

PRIMI COMMENTI DEGLI OPERATORI SULL'ATTUAZIONE DEL JOBS ACT

Appunti di un magistrato della Sezione Lavoro del Tribunale di Roma.

Roma, 13 gennaio 2015 - Primi commenti di operatori e studiosi sulle norme di attuazione del Jobs Act (pubblicate nella [Sezione Documenti](#)) sono stati espressi in un convegno organizzato a Roma il 7 gennaio 2015 dagli Avvocati Giuslavoristi Italiani. Gli interventi introduttivi sono stati affidati al magistrato del Tribunale di Roma Cons. Giovanni Mimmo e a due cattedratici: Valerio Speziale di Pescara e Arturo Maresca di Roma.

Per ora ci è possibile pubblicare soltanto il documento del Dott. Mimmo diffuso dall'AGI con il titolo "Appunti su schema di decreto legislativo (Attuazione della legge delega 10.12.2014 n. 183)":

1. Introduzione. La legge delega 10 dicembre 2014 n. 183.

L'art. 1, comma settimo, della legge delega 10 dicembre 2014 n. 183 "Allo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo" ha previsto "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 e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento" (art. 1, comma 7, lett. c).

I principi e i criteri direttivi che emergono dalla legge delega, in materia di sanzioni avverso il licenziamento invalido possono essere così sintetizzati:

a) limitazione della reintegrazione nel posto di lavoro alle sole ipotesi di licenziamento discriminatorio, di nullità del licenziamento e di alcune fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato;

b) esclusione della reintegrazione per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo;

c) previsione di un indennizzo economico non più lasciato alla valutazione discrezionale del giudice, ma collegato esclusivamente alla anzianità di servizio.

2. Ambito di applicazione (art. 1).

Il legislatore delegante ha scelto di non modificare gli artt. 18 della legge n. 300 del 1970 e 8 della legge n. 604 del 1966, ma di creare una nuova e distinta disciplina che si aggiunge a quella preesistente e che si applica ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

Così esisteranno due discipline, quella attuale, in nulla modificata dalla nuova norma che si applica a tutti i rapporti già in atto e la nuova disciplina che si applica ai rapporti instaurati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

Pertanto, il discrimine temporale che consente l'applicazione dell'una o dell'altra disciplina non è legato alla data di intimazione del licenziamento, ma esclusivamente al rapporto da cui si recede, cioè se il rapporto sia stato instaurato prima o dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo (art. 1, comma1).

Questo meccanismo da un lato consentirà alle due distinte discipline una prolungata convivenza (considerato che la disciplina di cui agli artt. 18 legge n. 300 del 1970 e 8 legge n. 604 del 1966 riguarda recessi datoriali da rapporti instaurati fino al 2014, la stessa continuerà ad applicarsi per i prossimi decenni), dall'altro determinerà distinte tutele a fronte di uno stesso licenziamento (si pensi all'ipotesi di licenziamenti plurimi o collettivi di lavoratori assunti sia prima sia dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, per i primi si applicherà la disciplina di cui agli artt. 18 legge 300 del 1970 e 8 della legge n. 604 del 1966, mentre per i secondi si

applicherà la nuova disciplina).

La situazione è ulteriormente complicata dalla previsione del secondo comma dell'art. 1 secondo il quale la nuova disciplina si applica anche ai lavoratori assunti precedentemente dall'entrata in vigore del decreto legislativo qualora il datore di lavoro sia passato da un organico di 15 o meno dipendenti a più di 15 dipendenti in conseguenza di assunzioni avvenute successivamente l'entrata in vigore del decreto legislativo. La norma costituisce un chiaro incentivo verso nuove assunzioni, in quanto il datore di lavoro che assumendo dei lavoratori vada a superare il limite dei 15 dipendenti può usufruire della nuova disciplina, certamente più favorevole, a prescindere dalla data di assunzione dei lavoratori. La formulazione della norma lascia il dubbio se il requisito di più di 15 dipendenti, per consentire l'applicabilità della disciplina anche ai rapporti instaurati in precedenza, debba permanere anche al momento del licenziamento, ovvero, come sembrerebbe dal tenore della norma, una volta superato il limite si applica il beneficio anche nell'ipotesi in cui il numero dei dipendenti dovesse diminuire a meno di 16 unità.

2.1. I dirigenti.

L'art. 1, oltre al discrimine temporale, dispone che la nuova disciplina si applichi solo per coloro che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri.

