



MEMORANDUM n. 5/2016

“JOBS ACT: COME CAMBIANO I REGIMI DI TUTELA NEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI”

A cura del Gruppo di Lavoro: CONSIGLIERE DELEGATO
Previdenza Obbligatoria e Vito Jacono
Complementare - Area
Commercialista del Lavoro PRESIDENTE DI COMMISSIONE
Lorenzo Di Pace

COORDINATORE
Bruno Biasini

COMPONENTI
Bruno Biasini
Marco Bucci D'Orsogna
Paolo Giorgiutti

Introduzione

Con il Decreto Legislativo 23/2015, il Legislatore ha portato a compimento l'intenzione di accrescere il livello di certezza del diritto circa le conseguenze di un illegittimo licenziamento: anche al datore di lavoro sopra i 15 dipendenti è fornita, pertanto, una chiara indicazione di quello a cui va incontro in caso di licenziamento - con l'esclusione solo delle fattispecie di illegittimità più grave. Il D. Lgs. 23/2015 ha completato la riforma dei licenziamenti individuali avviata dalla L. 92/2012, la cosiddetta Legge Fornero. Già quest'ultimo provvedimento aveva, infatti, sensibilmente depotenziato le tutele di cui all'articolo 18 della L. 300/1970.

Per chiarezza, si precisa fin da subito che la nuova disciplina si applica solo ai neo assunti a far data dal 07/03/2015, mentre per i lavoratori assunti in precedenza, si continua ad applicare l'articolo 18 così come riformato dalla Legge Fornero.

Premesso quanto sopra, si evidenzia come l'articolo 18 sia stato quasi integralmente superato dal D. Lgs. 23/2015 poiché ne rimangono in vigore solo i commi 8 e 9, che definiscono il requisito dimensionale dei 15 dipendenti, al quale si aggancia il nuovo decreto per stabilire due diversi regimi risarcitori in caso di licenziamento illegittimo.

Mentre in passato il discrimine dei 15 dipendenti segnava il confine tra due tutele contrapposte - la tutela reale e la tutela obbligatoria -, la Legge Fornero e, successivamente, il Jobs Act scardinano questa contrapposizione.

Se rimane pressoché inalterata la tutela prevista per i lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro con meno di 15 dipendenti- la cosiddetta tutela obbligatoria-, per i lavoratori alle dipendenze di datori di lavoro di dimensioni superiori, si riduce sensibilmente il campo di applicazione della tutela reale.

Essa scompare, in particolare, in presenza di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo. La riforma ha, infatti, escluso la reintegrazione e ha previsto un risarcimento economico, che si distingue, rispetto a quello disposto per i datori di lavoro con meno di 15 dipendenti, solo per l'entità superiore.

La Riforma Fornero aveva invece mantenuto la tutela reale, ma limitatamente alla fattispecie di accertamento della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento.

Con il Decreto Legislativo 23/2015, la tutela reale sopravvive solo in due casi. Il primo, che prescinde dalla dimensione aziendale, ripropone la temuta tutela reale del testo storico dell'art. 18 in caso di licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale: la tutela del lavoratore prevede la reintegrazione o, in alternativa -a discrezione del lavoratore-, un'indennità pari a 15 mensilità, oltre al pagamento delle intere retribuzioni dal giorno del licenziamento a quello

