano nell'impossibilità di accudire il proprio figlio.

La norma chiave del Cura Italia, con riferimento al divieto di licenziamento, era in ogni caso l'art. 46 che – nella sua versione iniziale – disponeva: "*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4, 5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n. 223* è *precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604*".

Con la legge di conversione del decreto Cura Italia, legge 24 aprile 2020, n. 27, che innanzitutto si è premurata di modificare (e chiarire) la rubrica in «Disposizioni in materia di licenziamenti collettivi e individuali per giustificato motivo oggettivo», si è confermata la sospensione dei licenziamenti per motivi economici e chiarito alcuni aspetti, quali quelli in relazione ai casi di cambio appalto. La nuova norma, infatti, prevede che: "*A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto l'avvio delle procedure di cui agli articoli 4,5 e 24, della legge 23 luglio 1991, n.*

223 è precluso per 60 giorni e nel medesimo periodo sono sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto. Sino alla scadenza del suddetto termine, il datore di lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti, non può recedere dal contratto per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'articolo 3, della legge 15 luglio 1966, n. 604".

Come è evidente dal tenore letterale delle norme, il divieto (o meglio la sospensione della facoltà datoriale) di licenziamento avrebbe dunque operato per 60 giorni e quindi fino al 16 maggio 2020. Con l'entrata in vigore del cd. decreto Rilancio, all'art. 80, tale termine è stato invece ulteriormente prorogato fino al 17 agosto 2020 per il tramite della modifica del suddetto art. 46, nella parte in cui prevedeva "60 giorni" con la dizione "*cinque mesi*".

Nella stessa norma è stato inoltre introdotto un diritto di revoca del licenziamento da parte del datore di lavoro che vi abbia proceduto fra il 23 febbraio e il 17 marzo anche in deroga a quanto previsto dall'art. 18, comma 10 dello Statuto dei Lavoratori e, dunque, anche nel caso in cui siano stati superati i 15 giorni dall'impugnazione del recesso.

Infine, un'ulteriore limitazione alla facoltà di recesso, è stata introdotta con l'art. 83, in tema di sorveglianza sanitaria, secondo il quale: "*1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 41 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, per garantire lo svolgimento in sicurezza delle attività produttive e commerciali in relazione al rischio di contagio da virus SARS- CoV-2, fino alla data di cessazione dello stato di emergenza per rischio sanitario sul territorio nazionale, i datori di lavoro pubblici e privati assicurano la sorveglianza sanitaria eccezionale dei lavoratori maggiormente*

esposti a rischio di contagio, in ragione dell'età o della condizione di rischio derivante da immunodepressione, anche da patologia COVID-19, o da esiti di patologie oncologiche o dallo svolgimento di terapie salvavita o comunque da comorbilità che possono caratterizzare una maggiore rischiosità. Le amministrazioni pubbliche provvedono alle attività previste al presente comma con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente. […] 3.L'inidoneità alla mansione accertata ai sensi del presente articolo non può in ogni caso giustificare il recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro".

Questo, dunque, il quadro normativo in cui si muove (o perlomeno cerca di muoversi) la limitata facoltà di recesso del datore di lavoro ai tempi del Covid.

Le norme, sull'onda della ovvia emotività e urgenza in cui sono state emanate, lasciano però aperti diversi dubbi, in particolare riferimento alle casistiche un po' più "borderline" di alcune tipologie di recesso. Si faccia il caso, ad esempio, dei licenziamenti in prova, per superamento del comporto o per intervenuta inidoneità psico-fisica.

Ebbene, circa i licenziamenti intimati per mancato superamento del periodo di prova, a nostro avviso, non dovrebbero rientrare in questa condizione di sospensione (o divieto), poiché non espressamente previsti dalla legge (e perché tale tipologia di recesso non ha nulla a che vedere con il giustificato motivo oggettivo). Come è naturale, ciò non si traduce in un via libera incondizionato, perché permangono i soliti limiti per procedere a un legittimo licenziamento in prova, che nel caso di specie si sostanzia, ad esempio, nella dimostrazione di aver apposto un valido patto di prova, nell'aver messo il lavoratore nelle condizioni di svolgere il periodo di prova; condizione – quest'ultima – non del tutto scontata in un periodo, quale quello che abbiamo vissuto in regime di lockdown, caratterizzato da sospensioni forzate delle attività.

Ed ancora, per quel che concerne i licenziamenti per superamento del comporto che, come noto, rientrano nella tipologia di recesso giustificato da motivo imputabile alla sfera del lavoratore (e non in quello disciplinare, sempre possibile), è da escludere che possano ricadere nel divieto di recesso imposto dalla normativa d'emergenza, poiché trovano fondamento in una diversa norma – non citata dal legislatore – che è il 2110 c.c.

Discorso differente è da farsi con riguardo ai licenziamenti per sopravvenuta inidoneità psico-fisica, i quali rientrano invece nella previsione di cui all'art. 3 della legge 604/66 e come tali risultano soggetti alla sospensione prevista dalla norma. Certo, vi sarebbe da dire che il citato art. 3 fa riferimento ai licenziamenti intimati per ragioni economiche; nel caso della inidoneità alla mansione specifica, in realtà, si dovrebbe più correttamente parlare di un recesso per impossibilità sopravvenuta, il che – come è del tutto evidente – non ha nulla a che fare né con la pandemia né con il contrasto ad una crisi economica che probabilmente spingerà gli imprenditori a procedere a licenziamenti di natura economico-organizzativa.