L'espresso riferimento delle categorie cui la norma si applica porta ad escludere che la stessa possa applicarsi ai dirigenti. In realtà l'esclusione dei dirigenti non ha alcun effetto pratico in quanto a tale categoria non si applicano neppure le attuali disposizioni di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 eccezion fatta per i primi tre commi dell'art. 18. Ne consegue che ai dirigenti non si applicherà la nuova disciplina ma continueranno ad applicarsi i primi tre commi dell'art. 18 anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo. Considerato, tuttavia, che la disciplina dei primi tre commi dell'art. 18 è, come vedremo, sostanzialmente identica a quella prevista nell'art. 2 del decreto legislativo, l'esclusione dei dirigenti non avrà alcun effetto pratico se non quello di consentire la vigenza dell'art. 18 (nonché del rito speciale introdotto dalla legge n. 92 del 2012) anche per i contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo.

2.2. Il superamento della distinzione tra aziende con più di 15 dipendenti e aziende con meno di 15 dipendenti.

Certamente di maggiore rilievo è la scomparsa nell'individuazione del campo di applicazione della norma di ogni riferimento dimensionale della azienda.

La nuova disciplina, infatti, si applica a tutte le aziende, siano esse con più di 15 dipendenti siano con meno.

Ciò porta al superamento della distinzione della tutela (obbligatoria/reale) fondata sul requisito dimensionale che ha caratterizzato la disciplina del diritto del lavoro dal 1970.

Seppure, ad avviso di chi scrive, il superamento della distinzione della tutela in base al requisito dimensionale dell'azienda abbia una portata storica, gli effetti non vanno troppo enfatizzati in quanto da un punto di vista pratico poco cambia, in quanto seppure la tutela sia (formalmente) la stessa, per i dipendenti delle piccole aziende è in ogni caso esclusa la tutela reintegratoria (eccezion fatta i casi di nullità o inefficacia), l'indennizzo è dimezzato e, in ogni caso, non può superare le sei mensilità.

In conclusione, nulla cambia in concreto per i dipendenti delle piccole aziende: si deve evidenziare che il superamento della distinzione della tutela fondata sul requisito dimensionale ha portato sì ad una riduzione del gap esistente tra la tutela per i dipendenti di grandi aziende e di quelle piccole, ma solo ed esclusivamente a discapito dei primi e non anche a vantaggio dei secondi, derivando da un complessivo (e considerevole) abbassamento della tutela nei confronti dei dipendenti delle grandi aziende. In poche parole le tutele si sono molto avvicinate rispetto al sistema preesistente solo perché sono state drasticamente ridotte le ipotesi che consentivano ai dipendenti di aziende con più di 15 dipendenti di essere reintegrati.

2.3. Dipendenti della pubblica amministrazione.

All'indomani della divulgazione dello schema di decreto legislativo i mezzi di informazione hanno riportato dibattiti tra esponenti politici circa l'applicabilità delle norme del decreto legislativo ai dipendenti pubblici: ci sono state prese di posizione da parte di componenti del Governo volte prevalentemente ad escludere tale applicabilità.

Da un punto di vista tecnico, tuttavia, non si può non evidenziare che non sussistono ragioni per sostenere tale esclusione.

L'art. 2, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 prevede che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le deroghe contenute nello stesso decreto legislativo n. 165 del 2001. Orbene, poiché nessuna norma del suddetto decreto legislativo n. 165 del 2001 disciplina le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento, appare evidente che la materia risulta disciplinata integralmente dalle norme sul rapporto di lavoro privato. Unica disposizione sulla materia è data dall'art. 51, secondo comma, secondo il quale la legge n. 300 del 1970 trova applicazione alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal requisito dimensionale: tale disposizione, tuttavia, si limita ad escludere l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966, ma non può portare ad escludere l'applicazione della normativa sui licenziamenti che come quella in esame prescinda dal requisito dimensionale.

Pertanto, fin tanto che non si interverrà con una diversa normativa, o modificando il decreto legislativo prevedendo espressamente la sua non applicazione ai dipendenti pubblici ovvero introducendo per il pubblico impiego una normativa speciale, il decreto legislativo si applicherà ai dipendenti pubblici, ovviamente limitatamente a coloro che siano stati assunti successivamente l'entrata in vigore del decreto legislativo stesso.

3. Il licenziamento discriminatorio, nullo o inefficace per mancanza della forma scritta (art. 2).

Passando all'analisi delle singole disposizioni l'art. 2 disciplina il licenziamento discriminatorio, nullo e intimato in forma orale.

La norma sostanzialmente riproduce i primi tre commi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, per cui in questa sede ci si può limitare ad evidenziarne le differenze.

In primo luogo, si è già detto, che è venuto meno il riferimento ai dirigenti, per i quali non troverà applicazione l'art. 2, ma i primi tre commi dell'art. 18 (pur se con conseguenze nulle, se non nel

rito applicabile).

Per il resto l'art. 2, primo comma, rispetto all'art. 18 primo comma risulta molto più sintetico ed essenziale, abbandonando l'elencazione casistica delle ipotesi di nullità e facendo riferimento alle sole ipotesi di *licenziamento discriminatorio ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*. Il rinvio ai casi di nullità previsti dalle legge consente di applicare la sanzione a tutte le ipotesi dettagliatamente previste dall'art. 18, primo comma, trattandosi tutte di ipotesi di nullità espressamente previste.