dell'effettiva reintegrazione e al versamento dei relativi contributi previdenziali maturati nel periodo. Il secondo caso, sempre mutuato dall'articolo 18 così come modificato dalla Legge 92/2012, interessa solo i datori di lavoro con oltre 15 dipendenti e si applica in presenza di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, nell'ipotesi in cui sia dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato in giudizio. La tutela reale non si applica quindi se il giudice rileva la semplice sproporzione tra il fatto addebitato e la misura del licenziamento, ma solo se il giudice accerta l'inesistenza dell'addebito mosso al lavoratore. La tutela reale in questo caso, oltre alla reintegrazione, prevede un risarcimento con un limite però di 12 mensilità. I contributi previdenziali sono sempre dovuti dalla data del licenziamento fino alla data di effettiva reintegra. Il D. Lgs. 23/2015, rispetto al passato, introduce un criterio oggettivo di determinazione del risarcimento, che viene correlato all'anzianità di servizio del lavoratore. Il giudice viene pertanto privato della facoltà di determinare il risarcimento tra un importo minimo ed un importo massimo in ragione di una serie di criteri sottoposti ad una valutazione discrezionale del giudice medesimo. La nuova disposizione dispone, infatti, che ogni anno di anzianità di servizio comporta la maturazione del diritto a 2 mensilità a titolo risarcitorio, con un minimo di 4 mensilità (ridotte a 2 se il datore di lavoro ha meno di 15 dipendenti) ed un massimo di 24 mensilità (6 se il datore di lavoro ha meno di 15 dipendenti).

Si supera inoltre la quantificazione del risarcimento in relazione alla retribuzione globale di fatto e la si lega alla nozione di "ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto". Se dopo oltre 40 anni, prassi e giurisprudenza non si erano ancora perfettamente allineate nell'interpretazione del concetto di retribuzione globale di fatto, si auspica che la nuova definizione garantisca maggiore chiarezza applicativa, anche se eventuali contenziosi probabilmente si focalizzeranno sulla valutazione degli elementi retributivi da includere nella base di determinazione del TFR.

A conclusione di questa introduzione, si vuole accennare ad un epilogo giurisprudenziale, quasi scontato, conseguente al ridimensionamento della tutela reale.

Il Tribunale di Milano, con una recente sentenza, depositata il 16 dicembre 2015, ha disposto che, a seguito dell'entrata in vigore della L. 92 del 18/07/2012, al ridimensionamento delle tutele in caso di licenziamento nelle aziende sottoposte all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, varia anche la decorrenza dei termini prescizionali dei crediti di lavoro.

In passato, la giurisprudenza aveva differenziato la decorrenza della prescrizione per crediti retributivi in relazione della dimensione aziendale: nelle aziende a cui si applicava la tutela reale di cui all'articolo 18, la prescrizione decorreva in costanza di rapporto di lavoro, mentre nelle aziende in cui vigeva la cosiddetta tutela obbligatoria, la prescrizione decorreva solo dalla

cessazione del rapporto di lavoro, in considerazione del rischio di ritorsioni a cui il lavoratore poteva essere esposto se avesse azionato legittime pretese retributive in costanza di rapporto di lavoro. La pronuncia del Tribunale di Milano è la prima a rimettere in discussione i termini prescrizionali dei crediti di lavoro e, qualsiasi dubbio sulla sua valenza, potrebbe essere fugato dall'intervento normativo del D.Lgs. 23/2015 che, rispetto alla L.92/2012, ha ulteriormente affievolito le tutele in caso di licenziamento.

Indice

Introduzione	3
1. Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015	7
2. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo o soggettivo o giusta causa ai sensi del comma 1 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015	8
3. Licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa ai sensi del comma 2 dell'art. 3 del D.Lgs. 23/2015	10
4. Disciplina previgente al D.Lgs. n. 23/2015	11

1. Licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale ai sensi dell'art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015

Tutela reale “piena”

La normativa sul licenziamento discriminatorio è uguale per tutti i datori di lavoro a prescindere dal numero di dipendenti in forza e si applica nei confronti di tutti i lavoratori compresi coloro che sono stati assunti con contratto a tutele crescenti. Si applica quindi nei confronti di operai, impiegati, quadri e dirigenti.

