

Approfondimenti

Risoluzione del rapporto di lavoro

Disciplina dei licenziamenti fra riforme e interventi di Consulta e Cassazione

Eufranio Massi

La tutela reale in materia di **licenziamenti individuali** per i lavoratori dipendenti dalle imprese dimensionate oltre le quindici unità è stata oggetto di **profonde modifiche normative** nell'ultimo decennio, intervenute sia con la legge n. 92/2012 che con il D.Lgs. n. 23/2015 e, da ultimo, con il D.Lgs. n. 104/2022 che ha introdotto un rito specifico per il licenziamento ritorsivo nei casi di violazione dei diritti riconosciuti dallo stesso Decreto Trasparenza e dal D.Lgs. n. 152/1997 e s.m.i.

Gli interventi correttivi della Corte costituzionale e quelli giurisprudenziali di legittimità hanno ampliato le tutele nei confronti dei dipendenti colpiti da licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo o per motivo disciplinare. In tale quadro normativo, c'è da osservare come, per le piccole aziende, con un numero di dipendenti inferiore alle sedici unità, la normativa sia rimasta, sostanzialmente, la medesima (fatto salvo l'intervento operato dal D.Lgs. n. 23/2015) sulla indennità di natura risarcitoria, pur se, di recente, la Corte costituzionale, con la sentenza 22 luglio 2022, n. 183, pur ritenendo inammissibile la questione prospettata per «ineludibili valutazioni discrezionali che, proprio perché investono il rapporto tra mezzi e fine, non possono competere», ha invitato il Parlamento a rivedere la disciplina, prospettando, in caso di inottemperanza, un proprio intervento pur all'interno dei limiti posti dalle norme esistenti.

L'analisi che segue intende esaminare il percorso normativo dell'ultimo decennio, soffermandosi sulle interpretazioni scaturenti sia dalle decisioni della Cassazione che dalle sentenze della Consulta riguardanti aspetti di particolare criticità. Ma, andiamo con ordine.

Legge 28 giugno 2012, n. 92

Nel 2012, in piena crisi economica, seguendo gli *input* di buona parte del mondo imprenditoriale, di parte della dottrina e della Banca Centrale europea che raccomandava «una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione ed il licenziamento dei dipendenti», fu varata la legge 28 giugno 2012, n. 92 che conteneva una serie di misure concernenti il mercato del lavoro compresa anche la **revisione dell'art. 18 della legge n. 300/1970** ove, ferme restando le tutele reintegratorie in ordine ai recessi nulli perché in contrasto con la legge (periodo protetto nella maternità, entro l'anno dal matrimonio, ecc.), discriminatori, ritorsivi, per motivo illecito determinante, o adottati in forma orale e, quindi inefficaci, si interveniva, prevedendo la possibilità del risarcimento indennitario, sul licenziamento disciplinare e su quello per giustificato motivo oggettivo.

Vale la pena di ricordare che la reintegra del lavoratore, accompagnata dal risarcimento del danno subito per il licenziamento, pari ad una indennità commisurata sull'ultima retribuzione globale di fatto per tutto il periodo "di non lavoro", detratto l'*aliunde perceptum* e, comunque, non inferiore alle cinque mensilità, oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, colpisce tutti i datori di lavoro a prescindere dal numero degli occupati e riguarda anche il personale con qualifica dirigenziale. I lavoratori, in luogo della reintegra, possono risolvere il rapporto di lavoro con una ulteriore indennità pari a quindici mensilità. In ogni caso, senza entrare nel merito dell'art. 18 nella sua interezza si ritiene opportuno soffermarsi su alcuni punti critici che sono stati oggetto di particolare attenzione sia da parte della giurisprudenza che da parte della dottrina. Ci si rife-

Approfondimenti

risce al **licenziamento disciplinare** laddove la **reintegra**, con la corresponsione di una indennità risarcitoria dalla estromissione fino al giorno della ripresa del lavoro, con un tetto fissato a dodici mensilità, dedotto sia l'eventuale percepito o quello che avrebbe potuto percepire cercando una nuova occupazione in linea con la propria professionalità, è prevista a fronte di **due ipotesi:**
a) insussistenza del fatto contestato;
b) fatto non rientrante tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Si tratta di due fattispecie che, lungi dall'essere chiare, hanno diviso sia la Magistratura che la dottrina, in quanto, con riferimento alla prima, si era ritenuto sufficiente l'avvenuto accadimento di un fatto, poi contestato, per escludere la reintegra nel posto di lavoro. La questione è stata, in un certo senso risolta, dalla Suprema Corte allorquando ha sottolineato come la tutela reintegratoria trovi applicazione tutte le volte in cui, pur in presenza di un fatto accaduto, se ne palesi la sua liceità (Cass. civ., sez. lav., 23 maggio 2019, n. 14054). Nel corso del 2014 un'altra sentenza della Cassazione, la n. 23669, il cui principio è stato espresso nel comma 2 dell'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015, parlava di sussistenza o insussistenza del fatto materiale posto alla base del licenziamento, senza alcuna correlazione con la casistica disciplinare prevista dal contratto collettivo o dal codice disciplinare.