Identico è, inoltre, il riferimento al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. Sul punto si sottolinea, tuttavia, una lacuna della legge delega, lacuna che potrebbe creare problemi di costituzionalità del decreto legislativo, considerato che nella stessa la reintegrazione nel posto di lavoro era espressamente prevista per le ipotesi di nullità e non anche per le ipotesi di inefficacia.

4. Licenziamento per giustificato motivo o per giusta causa. Tutela indennitaria (artt. 3, primo comma, 7 e 8).

La disposizione certamente di maggiore interesse dell'intero schema di decreto legislativo è quella contenuta nell'art. 3 che ha quale rubrica "Licenziamento per giustificato motivo e giusta causa".

La norma corrisponde ai commi 4, 5 e 7 dell'art. 18, ma introduce rispetto a tale disciplina notevoli modifiche che possono essere sintetizzate nei seguenti punti:

- a differenza di quanto previsto dalla riforma del 2012 che collegava le sanzioni ad una determinata casistica, ma non dispone una disciplina generale applicabile al di fuori della casistica indicata, con difficoltà per l'interprete di individuare la disciplina applicabile nelle ipotesi che non potessero rientrare nella casistica suddetta (si pensi, per esempio, all'ipotesi del licenziamento per mancato superamento del periodo di prova in presenza di un patto di prova invalido), il decreto legislativo prevede una disciplina di carattere generale che trova applicazione a tutte le ipotesi, eccezion fatta per quelle previste dall'art. 2 per quelle previste dall'art. 3, comma secondo. Il meccanismo ha almeno il pregio di individuare nell'art. 3, comma 1, la disciplina applicabile in tutti i casi di illegittimità del licenziamento per i quali non sia

prevista una diversa disciplina;

- la tutela di carattere generale prevista per le ipotesi di licenziamento illegittimo diverse dai casi di nullità di cui all'art. 2 è incentrata sul mero pagamento di un indennizzo con esclusione della reintegrazione nel posto di lavoro;
- infatti, la norma dispone che il giudice "dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento"; la terminologia utilizzata ("estinto" in luogo di "risolto") è certamente più corretta di quella utilizzata dall'art. 18 quinto comma, legge n. 300 del 1970 in quanto non è certamente il provvedimento del giudice che risolve il rapporto, ma l'atto unilaterale del datore di lavoro: il giudice si limita a dare atto dell'assenza di ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro e della conseguente cessazione del rapporto di lavoro, pur in presenza di profili di illegittimità;
- l'entità dell'indennizzo è sottratta alla valutazione discrezionale del giudice ed è collegata unicamente all'anzianità di servizio nel senso che deve essere quantificata in due mensilità per ogni anno di anzianità di servizio;
- opportunamente l'art. 7 dispone che in ipotesi di cambio di appalto il lavoratore ha diritto a vedersi computata anche l'anzianità di servizio maturata presso il precedente datore di lavoro che ha cessato l'appalto;
- l'art. 8 dispone che nel calcolo dell'indennità si debba tenere conto proporzionalmente anche dei mesi di servizio; inoltre, qualora la frazione di mese sia uguale o superiore a 15 giorni il calcolo del mese deve essere fatto per intero: la norma, in realtà non chiarisce se frazioni inferiori ai 15 giorni non debbano essere calcolate, ovvero, come sembra più probabile, debbano essere calcolate proporzionalmente;
- l'indennità così calcolata in ogni caso non può essere inferiore a 4 mensilità e superiore a 24;
- rispetto alla disciplina dettata dall'art. 18, comma 5, la norma costituisce un evidente arretramento della tutela predisposta in favore del lavoratore, in quanto non solo le ipotesi in cui

è consentita la reintegrazione diventando del tutto marginali, ma l'entità del risarcimento può subire un drastico ridimensionamento rispetto al passato per lavoratori con anzianità di servizio non elevata: infatti si passa da un minimo inderogabile di 12 mensilità di cui all'art. 18, quinto comma, ad un minimo di 4 mensilità di cui all'art. 2, primo comma del decreto legislativo; per tutti i lavoratori licenziati con anzianità non superiore ai sei anni di servizio il risarcimento spettante sarà certamente inferiore a quello previsto dall'art. 18, quinto comma, mentre solo per anzianità più elevate, almeno da 9-10 anni in su, il lavoratore potrà ottenere risarcimenti maggiori rispetto a quelli ordinariamente liquidati in sede giudiziale in applicazione dell'art. 18, quinto comma.