Il licenziamento è nullo quando sia determinato dalle seguenti ragioni a prescindere dalle motivazioni adottate:

- 1) credo politico o fede religiosa;
- 2) appartenenza a sindacato e/o per esercizio di attività sindacale;
- 3) discriminazione sindacale, politica, razziale, religiosa, lingua o sesso, handicap, età, orientamenti sessuali e convinzioni personali;
- 4) matrimonio (nel periodo compreso nell'anno successivo alla richiesta di pubblicazioni);
- 5) gravidanza (dall'inizio della stessa sino ad un anno dalla nascita);
- 6) motivo illecito ex art. 1345 c.c.

In caso di licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, o perché riconducibile agli altri casi di nullità previsti dalla legge, o perché intimato senza la forma scritta, il Giudice condanna il datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro salvo la facoltà del dipendente di chiedere un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, tale indennità non è soggetta a contribuzione previdenziale e assistenziale.

Il datore di lavoro è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore un'indennità risarcitoria per il danno subito non inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, diminuito di quanto eventualmente percepito per tale periodo, tale indennità risarcitoria è soggetta a contribuzione previdenziale e assistenziale ed è soggetta a sanzioni per omissione o ritardato versamento contributivo.

Tale disciplina è efficace anche nelle ipotesi in cui il Giudice accerti il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore.

Si ribadisce che la descritta tutela prescinde dal numero dei lavoratori occupati dal datore di lavoro, indipendentemente che egli sia imprenditore o non imprenditore.

Inoltre si applica ai lavoratori assunti dalla data del 07/03/2015.

La riforma del Jobs Act non ha portato grandi novità in materia di licenziamento discriminatorio, se non nel calcolo della indennità risarcitoria succitata. Per i lavoratori assoggettati alla disciplina del contratto a tutele crescenti di cui al D.Lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 tale indennità sarà calcolata facendo riferimento alla retribuzione utile per il trattamento di fine rapporto.

2. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo o soggettivo o giusta causa ai sensi del comma 1 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015

Premessa

Il nuovo regime di tutela in caso di illegittimo licenziamento per GMO, così come previsto dal D.Lgs. n. 23/2015, si rivolge alle seguenti categorie di lavoratori: operai, impiegati e quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Restano quindi esclusi i dirigenti.

Quanto alla determinazione della soglia numerica del datore di lavoro abbiamo la seguente casistica:

1. Datori di lavoro che alla data del 7 Marzo 2015 superavano la soglia dei 15 dipendenti così come prevista dall'art. 18 della L. 300/70: in tal caso le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 23/2015 si applicano agli operai, impiegati e quadri assunti (o trasformati) a tempo indeterminato dal 7 marzo 2015 in poi.
2. Datori di lavoro che alla data del 7 Marzo 2015 superavano la soglia dei 15 dipendenti così come prevista dall'art. 18 della L. 300/70: in tal caso le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 23/2015 non si applicano agli operai, impiegati e quadri assunti a tempo indeterminato antecedentemente al 7 marzo 2015. Per costoro si applicherà il regime di tutela previsto dall'art. 18 della L. 300/70 fino alla fine del loro rapporto di lavoro.
3. Datori di lavoro che alla data del 7 Marzo 2015 non superavano la soglia dei 15 dipendenti così come prevista dall'art. 18 della L. 300/70: in tal caso le disposizioni di cui al D.Lgs. n. 23/2015 si applicano a tutti gli operai, impiegati e quadri assunti a tempo indeterminato dopo che con una nuova assunzione successiva al 7 marzo 2015 il datore superi la soglia dei 15 dipendenti.

Il caso particolare relativo alla trasformazione del contratto di apprendistato merita un approfondimento. Tale contratto inizialmente fu considerato un contratto di tipo formativo a tempo determinato alla luce del fatto che era consentito il recesso alla scadenza del termine utile al conseguimento della qualifica per la quale si veniva assunti. Successivamente si definì il contratto

di apprendistato come un contratto a tempo indeterminato con facoltà di recesso a fine periodo formativo senza però considerare tale recesso un vero e proprio licenziamento, ma semplicemente la possibilità di interromperlo ad una determinata scadenza. Con il D.Lgs. n. 167/2011 il contratto di apprendistato viene definitivamente considerato come un contratto a tempo indeterminato con obbligo, in caso di volontà del datore di lavoro di non confermare il medesimo al termine del periodo formativo, di procedere alla comunicazione del licenziamento nel rispetto del periodo di preavviso decorrente dalla fine del periodo formativo.