Per quel che riguarda, invece, la seconda ipotesi, lungi dal promuovere un orientamento uniforme, la stessa Cassazione ha oscillato tra due indirizzi ove il primo prevedeva una stretta correlazione tra il fatto contestato e la specifica sanzione conservativa prevista dal contratto collettivo e l'altra, che si può definire "più orientata", ove la Corte prende atto che in molti contratti ed accordi collettivi siano presenti, sotto l'aspetto disciplinare, norme di chiusura a formulazione generale riassuntive di ipotesi sostanzialmente uguali a quelle definite in maniera precisa (molte volte, sia consentito sottolinearlo, ciò dipende dal fatto che la casistica disciplinare non viene aggiornata nei rinnovi contrattuali ed è la stessa per diverse tornate contrattuali, non prevedendo specificatamente situazioni determinate dalla nuova organizzazione del lavoro). Anche qui, la Cassazione ha avuto un indirizzo non uniforme, pur se nell'ultimo periodo, e segnatamente nel corso del

2022, sembra essersi affermato il principio interpretativo più largo, nel rispetto delle parti sociali che hanno introdotto formule valutative abbastanza generali, talora accompagnate anche da aggettivi qualificativi della mancanza stessa (Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 2022, n. 11665).

La **Corte costituzionale** è, invece, intervenuta, con la **sentenza n. 59 del 1° aprile 2021**, sul secondo periodo del comma 7 dell'art. 18 Stat. lav. ove, in presenza di una **manifesta insussistenza del fatto contestato** il giudice poteva, in alternativa alla reintegra, applicare una sanzione di natura economica. La Consulta ha cassato la disposizione per irragionevolezza e mancanza di indicazione dei criteri per l'esercizio del potere alternativo di corresponsione di una indennità al posto della reintegra, ritenendo che nel caso di specie ci fosse una disparità rispetto alla casistica ove viene in risalto l'insussistenza del fatto contestato. La Corte costituzionale, con **sentenza n. 125 del 19 maggio 2022**, ha altresì **cancellato il riferimento al carattere manifesto dell'insussistenza del fatto a fini della reintegra**.

Occorre, peraltro, ricordare come il Legislatore, riformando l'**art. 7 della legge n. 604/1966**, abbia previsto il **tentativo obbligatorio di conciliazione** per i **licenziamenti per giustificato motivo oggettivo** per i datori di lavoro dimensionati oltre i quindici dipendenti, con un *iter* che parte dalla intenzione del datore di procedere nel recesso, abbastanza veloce e ben definito dalla circolare n. 3/2013 del Ministero del Lavoro, affidato alla **Commissione provinciale di conciliazione** istituita presso ogni Ispettorato del Lavoro, competente per territorio: in caso di raggiungimento di un accordo (presumibilmente, con incentivi per l'esodo) al lavoratore viene riconosciuta anche l'indennità NAsPI. Lo strumento, seppur avesse dato prova di una certa validità **non può essere utilizzato** nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo che riguardano i **lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015** in quanto il D.Lgs. n. 23/2015 ha previsto (art. 6), in sua sostituzione, per tutti i recessi il tentativo facoltativo di conciliazione, attivabile dal datore di lavoro entro i sessanta giorni successivi al licenziamento, che poco *appeal* ha avuto, da subito, e meno ancora dopo, allorquando l'indennità commisurata all'anzianità aziendale è aumentata per effetto della legge n. 96/2018, perché gli importi non sono stati aumentati, pur restando l'e-

Approfondimenti

senzione dall'Irpef per le sole mensilità riconosciute in quanto correlate all'unico criterio dell'anzianità aziendale.