Che la disciplina meramente indennitaria di cui all'art. 3, primo comma, sia quella ordinaria è reso evidente dall'*incipit* del secondo comma che prevede la residua ipotesi di reintegrazione nel posto di lavoro; il legislatore, infatti, ha tenuto ad evidenziare che la tutela reintegratoria può applicarsi "esclusivamente" nell'ipotesi prevista dal comma, anche se poi l'esclusività è contraddetta da un'ulteriore ipotesi prevista nel comma successivo. Ciò vuol dire che non può aversi reintegrazione (ovviamente a parte le ipotesi di nullità disciplinate dall'art. 2) se non nel solo caso descritto dalla norma (nonché dal comma successivo).

La norma ha il pregio di una scelta di campo fatta in maniera chiara e ben individuata, in favore della tutela meramente indennitaria, a differenza di quanto è avvenuto con la riforma del 2012 nella quale la distinzione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria era affidata ad elementi ambigui e di difficile interpretazione.

3.1. L'ipotesi residuale di tutela reintegratoria (art. 3, commi 2 e 3).

L'ipotesi che dà luogo alla tutela reintegratoria è confinata nell'ambito dei soli licenziamenti disciplinari, con la conseguenza che la norma esclude la possibilità di reintegrazione per il lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo.

Essa fa riferimento all'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, mentre la norma espressamente esclude che la valutazione circa la sproporzione del licenziamento possa portare alla reintegrazione del lavoratore.

Il decreto legislativo con ogni evidenza nel fare riferimento all'insussistenza del fatto materiale

ha richiamato il dibattito che è insorto in dottrina e giurisprudenza circa la distinzione tra il concetto di insussistenza del fatto contestato (che dà luogo all'applicazione della tutela reintegratoria di cui al quarto comma dell'art. 18) e l'assenza di giusta causa o giustificato motivo (che dà luogo alla sola tutela indennitaria di cui al quinto comma dell'art. 18). La Corte di Cassazione con sentenza 6 novembre 2014 n. 23669 ha ricostruito la distinzione tra il quarto e il quinto comma dell'articolo 18 nei termini che seguono: "Il nuovo articolo 18 ha tenuto distinta, invero dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato ... Deve, invero, osservarsi che il quarto comma dell'art. 18 della l. 300/70 accomuna le ipotesi di giusta causa e giustificato motivo, escludendone gli estremi per insussistenza del fatto contestato, ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili, e che il quinto comma prevede, nelle altre ipotesi in cui venga accertato che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, la risoluzione del rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione al riguardo".

Per insussistenza del fatto materiale contestato il legislatore intende riferirsi alle ipotesi in cui all'esito dell'attività istruttoria esperita il fatto che il datore di lavoro ha contestato al lavoratore (per esempio, furto o assenza ingiustificata dal lavoro) deve ritenersi non sussistente o perché non si è materialmente verificato (non è vero che il dipendente ha rubato ovvero che l'assenza non fosse giustificata), ovvero perché seppure verificato non sia imputabile al lavoratore (per esempio, perché commesso da altri soggetti), ovvero perché il fatto non integra alcun inadempimento disciplinarmente rilevante (il fatto materiale contestato deve, infatti, per essere tale avere una rilevanza disciplinare e costituire una ipotesi di inadempimento agli obblighi contrattuali).

Una volta che il legislatore ha individuato quale sanzione avverso il licenziamento illegittimo la reintegrazione nel posto di lavoro la limitazione di tale sanzione alla sola ipotesi descritta lascia perplessi, anche perché consente al datore di lavoro di strumentalizzare piccole mancanze del lavoratore applicando il licenziamento senza incorrere nella sanzione della reintegrazione. Si

pensi all'ipotesi di un lavoratore che senza alcuna giustificazione si presenti al lavoro con qualche minuto di ritardo e che per tale motivo venga licenziato per giusta causa: pur essendo la sanzione certamente sproporzionata rispetto alla condotta, in tal caso non può applicarsi la sanzione reintegratoria ma solo quella indennitaria.

Il secondo comma dell'art. 3, infatti, non contiene più l'ulteriore ipotesi che ai sensi dell'art. 18, quarto comma, consente la reintegra, cioè della previsione nei contratti collettivi per la condotta contestata di una sanzione conservativa, ipotesi che da un lato consente di prevenire sanzioni espulsive meramente strumentali (quantomeno nei limiti delle condotte individuate nei codici disciplinari), dall'altro consente al giudice, qualora tale valutazione sia stata fatta in sede di contrattazione collettiva, di valutare la proporzionalità del licenziamento e sanzionare la sproporzione con la reintegra, proprio ciò che il decreto legislativo ha inteso espressamente escludere.

Ne deriverà per i licenziamenti disciplinari una fortissima contrazione delle ipotesi in cui il giudice, in caso di illegittimità del licenziamento, potrà disporre la reintegrazione del lavoratore licenziato; se a questo si aggiunge il fatto che la reintegrazione è stata esclusa per tutti i casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per tutti i casi di licenziamento collettivo e per il caso del licenziamento per superamento del periodo di comportamento, appare evidente come il legislatore abbia compiuto una opzione evidente in favore della sola tutela indennitaria che viene considerata dal decreto legislativo la sanzione ordinariamente applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo.

Dal punto di vista della tecnica legislativa il provvedimento ha il pregio di avere fatto tale opzione in maniera chiara e non ambigua, a differenza della precedente riforma del 2012 (legge n. 92) che aveva mantenuto la distinzione tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, ma ne ha affidato la distinzione ad elementi vaghi e incerti, proprio nel momento in cui tale distinzione dovrebbe essere chiara e non lasciata alla libera interpretazione del giudice (basti pensare alla distinzione tra "manifesta insussistenza" e "insussistenza del giustificato motivo oggettivo" alla quale è affidato il compito di distinguere tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria).

Allora se una critica può essere mossa al legislatore non è tanto quella di avere fatto una opzione per la tutela indennitaria (è proprio il compito del legislatore quello di adottare le scelte di politica del lavoro ritenute più idonee), ma quella di avere ridotto eccessivamente la tutela indennitaria, rendendo irrisoria la sanzione per un licenziamento illegittimo di un dipendente con pochi anni di servizio.

Da questo punto di vista la legge n. 92 del 2012, in alternativa alla tutela reintegratoria ha previsto una tutela indennitaria che ha una sua consistenza (da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità), mentre il decreto legislativo si è limitato a prevedere una tutela indennitaria che può essere limitata a 4 mensilità per i lavoratori con poca anzianità, misura oggettivamente troppo bassa per ristorare il lavoratore dall'ingiusta perdita del posto di lavoro.

3.1.1. Onere della prova.

Nel secondo comma dell'art. 3 il legislatore utilizza una terminologia che può ingenerare qualche dubbio in ordine al riparto dell'onere della prova: "in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore".

Si potrebbe affermare che sia il lavoratore a dovere fornire la prova diretta dell'insussistenza del fatto.

Tale affermazione, tuttavia, non può ritenersi condivisibile, sia perché riguarderebbe la prova di un fatto negativo, sia perché "l'insussistenza del fatto materiale" non costituisce una autonoma categoria giuridica (a differenza di quanto si verifica per il licenziamento discriminatorio o nullo), ma altro non è che un aspetto della giusta causa.

Sotto questo profilo, poiché la norma non ha modificato il principio di cui all'art. 5 della legge n. 604 del 1966, secondo il quale spetta al datore di lavoro provare la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo, è onere del datore di lavoro provare la giusta causa di licenziamento e dunque provare, tra gli altri aspetti, la sussistenza del fatto contestato.

La norma, dunque, non autorizza ad ipotizzare l'esistenza di un diverso riparto dell'onere della prova, ma si limita ad affermare che, ove all'esito della prova circa l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, il cui onere cade sul datore di lavoro, emerga l'assenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo derivante dall'insussistenza del fatto contestato, le conseguenze non sono quelle previste per le altre ipotesi in cui si configura una mancanza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, ma sono conseguenze che danno luogo alla tutela reintegratoria.

3.1.2. Il contenuto della tutela reintegratoria.

La tutela reintegratoria di cui al secondo comma dell'art. 3 è identica a quella prevista dall'art. 18, quarto comma: reintegrazione nel posto di lavoro, pagamento di una indennità pari alla retribuzione mensile dalla data del licenziamento fino all'effettiva reintegra, limitazione di tale indennizzo nella misura massima di 12 mensilità, obbligo di versamento dei contributi previdenziali dal licenziamento fino alla effettiva reintegra, detraibilità dell'*aliunde perceptum* e dell'

aliunde percepiendum

, possibilità per il lavoratore di optare in favore dell'indennità sostitutiva della reintegrazione.

Pur nell'identità di disciplina la norma contiene, rispetto al quarto comma dell'art. 18, alcune particolarità:

- ha specificato, correggendo un evidente errore contenuto nel quarto comma dell'art. 18, che la limitazione a 12 mensilità della misura dell'indennità risarcitoria riguarda solo il periodo antecedente la pronuncia;
- in maniera molto più essenziale si è limitato a prevedere l'obbligo del versamento dei contributi previdenziali, senza specificare le modalità del versamento, a differenza di quanto fatto dall'art. 18, comma quarto, che sul punto si è dilungato ampiamente appesantendo inutilmente la norma;
- ha meglio precisato in cosa consista l'*aliunde percepiendum*, limitandone l'operatività al rifiuto di una proposta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c) del d.lgs. 21 aprile 2000 n. 181.

3.2. Licenziamento per inidoneità fisica del lavoratore (art. 3 comma 3). Superamento del periodo di comporta.

Seppure il secondo comma dell'art. 3 preveda che la reintegrazione possa essere disposta esclusivamente per insussistenza del fatto materiale contestato, il successivo terzo comma

prevede un'ulteriore ipotesi di reintegrazione in cui si applica la stessa disciplina di cui al secondo comma: è il caso in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione del licenziamento motivato per inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

La norma corrisponde alla previsione di cui all'art. 18, settimo comma, il quale rinvia per il caso indicato alla disciplina del quarto comma, con una importantissima differenza.

Infatti, mentre l'art. 18 prevede la tutela reintegratoria sia nel caso di licenziamento derivante da inidoneità fisica del lavoratore sia nel caso di superamento del periodo di comporto, nel terzo comma dell'art. 3 manca il rinvio all'art. 2110, secondo comma, c.c. con la conseguenza che nell'ipotesi di licenziamento motivato da superamento del periodo di comporto (sia perché il comporto non sia stato superato sia perché la malattia è da imputare a responsabilità del datore di lavoro) non potrà essere applicata la tutela reintegratoria ma esclusivamente la tutela indennitaria di cui al primo comma dell'art. 3.

3.3. Per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo viene meno la procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (art. 3, quarto comma).

Infine, per quanto riguarda l'analisi dell'art. 3, il quarto comma dispone che per i lavoratori assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo non si applica la procedura di preventivo tentativo di conciliazione prevista dall'art. 7 della legge n. 604 del 1966 (e introdotta dalla legge n. 92 del 2012) per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo disposti da aziende con più di 15 dipendenti.

L'inconveniente è quello già segnalato della coesistenza di due procedure per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, una da applicarsi nei confronti dei dipendenti assunti prima e una nei confronti dei dipendenti assunti dopo, con la possibilità della contestuale applicazione di entrambe nei confronti dello stesso licenziamento qualora esso riguardi più dipendenti assunti in momenti diversi.

4. Vizi formali (art. 4).

L'art. 4 disciplina le conseguenze di vizi meramente formali e procedurali: in tal caso, ricalcando la disposizione di cui all'art. 18, comma sesto, è prevista solo una tutela indennitaria in misura corrispondente alla metà dell'indennità di cui all'art. 3, primo comma. L'indennizzo è pari ad una mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di due e un massimo di dodici.

Ovviamente tra le ipotesi di vizio formale non è più contemplata la violazione della procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604 del 1966 che come visto non è più prevista.

5. Dipendenti da aziende con meno di sedici dipendenti (art. 9, comma 1).

Si è detto all'inizio che una delle novità più rilevanti del decreto legislativo è il superamento della distinzione, ai fini della tipologia di tutela applicabile, tra aziende grandi (con più di 15 dipendenti) e aziende piccole (con meno di 15 dipendenti): infatti, anche per queste ultime trova applicazione la medesima disciplina prevista dal decreto legislativo; la novità, tuttavia, ha più un carattere ideologico che pratico, in quanto sostanzialmente per i dipendenti delle piccole aziende nulla è cambiato.

Infatti, premesso che l'art. 2, in materia di conseguenze del licenziamento discriminatorio o nullo o verbale, si applica anche ai dipendenti delle piccole aziende (come del resto nel sistema introdotto dalla legge n. 92 del 2012), l'art. 9 prevede per questi ultimi due importanti deroghe: a) non si applica l'art. 3, comma secondo, cioè anche per i licenziamenti disciplinari illegittimi in quanto il fatto contestato risulta insussistente non può essere disposta la reintegrazione ma solo la tutela indennitaria; b) l'indennizzo viene ridotto della metà e, in ogni caso non può superare le sei mensilità.

Non è molto chiaro dalla disposizione se la riduzione della metà riguardi o meno anche l'entità del limite minimo: la terminologia utilizzata dalla norma "l'ammontare delle indennità e l'importo ... è dimezzato..." sembra confermare non solo il dimezzamento dell'indennità (dunque, una mensilità per ogni anno di servizio), ma anche l'importo minimo (dunque, due mensilità).

In tal modo, limitata la reintegrazione alle sole ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo o verbale (come nella precedente disciplina) e previsto il pagamento di una indennità che varia da un minimo di 2 ad un massimo di 6 mensilità in base alla anzianità, la tutela non si presenta in alcun modo diversa rispetto a quella prevista dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966. Anzi, si

assiste ad un arretramento della tutela in quanto, poiché il dimezzamento dell'indennità e dell'importo si estende anche alle sanzioni per vizi di forma, in tal caso il minimo indennizzabile sarà pari ad una mensilità e troverà applicazione nei confronti di lavoratori con una anzianità inferiore ai due anni: considerato che l'art. 8 della legge n. 604 del 1966 prevede come entità minima di indennizzo 2,5 mensilità e che si applica anche ad eventuali vizi di forma, il decreto legislativo non solo non ha rafforzato la tutela in favore dei dipendenti di piccole imprese, ma l'ha sostanzialmente ridotta.