Ma, nostro malgrado, ulteriori dubbi rimangono – anche alla luce dell'ultimo decreto – irrisolti.

Si prenda il caso, ad esempio, del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un dirigente. In questo caso, ove si procedesse a un licenziamento individuale, la sospensione non opererebbe, poiché il licenziamento del dirigente non rientra nella fattispecie dell'art. 3 legge n. 604 del 1966 richiamata dal decreto Cura Italia. Il paradosso però sta nel fatto che, ove il licenziamento del dirigente rientri invece in una procedura di licenziamento collettivo, quest'ultima sarebbe inevitabilmente sospesa, essendo ormai chiaro che la legge. 223/1991 si applica anche a tale categoria di lavoratori.

O ancora: è possibile recedere dai contratti di apprendistato al momento di fine formazione? Sembrerebbe di sì, poiché anche in questo caso, la norma che disciplina l'apprendistato e il compimento del periodo formativo, l'art. 42, comma 4 del d.lgs. 81/2015, non è stata intaccata in alcun modo dalla legislazione di emergenza. Al di fuori della disciplina rimangono, inoltre, tutti i collaboratori domestici, categoria già evidentemente colpita dalla situazione emergenziale e certamente il recesso per fine apprendistato non rientra nel giustificato motivo oggettivo.

Un'ulteriore perplessità rimane, poi, in relazione alla sorte dei licenziamenti intimati fra la scadenza dei 60 giorni prevista dal decreto Cura Italia e la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del nuovo decreto, ovvero il 19 maggio. Si tratta, evidentemente, di pochi giorni, in cui è difficile ipotizzare che un datore di lavoro abbia intimato licenziamenti, anche perché la proroga della sospensione dei recessi era già stata paventata ma che comunque hanno lasciato aperto un varco temporale in cui sarebbe stato teoricamente possibile licenziare (si pensi ad esempio a un assunto "a tutele crescenti" o alle aziende sotto i 15 dipendenti per cui non è prevista la procedura di cui all'art. 7 legge 604/66).

Occorre rilevare che il decreto Rilancio ha poi mancato di occuparsi del periodo rimasto "scoperto" e, anche nella nuova normativa, l'unica fattispecie che sembra occuparsi dei licenziamenti avvenuti in fase emergenziale è quella di cui al nuovo comma 1-bis dell'art. 46 che prevede la possibilità per i datori di lavoro di revocare i licenziamenti intimati dal 23 febbraio al 17 marzo.

In verità, è evidente che l'introduzione della possibilità di revoca, in deroga a quanto previsto dall'art. 18 della legge 300/70, è stato un maldestro tentativo di mettere una toppa al ritardo nell'emanazione del primo decreto. Prima che il Governo prendesse provvedimenti con riguardo soprattutto all'introduzione di norme che garantissero la possibilità di

ricorrere ad ammortizzatori sociali, i datori di lavoro – in un contesto caratterizzato da pesante incertezza – non hanno potuto fare altro che procedere al licenziamento.

Ma la revoca, a nostro avviso, non vedrà grande applicazione pratica: la platea di potenziali beneficiari, infatti, si divide sostanzialmente in chi ha licenziato in quel periodo perché già in possesso di una ragione economico organizzativa strutturale e, pertanto, non tornerà sui propri passi, e chi, invece, nel clima di incertezza di inizio pandemia, non ha avuto neppure il tempo di procedere ai licenziamenti.

Da ultimo, una riflessione di primaria importanza va condotta circa la liceità di una sospensione della possibilità di licenziare. Misure di tal guisa sono infatti fortemente limitative del diritto di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione e pertanto, anche in situazioni del tutto eccezionali, necessitano di una circoscrizione ben limitata nel tempo perché non presentino profili di incostituzionalità.

La proroga messa in atto dall'ultimo decreto rischia, così, di ledere più di quanto necessario l'iniziativa imprenditoriale: per estremizzare ma rendere più chiaro il concetto, si pensi al caso in cui l'imprenditore abbia (insindacabilmente) deciso di cessare l'attività, a prescindere dal dilagare di una pandemia. Come può il suo diritto essere compresso per così lungo tempo e senza eccezioni di sorta?

Ci si risponderà che l'introduzione di una facilitata Cassa Integrazione rappresenta il contraltare della compressione della libertà imprenditoriale in nome di un non meglio identificato interesse collettivo: se tale argomento ha sicuramente un fondo di verità, non si può non tenere a mente, nel contemperamento di interessi in gioco, che anche l'accesso agli ammortizzatori sociali prevede un esborso da parte dei datori di lavoro che presuppone inevitabilmente una liquidità che non può essere data per scontata e che non può neppure

ritenersi sopperita dall’accesso garantito al credito che rimane comunque produttivo di interessi (rectius: di ulteriore debito).

Il 17 agosto è data ancora lontana, ma una tale prolungata limitazione delle libertà imprenditoriali potrebbe condurre a un effetto boomerang che rischia di divenire più pericoloso, perché frutto di impulso, della presunta corsa al recesso che il Decreto ha prima immaginato e poi cercato di contrastare, rischiando così di aver messo la pulce nell’orecchio anche a chi non avrebbe pensato di licenziare.

*_Avvocato – socio Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati_

** _Avvocato – collaboratrice Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati_