



AGGIORNAMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO: LA GIURISPRUDENZA IN TEMA DI LICENZIAMENTI DOPO IL *JOBS ACT*

15 giugno 2018

Maria Del Frate

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Pavia
maria.delfrate@unipv.it

Il sistema delle tutele

Tutela reintegratoria piena (art. 2, co. 1, d.lgs. 23/2015): reintegrazione e indennità non inferiore a cinque mensilità

Tutela reintegratoria con indennità limitata (art. 3, co. 2, d.lgs. 23/2015): reintegrazione e indennità non superiore a dodici mensilità

Tutela indennitaria forte (art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015): indennità pari a due mensilità per ogni anno di servizio, non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità

Tutela indennitaria debole (art. 4, d.lgs. 23/2015): indennità pari a una mensilità per ogni anno di servizio, non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità

Piccole imprese (art. 9, co. 1, d.lgs. 23/2015):

- si applica la tutela reintegratoria piena (2, d.lgs. 23/2015);
- non si applica la tutela reintegratoria con indennità limitata (art. 3, co. 1);
- l'ammontare delle indennità è dimezzato e non può in ogni caso superare il limite di sei mensilità (art. 3, co. 1 e art. 4).

Tutela reintegratoria piena (articolo 2, d.lgs. 23/2015)

- ❖ Licenziamento **discriminatorio a norma dell'art. 15, St. lav.**
- ❖ Licenziamento riconducibile a **casi di nullità espressamente previsti dalla legge**
- ❖ Licenziamento intimato in forma **orale**
- ❖ Licenziamento privo di giustificazione per motivo consistente nella **disabilità fisica o psichica del lavoratore**
- ❖ Licenziamento **collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta**

Il licenziamento discriminatorio

Art. 15 St. lav.:

È nullo qualsiasi patto od atto diretto a:

- a) subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte;
- b) licenziare un lavoratore, discriminarlo nella assegnazione di qualifiche o mansioni, nei trasferimenti, nei provvedimenti disciplinari, o recargli altrimenti pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività **sindacale** ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti a fini di **discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali**

Trib. Milano 18.9.2017: Rientra tra le cause di discriminazione anche la violazione dell'art. 25, co. 2 bis, d.lgs. 198/2006 (Codice delle pari opportunità), secondo cui "costituisce discriminazione ogni trattamento meno favorevole in ragione dello stato di gravidanza, nonché di maternità o paternità anche adottive, ovvero in ragione della titolarità o dell'esercizio dei relativi diritti".

Onere della prova (rinvio)

Il licenziamento nullo

I casi di nullità "espressamente" previsti dalla legge:

- Solamente le nullità testuali *ex art. 1418 co. 3 c.c.* (ad es. art. 2112 c.c.; art. 54, co. 5, d.lgs. 151/2001) oppure
- anche le nullità virtuali e strutturali *ex art. 1418 co. 1 e 2 c.c.*?

Licenziamento per motivo illecito determinante e licenziamento ritorsivo: sono ancora riconducibili ai casi di nullità assistiti da tutela reale (art. 2) o la mancata menzione indica una diversa volontà del legislatore?



Trib. Roma 24.6.2016; Trib. Roma 4.4.2016; Trib. Roma 4.10.2016:

- l'individuazione delle ipotesi di nullità previste dalla legge va eseguita alla stregua dell'art. 1418 c.c.;
- ai sensi dell'art. 1418 c.c., è nullo il licenziamento colpito da illiceità dei motivi *ex art. 1345 c.c.*, a cui è riconducibile il licenziamento ritorsivo.

Il licenziamento per perduranti assenze per malattia o infortunio

Licenziamento per perduranti assenze per malattia:

Cass. SU 22.5.2018, n. 12568: "Il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comporto fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma 2, cod. civ.".

"All'affermazione della nullità del licenziamento in discorso non osta l'aver il vigente testo dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 (come novellato ex lege n. 92 del 2012) collocato la violazione dell'art. 2110, comma 2, cod. civ., nel comma 7 anziché nel comma 1 (riservato ad altre ipotesi di nullità previste dalla legge), con conseguente applicazione del regime reintegratorio attenuato anziché pieno. Infatti, in considerazione d'un minor giudizio di riprovazione dell'atto assunto in violazione di norma imperativa, ben può il legislatore graduare diversamente il rimedio ripristinatorio pur in presenza della medesima sanzione di nullità, di guisa che la citata previsione del comma 7 dell'art. 18 si pone come norma speciale rispetto a quella generale contenuta nel comma 1 là dove si parla di altri casi di nullità previsti dalla legge".

Tutela reintegratoria attenuata e indennitaria forte (articolo 3, d. lgs. 23/2015)

Tutela reintegratoria attenuata (art. 3, co. 2):

- ❖ 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

Tutela indennitaria forte (art. 3, co. 1):

- ❖ Risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa
- ❖ Licenziamento collettivo intimato in violazione delle procedure sindacali o dei criteri di scelta

Il licenziamento disciplinare (1/2)

Insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore



C. App. L'Aquila 14.12.2017:

"l'insussistenza del fatto materiale contestato deve essere intesa non solo in senso di "non esistenza" del comportamento contestato, nella sua materialità, ma anche in quello della rilevanza disciplinare dello stesso, sotto il profilo giuridico".

Trib. Monza, 26.10.2017:

il fatto materiale deve costituire un inadempimento imputabile, riconducibile all'agente a titolo di dolo o di colpa

Trib. Roma 5.4.2017

Il licenziamento disciplinare (2/2)

Estraneità di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento



Trib. Milano 23.3.2017:

"Il vizio di proporzionalità del licenziamento disciplinare rileva al solo scopo di valutare la legittimità o meno del licenziamento, ma non ha effetto alcuno sulla disciplina sanzionatoria, che consiste, sempre e comunque, nella condanna al pagamento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 23 del 2015".