A parere di chi scrive se può essere ragionevole la riduzione della metà dell'indennizzo (a patto però che si stabilisca un ammontare minimo un po' più corposo, non essendo tollerabile che si scenda al di sotto delle 2,5 mensilità attualmente previste), meno ragionevole si presenta la limitazione nel massimo a sei mensilità.

Anzi un limite massimo così ridotto potrebbe porre problemi di vizio di delega: il principale dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega è quello dell'introduzione di tutele che crescono con l'aumentare dell'anzianità di servizio (da cui il nome di contratto a tutele crescenti). Orbene, nell'ambito della disciplina di cui all'art. 9, primo comma, poiché l'indennizzo è pari ad una mensilità per ogni anno di servizio e non può superare le sei mensilità, vuol dire che la crescita della tutela è limitata ad una anzianità fino a sei anni di servizio, con la conseguenza che il dipendente che ha sei anni di anzianità viene trattato allo stesso modo di un dipendente che abbia trenta anni di anzianità, circostanza che pare essere in contrasto con il principio generale. Almeno nella tutela prevista dall'art. 3, primo comma, il limite alla crescita della tutela è fissato a 12 anni, misura che appare più congrua rispetto ai soli 6 anni della tutela di cui all'art. 9, primo comma.

6. Imprese senza fini di lucro o di tendenza (art. 9, secondo comma).

Una novità non solo apparente ma reale è quella introdotta dall'art. 9, secondo comma, che prevede che il decreto legislativo si applichi anche agli imprenditori senza scopo di lucro e alle organizzazioni di tendenza: questa disposizione, pertanto, fa venir meno il privilegio di cui godevano tali soggetti, per i quali non si applica l'art. 18, fatte salve le ipotesi di nullità e di licenziamento verbale e comporta la loro equiparazione alle aziende.

7. Licenziamenti collettivi (art. 10).

Altra novità importantissima del decreto legislativo è quella relativa ai licenziamenti collettivi, per i quali, fatta salva l'ipotesi (invero di scuola) di licenziamento privo della forma scritta, per cui è prevista la reintegrazione, è prevista solo ed esclusivamente una tutela indennitaria.

La legge n. 92 del 2012, com'è noto, nel modificare l'art. 5, comma terzo, della legge n. 223 del 1991 ha distinto l'ipotesi di violazione delle procedure di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991, per la quale è prevista solo la tutela indennitaria di cui all'art. 18, comma quinto, della legge n. 300 del 1970 e la violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5, primo comma della legge n. 223 del 1991, per la quale è prevista la tutela reintegratoria di cui al quarto comma dell'art. 18.

L'art. 10 del decreto legislativo, invece, ha unificato la tutela per entrambe le ipotesi, prevedendo che per esse si applichi l'art. 3, comma 1 del decreto, cioè la tutela meramente indennitaria.

La coesistenza di due diversi regimi, uno che si applica per i lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo, l'altro successivamente, risulterà particolarmente complessa per i licenziamenti collettivi, ove l'ipotesi che lo stesso licenziamento possa riguardare entrambi, con conseguente applicazione per uno stesso licenziamento di tutele diverse, non è per nulla remota.

8. Rito (art. 12).

Seppure la disposizione appaia superflua, in quanto il c.d. rito Fornero presuppone l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e non può essere applicato per domande diverse, l'art. 12 ha previsto espressamente che ai licenziamenti disciplinati dal decreto legislativo non si applichi il procedimento di cui all'art. 1, commi 48-68 della legge n. 92 del 2012.

Non si può ancora una volta non evidenziare che tale scelta avrà quale conseguenza l'applicazione di riti diversi per uno stesso licenziamento plurimo o collettivo che presupponga l'applicazione di diverse discipline.

Bisogna sul punto evidenziare che la legge delega tra i principi fissati ha incluso la previsione di *termini certi per l'impugnazione del licenziamento*, per cui l'abbandono del rito di cui all'art. 1, commi 48 e ss., della legge n. 92 del 2012 probabilmente non comporterà il ritorno al rito ordinario, ma lascia prevedere che verranno introdotte ulteriori disposizioni processuali.

9. Offerta di conciliazione (art. 6).

Il legislatore, al fine di prevenire il contenzioso, ha previsto la possibilità che il datore di lavoro possa offrire a titolo conciliativo un importo pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, in ogni caso in misura non inferiore a due mensilità e non superiore alle 18 mensilità (somme ridotte della metà per i dipendenti di piccole imprese).

La novità consiste nel fatto che l'importo offerto è esente da imposte, per cui dovrebbe essere maggiormente conveniente per il lavoratore.

La limitazione dell'offerta conciliativa ovviamente è collegata all'esenzione fiscale, per cui probabilmente nulla impedirà al datore di lavoro di offrire una somma superiore, purché l'esenzione fiscale venga mantenuta nei limiti indicati dalla norma.