D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23

Con il D.Lgs. n. 23/2015 Il Legislatore delegato ha proseguito nell'opera di revisione dell'art. 18 Stat. lav. scegliendo un'altra strada rispetto a quella seguita nel 2012: ai **lavoratori** (operai, quadri, impiegati ma **non dirigenti**) **assunti a partire dal 7 marzo del 2015**, a prescindere dai limiti dimensionali dell'impresa, in caso di **licenziamento illegittimo** per giusta causa, giustificato motivo oggettivo e giustificato motivo soggettivo si applica, al posto della reintegra, una **tutela risarcitoria** strettamente **correlata all'anzianità aziendale** già prefissata dalla norma. Il giudice non deve far altro che applicarla. Per la verità, sono sempre oggetto di reintegra (art. 2) con riconoscimento di una indennità risarcitoria correlata all'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del Tfr, i recessi discriminatori *ex art. 15* della legge n. 300/1970, nulli perché contrari ad una norma imperativa di legge, orali o con difetto di giustificazione relativo alla disabilità fisica o psichica del lavoratore, nonché (art. 3) quelli intimati per giustificato motivo soggettivo o giusta causa in cui sia stata dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato, rispetto al quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento. In quest'ultimo caso il Legislatore ha trasposto in una disposizione di legge una sentenza della Corte di Cassazione, la n. 23669 del 6 novembre 2014, i cui contenuti, sono stati, poi, disattesi da altre sentenze della stessa Corte (Cass. civ., sez. lav., 23 maggio 2019, n. 14054) e che, pure, aveva suscitato tra gli addetti ai lavori alcune perplessità. Come si vede la scelta perseguita è stata quella di prevedere un "costo certo" del licenziamento e, al contempo, di "condannare" ad accantonamento progressivo l'art. 18 che resta strettamente correlato ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 23/2015, nelle imprese dimensionate oltre le quindici unità o in quelle agricole con più di cinque dipendenti.

La riforma ha effetti anche sui **licenziamenti collettivi** con una differenziazione, in caso di licenziamento e conseguente impugnazione (ad esempio, per violazione dei criteri di scelta) tra

chi *i)* è stato **assunto prima del 7 marzo 2015** che, in caso di vittoria, ha diritto alla reintegra, alla indennità risarcitoria ed alla relativa contribuzione, con la possibilità di rinunciare al posto previo pagamento di ulteriori quindici mensilità, e chi *ii)* è stato **assunto a partire dalla suddetta data**, che ha diritto unicamente al pagamento di una indennità risarcitoria correlata all'anzianità aziendale (magari integrata dal giudice con altri criteri, secondo quanto previsto dalla Consulta), senza alcuna reintegrazione.

La **Corte costituzionale**, con la **sentenza n. 194 dell'8 novembre 2018** è intervenuta sulla materia affrontando diverse questioni, affermando che:

- è **legittimo** che il Legislatore preveda **due sistemi diversi in materia di licenziamenti individuali**;
- **non è legittimo** il criterio che riconosce, a fronte di un **licenziamento ingiustificato**, una **indennità correlata alla sola anzianità aziendale**.

È proprio su quest'ultimo punto che occorre soffermarsi: il **criterio dell'anzianità aziendale** originario (due mensilità all'anno partendo da una base di quattro fino ad un massimo di ventiquattro) era stato già innalzato dalla legge 9 agosto 2018, n. 96 di conversione del D.L. 12 luglio 2018, n. 87 (c.d. "*Decreto Dignità*") e portato a due mensilità all'anno partendo da una base di sei fino a trentasei (quello delle piccole imprese e delle organizzazioni di tendenza è, ora, come risulta dal computo previsto dall'art. 9, di tre mensilità, partendo dalla base di una, fino ad un massimo di sei). Secondo la Consulta **non** è assolutamente **sufficiente** in quanto non tiene conto che il recesso illegittimo dipende da una pluralità di fattori che il giudice deve considerare: il criterio dell'**anzianità aziendale**, seppur importante, può essere **integrato da altri criteri** già elencati nell'art. 8 della legge n. 604/1966 (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa, comportamento e condizioni delle parti).

L'intervento censorio della Corte che offre la possibilità al giudice di indicare (con motivazione) una misura risarcitoria tra sei e trentasei mensilità non strettamente correlata al criterio dell'anzianità aziendale.

Un altro intervento della **Corte costituzionale** sul D.Lgs. n. 23/2015 si è verificato con la **sentenza n 150 del 16 luglio 2020** ove, seguendo lo stesso metro di giudizio della sentenza n.

Approfondimenti

194/2018, è stata risolta la problematica della **indennità fissa** prevista dall'art. 4 in presenza di **vizi formali** (due mensilità all'anno, partendo da un minimo di sei fino ad un massimo di dodici). La Consulta ha sottolineato come la **sanzione** debba essere «**efficace**, atta a dissuadere il datore di lavoro dal violare le garanzie prescritte dalla legge».

Prescrizione dei crediti di lavoro

La Corte di Cassazione, con la recentissima **sentenza n. 26246 del 6 settembre 2022**⁽¹⁾, fornisce la risposta ad un problema, quello della prescrizione dei crediti del lavoratore ove, le certezze antecedenti, almeno per quel che concerne i lavoratori già tutelati dall'art. 18 della legge n. 300/1970, erano venute, progressivamente, meno, per effetto delle modifiche introdotte, a partire dal 18 luglio 2012, dalla legge n. 92/2012 e, successivamente, dal D.Lgs. n. 23/2015 sulle c.d. “*tutele crescenti*”. Una questione, pertanto “aperita” da un decennio.

Nel corso di questi anni, la giurisprudenza di merito aveva prospettato decisioni tra loro contraddittorie e la sentenza della Corte ha avuto, quanto meno, il pregio di fissare alcuni punti fermi.

Secondo l'**indirizzo prevalente** tutto quello che viene corrisposto dal datore con una periodicità annuale o infrannuale si **prescrive entro cinque anni** (art. 2946 c.c.): ci si riferisce, alle retribuzioni, alle differenze retributive, alle competenze correlate alla cessazione del rapporto di lavoro, al compenso per lavoro straordinario, alle festività coincidenti con la domenica. La **prescrizione decennale** opera, invece, in alcune rivendicazioni residuali come quelle derivanti dal riconoscimento del premio di invenzione o, comunque, da titoli autonomi rispetto alla retribuzione stipendiaria.

In passato, la Corte costituzionale, con la **decisione n. 63 del 10 giugno 1966**, aveva ritenuto che la prescrizione non potesse decorrere in costanza di rapporto di lavoro laddove il lavoratore si trovasse in una situazione di particolare subalternità materiale e psicologica (c.d. “*metus*”) e dove l’eventuale esercizio del diritto avrebbe potuto portare ad un licenziamento.

Successivamente, con altre due decisioni ma, soprattutto, con la seconda, la **n. 174 del 12 dicembre 1972**, la Consulta (era già in vigore la legge n. 300/1970) affermava che esistevano alcuni rapporti di lavoro dotati di stabilità reale e non obbligatoria, garantita dalla reintegrazione (art. 18), applicabile in tutti quei casi in cui il licenziamento era affetto da vizi. In questi casi, il differimento dei termini prescrizionali non era più giustificabile e, di conseguenza, esso poteva decorrere anche in costanza di rapporto.

Lungo tale solco interpretativo si sono mosse per anni sia la dottrina che la giurisprudenza e ciò è accaduto fino al **18 luglio 2012**, data di entrata in vigore della legge n. 92/2012, ma, da quel giorno, allorché fu stabilita, in diversi casi, l'erogazione di una indennità risarcitoria in luogo della reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo, la **stabilità del posto di lavoro** come **criterio identificativo** ai fini della **decorrenza della prescrizione**, è venuta meno.

La **mancanza** della tutela “reale” si è ampliata ancora di più a partire dal **7 marzo 2015** con il D.Lgs. n. 23/2015 ove l'art. 3 ha previsto l'**indennità risarcitoria** in caso di licenziamento illegittimo per giusta causa, giustificato motivo oggettivo e soggettivo, relegando la reintegrazione nel posto di lavoro, sostanzialmente, alle ipotesi del licenziamento disciplinare con motivazione insussistente, e nei casi gravi previsti dall'art. 2 (recesso in violazione di norme di legge, licenziamento discriminatorio o ritorsivo, licenziamento di portatore di handicap con difetto di giustificazione).

La Cassazione ha affermato che «il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della legge n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità».

La reintegrazione, quindi, pur in un quadro operativo ove sia la Cassazione che la Consulta, negli ultimi tempi, sembrano allargare le strade per la ricostituzione del rapporto di lavoro, ha assunto una caratteristica recessiva.

Ma, concretamente, cosa consegue da tale principio?

(1) Sulla prescrizione dei crediti retributivi alla cessazione del rapporto di lavoro, si vedano le annotazioni di A. Maresca,

Differimento della prescrizione dei crediti retributivi, in questo stesso numero.

Approfondimenti

Nei **rapporti di lavoro** tuttora in essere alla data odierna, sono prescritti soltanto gli eventuali crediti maturati prima del 18 luglio 2007 (cinque anni prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012) mentre per quelli, eventuali (coperti dalla prescrizione decennale) occorre andare indietro di ulteriori cinque anni. Ovviamente, le nuove modalità di calcolo del regime prescrizionale non si applicano, soltanto, a chi è, tuttora, dipendente ma anche a chi ha cessato il proprio rapporto nell'ultimo quinquennio.

Tutto questo, in prospettiva, potrebbe portare a controversie per crediti lontani nel tempo (quantomodo dal luglio 2007) con i dipendenti in forza, in situazioni ove, il datore potrebbe avere difficoltà a trovare prove ed elementi necessari per una eventuale difesa in sede giudiziale, avendo ben presente che la **prescrizione non decorrerà fino alla cessazione del contratto di lavoro e che maturerà nel quinquennio successivo**.

Di qui, la necessità per le aziende e per i professionisti che le assistono, di **conservare** nel tempo la **documentazione e di monitorare**, costantemente, la **regolarità** dei rapporti in essere.

Decreto Trasparenza: licenziamento ritorsivo

Con il **D.Lgs. 27 giugno 2022, n. 104** - che disciplina le «condizioni di lavoro trasparenti e prevedibili» in materia di lavoro e introduce nuovi obblighi informativi a carico del datore di lavoro e del committente - sono state inserite nel **Capo IV** le misure finalizzate alla tutela dei lavoratori. Tra queste una particolare importanza riveste l'**art. 14** rubricato «Protezione contro il licenziamento e contro il recesso del committente e onere della prova».

Il datore di lavoro ed il committente non possono recedere dal contratto in essere con lavoratori che abbiano esercitato i diritti previsti sia dal D.Lgs. n. 104/2022 che dal D.Lgs. n. 152/1997 come modificato dallo stesso Decreto Trasparenza. Il lavoratore può chiedere i motivi della estromissione dal lavoro ed il datore (o il committente) è tenuto a fornirli, per iscritto, entro i sette giorni successivi alla richiesta.

Prima di proseguire nel merito, appare opportuno fare una piccola considerazione: per tutti i lavoratori dipendenti l'**art. 2 della legge 15 luglio**

1966, n. 604 prevede che la comunicazione del **licenziamento** deve, in maniera contestuale, specificare le **motivazioni** (l'assenza delle stesse è vizio formale). Di conseguenza, la norma appena descritta sembra attagliarsi, essenzialmente, alle **collaborazioni coordinate e continuative** ed a quelle **occasionali** ove i lavoratori non hanno un rapporto di lavoro subordinato.

La fattispecie del **licenziamento ritorsivo** è ben presente nel nostro Ordinamento (art. 18 della legge n. 300/1970, art. 2 del D.Lgs. n. 23/2015) e dal 13 agosto 2022 anche gli **artt. 13 e 14 del D.Lgs. n. 104/2022** disciplinano la protezione del lavoratore rispetto a comportamenti ritorsivi del datore di lavoro e introducono previsioni finalizzate a tutelare il lavoratore da conseguenze sfavorevoli nonché dal licenziamento o dal recesso per aver invocato l'applicazione delle nuove norme.

Per la **giurisprudenza** il licenziamento ritorsivo è il sintomo di una reazione ingiusta ed arbitraria ad un comportamento legittimo del dipendente: l'**art. 14 del Decreto Trasparenza**, rispetto al quadro generale, presenta, però, una **novità** che è data dall'**inversione dell'onere della prova** che è, quindi, a **carico del datore di lavoro** (o del committente) il quale deve provare che il recesso non è determinato dal fatto che il lavoratore ha chiesto informazioni sul proprio rapporto di lavoro che sono previste e tutelate dalla legge.

Assistiamo, quindi, ad una inversione dell'onere probatorio, in quanto la Cassazione ha sempre sostenuto che è il lavoratore che deve fornire la prova, anche attraverso presunzioni e, inoltre, il motivo ritorsivo deve essere determinante ed esclusivo tale da far considerare insussistente, nel riscontro del giudizio, il motivo lecito che è stato, formalmente, adottato dal datore di lavoro. Questa diversa disciplina sul motivo ritorsivo apre uno scenario relativo all'ambito applicativo. Qui la parola, in caso di **contenzioso**, spetterà, innanzitutto, ai Giudici di merito che dovrebbero **limitare la procedura dell'art. 14 alla sola ipotesi** in cui il licenziamento o il recesso del committente siano stati determinati, unicamente, dalla **violazione dei diritti riconducibili ai Decreti legislativi n. 104/2022 e n. 152/1997** e non da altre ipotesi di ritorsione, ben più frequenti, nei posti di lavoro.