Ai fini dell'applicazione del corretto regime di tutela, il contratto di apprendistato dovrebbe essere considerato a tempo indeterminato dal momento della sua stipulazione, nulla incidendo la scadenza del periodo formativo determinato dalla contrattazione collettiva. Tuttavia il comma due dell'art. 1 del D.Lgs. n. 23/2015 ha previsto che le nuove disposizioni si applicano ai casi di conversione di contratti a termine e di apprendistato purché successive all'entrata in vigore della nuova disciplina e di conseguenza dal 7 marzo 2015 in poi.

Tutela “meramente” obbligatoria

Nei casi in cui mancano i presupposti del giustificato motivo oggettivo o soggettivo o giusta causa, nel caso di datori di lavoro che occupano **più di 15 dipendenti (5 se imprenditore agricolo) - art. 2-**, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 2 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 4 mensilità e non superiore a 24 mensilità.

Nei casi in cui mancano i presupposti del giustificato motivo oggettivo nelle aziende con **meno di 15 dipendenti (5 se imprenditore agricolo) -art. 9-** il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a 1 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 2 mensilità e non superiore a 6 mensilità.

La presente tutela riguarda i lavoratori assunti a far data dal 07/03/2015.

Nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di lavoratori assoggettati al nuovo regime di tutela non si applica la procedura obbligatoria di tentativo di conciliazione precedente il recesso davanti alle DTL competenti, procedura che resta in vigore per i lavoratori ancora assoggettati al regime di tutela ex art. 18 della L. 300/70.

L'art. 6 introduce una misura agevolativa alla composizione delle liti sui licenziamenti, la cosiddetta "offerta conciliativa". L'offerta consente al datore di lavoro di chiudere la lite col lavoratore, proponendogli, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, nelle sedi di cui all' art. 2113 comma 4 del codice civile, un importo pari ad una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità. Il predetto importo non costituisce reddito imponibile anche ai fini dell'IRPEF – quindi il dipendente beneficia della totale esenzione sia contributiva che fiscale.

3. Licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa ai sensi del comma 2 dell'art. 3 del D.Lgs. 23/2015

Tutela reale "attenuata" – solo se il datore di lavoro occupa più di 15 dipendenti (5 se imprenditore agricolo)

Il comma 2 dell'art. 1 prevede che, esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa, nei casi in cui si dimostra l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (senza entrare nel merito della valutazione della sproporzione del licenziamento, caso che invece interessa il precedente comma), il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.

È attribuita la facoltà al lavoratore di cui all' art. 2 comma 3 di chiedere, in alternativa alla reintegrazione del posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Il datore di lavoro è tenuto inoltre a corrispondere al lavoratore un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto dal giorno del licenziamento, corrispondente al periodo dal licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, diminuito di quanto eventualmente percepito in tale periodo per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché di quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi del comma 1, lett. c dell'art 4 del D.Lgs. n. 181/2000. Tale indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità.

4. Disciplina previgente al D.Lgs. n. 23/2015

La disciplina previgente al D.Lgs. n. 23/2015 è ancora in vigore per i lavoratori assunti prima della data del 07/03/2015 – art. 18 della L. 300/1970 così come modificata dalla L. 92/2012.

Datori di lavoro con più di 15 dipendenti:

Licenziamento dipendente per giustificato motivo oggettivo, soggettivo o per giusta causa.

Licenziamento illegittimo – Tutela reale “attenuata”:

Questo regime si applica nell’ipotesi in cui il giudice accerti:

1. la manifesta infondatezza del fatto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo;
2. l’insussistenza del fatto contestato oppure che il fatto contestato rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari, nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o di giusta causa.