10. Una considerazione finale.

Si è già ampiamente sottolineato che nel complesso il decreto legislativo riduce ampiamente le tutele derivanti dal licenziamento illegittimo, sia limitando drasticamente le ipotesi di reintegra, sia contenendo, a fronte di ridotte anzianità di servizio, notevolmente l'indennizzo.

Ciò indubbiamente potrebbe dar luogo a licenziamenti pretestuosi da parte del datore di lavoro, il quale potrebbe recedere dal rapporto di lavoro pur in assenza di giusta causa o di giustificato motivo al solo fine di liberarsi di un lavoratore non più gradito.

E', infatti, sufficiente che il datore di lavoro contesti un fatto materialmente esistente ma che non

integra la giusta causa, ovvero che affermi l'esigenza di soppressione del posto di lavoro cui è addetto quel dipendente perché l'effetto estintivo del rapporto di lavoro si produca anche nell'ipotesi di mancanza di giusta causa o del giustificato motivo oggettivo.

L'opzione del legislatore nei confronti della sola tutela indennitaria abbiamo detto che è chiara: è altrettanto chiara l'intenzione del legislatore di limitare la reintegrazione alla sola ipotesi di insussistenza del fatto materiale contestato, ipotesi che non può essere interpretata in maniera da dilatarne l'applicazione a ulteriori ipotesi di assenza di giusta causa.

Non mi sembra possibile in tali casi fare ricorso a categorie giuridiche generali quali l'abuso del diritto o il negozio in frode alla legge, anche perché difetterebbe la specifica previsione normativa della nullità del licenziamento che consentirebbe l'applicazione della tutela reintegratoria di cui all'art. 2.

Unica possibilità al fine di prevenire condotte abusive da parte del datore di lavoro consiste in una interpretazione estensiva del concetto di licenziamento discriminatorio, interpretazione che non sarebbe in contrasto con la disposizione di cui all'art. 2, primo comma.

Si è già evidenziato come l'art. 2, primo comma, nella parte in cui disciplina il licenziamento discriminatorio e nullo contiene talune differenze terminologiche rispetto alla corrispondente norma di cui all'art. 18, primo comma, della legge n. 300 del 1970.

Quest'ultima, infatti, fa riferimento al licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990 n. 108 e ad altre ipotesi di nullità specificamente indicate.

L'art. 2, primo comma, invece, utilizza una terminologia diversa al fine di indicare le ipotesi di nullità che danno luogo alla reintegrazione: fa riferimento al licenziamento discriminatorio, senza il riferimento all'art. 3 della legge 11 maggio 1990 n. 108, e *agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*

Non sembra che l'omesso riferimento all'art. 3 della legge 11 maggio 1990 n. 108 nel prevedere

il licenziamento discriminatorio possa essere casuale, anche perché poiché tale norma prevede espressamente la nullità del licenziamento discriminatorio, qualora si considerasse tassativa la previsione delle ipotesi di discriminatorietà del licenziamento limitandole a quelle espressamente previste dalla legge, non vi sarebbe alcuna necessità di distinguere il licenziamento discriminatorio da quello nullo, in quanto la discriminatorietà determinerebbe una ipotesi di nullità espressamente prevista dalla legge.

Potrebbe allora ipotizzarsi una interpretazione che consenta di estendere il concetto di licenziamento discriminatorio oltre le ipotesi previste dalla legge e che riguardi tutte le ipotesi in cui il licenziamento abbia quale unico scopo non già quello di perseguire una condotta del lavoratore disciplinarmente rilevante ovvero di soddisfare esigenze organizzative dell'impresa, bensì quello di colpire aspetti afferenti la persona del lavoratore.

Potrebbero, allora, rientrare nel concetto di licenziamento discriminatorio tutte quelle ipotesi in cui il recesso appare del tutto sganciato dalla giusta causa o dal giustificato motivo o perché riguarda condotte che non hanno alcun rilievo disciplinare (l'esempio di scuola che viene fatto per paradosso del lavoratore licenziato perché ha salutato il datore di lavoro) ovvero esigenze organizzative del tutto assenti e pretestuose (si può fare l'esempio, più concreto nella realtà, del lavoratore che dopo aver discusso con il datore di lavoro al quale aveva rappresentato rivendicazioni economiche o nell'ambito della sicurezza del lavoro si veda recapitare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto nella totale assenza dell'esigenza organizzativa rappresentata dal sostituto dello stesso lavoratore con altro soggetto appositamente assunto).

Una simile interpretazione potrebbe costituire un utile correttivo in termini di equità alla riduzione delle tutele e contestualmente porre un freno a eventuali condotte abusive di datori di lavoro che strumentalizzino inesistenti ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo al solo fine di liberarsi di un dipendente non più gradito.