Diretta dimostrazione in giudizio dell'insussistenza del fatto materiale (Trib. Roma 5.4.2017; C. App. L'Aquila, 14.12.2017: rinvio)

Il licenziamento per g.m.o.

Trib. Monza, 27.4.2017: "va accolta la domanda di impugnativa del licenziamento intimato per g.m.o., non avendo la resistente dimostrato, come era suo onere, l'impossibilità di *repechage* del dipendente".

Indennità dimezzata ex art. 9, d.lgs. 23/2015 perché la società non raggiunge i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, co. 8-9, l. 300/1970.

Licenziamento e nullità del patto di prova

Tutela reintegratoria con indennità limitata (art. 3, co. 2, d.lgs. 23/2015):

Trib. Torino, 16.9.2016: "Il licenziamento in esame appare del tutto sfornito di giustificatezza nella sua massima accezione, essendo un licenziamento *ad nutum* al di fuori delle ipotesi consentite (...); un'interpretazione estensiva della norma (Ma non certo analogica, non consentita dall'avverbio "esclusivamente"), coerente con la finalità perseguita dal legislatore e imposta in chiave costituzionalmente orientata, consente di ricondurre il licenziamento in esame ad una fattispecie di licenziamento per motivi soggettivi di cui è ontologica l'insussistenza, da ritenere direttamente dimostrata per la semplice considerazione che i fatti materiali su cui è basato il recesso non sono neppure stati esplicitati".

Trib. Milano, 3.11.2016: "la nullità del patto di prova non comporta la nullità del licenziamento fondato sul mancato superamento del periodo di prova ma la sua ingiustificatezza (...) Dall'accertata ingiustificatezza del recesso per insussistenza del fatto materiale contestato discende, ex art. 3 co. 2, d.lgs. 23/2015, l'illegittimità e, quindi, l'annullamento del licenziamento impugnato con condanna della resistente a reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro e a corrispondere un'indennità risarcitoria".



Tutela indennitaria forte (art. 3, co. 1, d.lgs. 23/2015):

Trib. Firenze, 13.6.2017: "l'articolo 3, co. 2, d.lgs. 23/2015 si riferisce a fattispecie di licenziamento di natura disciplinare imputabili a condotte inadempienti del prestatore (...). La nullità del patto di prova non può essere inquadrata nella fattispecie di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. 23/2015.

La carenza di valido patto di prova determina non già l'insussistenza di un fatto riconducibile al lavoratore, bensì la carenza del presupposto che attribuisce al datore di lavoro la facoltà di recedere *ad nutum*".

Tutela indennitaria ridotta (articolo 4, d.lgs. 23/2015)

- ❖ Violazione del requisito di motivazione
- ❖ Violazione della procedura disciplinare (art. 7, St. lav.)

a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3, d.lgs. 23/2015

Vizi formali e procedurali: la mancata contestazione tempestiva dell'addebito

Cass. SU 27 dicembre 2017, n. 30985: l'obbligo della **contestazione tempestiva dell'addebito** rientra nel procedimento disciplinare di cui all'art. 7, l. 300/1970 ma garantisce esigenze più importanti del semplice rispetto delle regole procedurali: la necessità di garantire al lavoratore una difesa effettiva e di sottrarlo al rischio di un arbitrario differimento dell'inizio del procedimento disciplinare. Quindi la tardività della contestazione è sanzionata con la **tutela indennitaria forte di cui all'art. 18, co. 5, St. lav.**

Parallelismo *Jobs Act* e regime indennitario forte di cui all'art. 3, co. 1?

Campo di applicazione: le organizzazioni di tendenza

Art. 9, co. 2: "Ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto, si applica la disciplina di cui al presente decreto".

Trib. Roma, 26.10.2016 e 2.10.2017: "la disciplina di cui al d.lgs. 23/2015 si applica ai soli dipendenti delle organizzazioni di tendenza assunti dopo il 7 marzo 2015, data di entrata in vigore della riforma"

Trib. Roma, ord. 26.7.2017 e questione di legittimità costituzionale

Il Tribunale prospetta il contrasto del d.lgs. 23/2015 con:

- L'**art. 3** della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria disegnata dalle norme del c.d. "Jobs Act" non riveste carattere compensativo né dissuasivo ed ha conseguenze discriminatorie; ed inoltre in quanto l'eliminazione totale della discrezionalità valutativa del giudice finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro;
- L'**art. 4 e l'art. 35** della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso;
- L'**art. 117 e l'art. 76** della Costituzione, in quanto la sanzione per il licenziamento illegittimo appare inadeguata rispetto a quanto statuito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali costituiva un preciso criterio di delega, che è stato pertanto violato.

Il contrasto con la Costituzione, si badi, **non si ravvisa in ragione dell'avvenuta eliminazione della tutela reintegratoria** e dunque in ragione della integrale monetizzazione della garanzia offerta al lavoratore: invero la Corte costituzionale ha già più volte statuito che la tutela reintegratoria non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei precetti costituzionali di cui agli artt. 4 e 35 (cfr. sentt. n. 46/2000, n. 303/2011).

Il sospetto di incostituzionalità viene formulato, invece, in ragione della **disciplina concreta dell'indennità risarcitoria** che, nel compensare solo per equivalente il danno ingiusto subito dal lavoratore, è destinata, oggi, altresì a prendere il posto del concorrente risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione (divenuta tutela per pochi casi di eccezionale gravità) e dunque **avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata**.

FINE

Maria Del Frate

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Pavia

maria.delfrate@unipv.it