Il lavoratore, in questi casi, ha diritto all’annullamento del licenziamento, alla reintegrazione del posto di lavoro o a sua scelta a un’indennità sostitutiva pari a 15 mensilità e al pagamento di un’indennità risarcitoria non superiore a 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, dedotto l’*aliunde perceptum*. Sono inoltre dovuti i contributi previdenziali ed assistenziali, maggiorati degli interessi legali.

Licenziamento ingiustificato – Tutela obbligatoria “piena”:

Questo regime si applica nel caso in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi di applicazione della tutela reale sopra descritta: il licenziamento è illegittimo; il giudice rileva la sussistenza delle motivazioni o fatti contestati a fondamento del licenziamento, ma non li reputa sufficienti a conferire piena legittimità al licenziamento stesso.

Il lavoratore ha diritto al solo pagamento di una indennità risarcitoria compresa tra le 12 mensilità sino a un massimo di 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto in relazione all’anzianità del lavoratore e tenuto conto dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell’attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

Datori di lavoro con meno di 15 dipendenti:

Licenziamento dipendente per giustificato motivo oggettivo, soggettivo o per giusta causa.

Tutela obbligatoria

Il lavoratore ha diritto a essere riassunto entro il termine di 3 giorni e in mancanza ha diritto ad una indennità risarcitoria compresa tra le 2,5 mensilità sino a un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

TABELLA RIEPILOGATIVA

	Lavoratori privati assunti prima dell'entrata in vigore del Jobs Act (ovvero prima del 07.03.2015)	Lavoratori privati assunti dopo l'entrata in vigore del Jobs Act (ovvero dal 07.03.2015)
Licenziamento economico	Risarcimento del danno in misura compresa tra 12 e 24 mensilità senza reintegra. Reintegra – in caso di manifesta insussistenza del licenziamento – più pagamento di un risarcimento in misura massima di 12 mensilità	Risarcimento del danno in misura pari a 2 mensilità per ogni anno di anzianità aziendale da un minimo a un massimo di 24 mensilità senza reintegra
Licenziamento disciplinare o legato all'inidoneità fisica	Risarcimento del danno in misura compresa tra 12 e 24 mensilità senza reintegra. In caso di inesistenza del fatto o qualora il CCNL preveda una sanzione più lieve per il fatto contestato o per recessi intimati per motivi fisici reintegrazione più pagamento di un risarcimento in misura massima di 12 mensilità	Risarcimento del danno in misura pari a 2 mensilità per ogni anno di anzianità aziendale da un minimo a un massimo di 24 mensilità senza reintegra. In caso di inesistenza materiale del fatto contestato, provata in giudizio, reintegrazione e indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative e quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro
Licenziamento discriminatorio	Reintegrazione e risarcimento pari alle retribuzioni maturate dal licenziamento illegittimo fino alla ripresa del servizio	Reintegrazione e risarcimento pari alle retribuzioni maturate dal licenziamento illegittimo fino alla ripresa del servizio
Licenziamento viziato da errori formali	Risarcimento del danno in misura compresa tra 6 e 12 mensilità senza reintegra	Risarcimento del danno in misura pari a 2 mensilità per ogni anno di anzianità aziendale da un minimo a un massimo di 12 mensilità senza reintegra

	Lavoratori privati assunti prima dell'entrata in vigore del Jobs Act (ovvero prima del 07.03.2015)	Lavoratori privati assunti dopo l'entrata in vigore del Jobs Act (ovvero dal 07.03.2015)
Disciplina per le piccole imprese	Risarcimento da 2,5 a 6 mensilità non opera la reintegra	Risarcimento variabile da una a 6 mensilità, in funzione dell'anzianità. Se l'azienda supera i 15 dipendenti dopo l'entrata in vigore del Jobs Act per tutti valgono le nuove regole