

# Lavoro Newsletter

N° 51 • Maggio 2017

## In questo numero



**Dalla tutela reale alle tutele crescenti: un percorso non privo di ostacoli**

*di Giuseppe Bulgarini d'Elci*



**Tutele crescenti e nullità del patto di prova: consegue la reintegrazione?**

*di Alessandra Fabbri*



**Da quando decorre la prescrizione in regime di tutele crescenti?**

*di Marco Sartori*



**La data di assunzione è dirimente rispetto al regime di tutela contro i licenziamenti illegittimi**

*di Roberta Cristaldi*



**Le nuove norme sui licenziamenti alla prova dei fatti: una sfida per accompagnare l'impresa a competere sul mercato**

*di Paolo De Bernardi*

NUMERO IN COLLABORAZIONE CON

 **CARNELUTTI** LAW FIRM

  
ASSOCIAZIONE ITALIANA PER  
LA DIREZIONE DEL PERSONALE  
Gruppo Regionale Lombardia

# DALLA TUTELA REALE ALLE TUTELE CRESCENTI: UN PERCORSO NON PRIVO DI OSTACOLI



di **Giuseppe Bulgarini d'Elci**  
Partner,  
Responsabile Dipartimento  
Diritto del Lavoro  
Carnelutti Studio Legale  
Associato

Il quadro normativo nel quale si muovono gli attori del mercato del lavoro è profondamente mutato nel corso degli ultimi anni ed è indubbio che uno dei centri nevralgici del cambiamento risieda nella rinnovata disciplina dei licenziamenti.

È retaggio di un passato che sembra lontano, ma in realtà data pochi anni, quello per cui nelle imprese con più di 15 dipendenti (nella singola unità produttiva) al licenziamento illegittimo conseguiva, sempre e comunque, in aggiunta al risarcimento del danno parametrato al numero dei mesi non lavorati, la reintegrazione nel posto di lavoro.

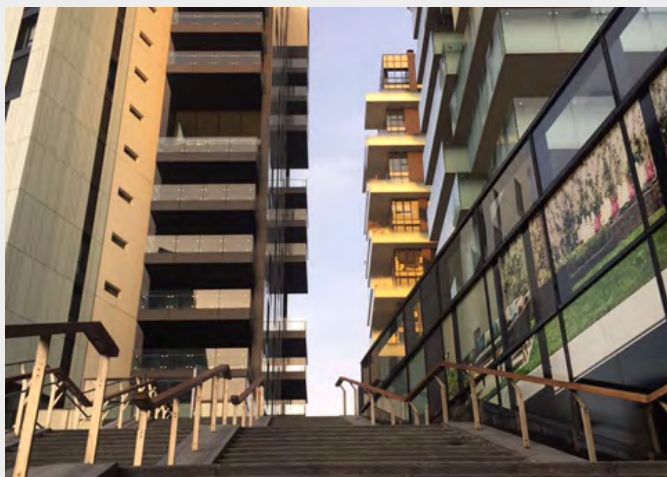
La Legge 28/6/2012 n. 92 ha apportato quelli che, sulla carta, potevano essere profondi cambiamenti all'art. 18 Stat. Lav., prevedendo una serie di ipotesi nelle quali, a fronte della invalidità del licenziamento, la misura sanzionatoria può avere unicamente contenuto indennitario, senza che si abbia contestuale ricostituzione del rapporto di lavoro. Nei licenziamenti di carattere oggettivo, in particolare, alla luce del riformulato art. 18 la reintegrazione è possibile solo in presenza di "manifesta insussistenza" delle ragioni aziendali invocate per giustificare il recesso datoriale. Allo stesso modo, per i licenziamenti di natura disciplinare la reintegrazione è prevista nei soli casi di "insussistenza del fatto contestato" o di addebito che, alla luce della disciplina contrattuale collettiva, è punibile con una sanzione conservativa.

Tutto ciò, sulla carta.

Sul piano operativo, la lettura della nuova disciplina è risultata meno chiara, in quanto si sono manifestate interpretazioni differenti sul concetto di insussistenza del "fatto" posto a base di un licenziamento. Ad una prima tesi, secondo cui si deve fare riferimento ad una nozione giuridica del fatto, che ricomprenda non solo la componente oggettiva dell'inadempimento, ma anche gli elementi soggettivi collegati alla condotta del lavoratore, si è contrapposta una tesi per la quale la verifica sulla sussistenza del fatto è limitata alla sua componente materiale, senza che si possa avere riguardo per elementi qualificatori che investono l'intenzionalità della condotta e la sua idoneità sul piano giuridico a giustificare la sanzione massima espulsiva.

La questione non è secondaria, perché la propensione per l'uno o l'altro indirizzo cambia radicalmente la prospettiva con la quale l'impresa si deve confrontare nel momento in cui, a fronte di condotte inadempienti, effettua un "assessment" preliminare sui rischi ricollegati all'esito negativo di un ipotetico contenzioso.

Tematiche non dissimili si sono riproposte con riferimento al giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Basti pensare alle diverse tesi sulla questione del *repechage*, ritenendosi da parte di un primo indirizzo che la possibilità di ricollocare *aliunde* il lavoratore nel contesto aziendale (allo scopo di evitare il licenziamen-



to) incide direttamente sull'insussistenza del fatto, laddove un orientamento di segno contrario esclude che nella nozione del "fatto" ricada l'avvenuta verifica sulla ricollocabilità del lavoratore.

In questo quadro di (relativa) incertezza si inserisce la normativa sul contratto di lavoro a tutele crescenti, introdotta con D.Lgs. 4/3/2015 n. 23, la quale ulteriormente riduce l'ambito di applicazione della tutela reale. La regola generale (fatte salve limitatissime eccezioni tipizzate dal decreto) è ora che alla invalidità del licenziamento consegua una mera tutela economica graduata in funzione dell'anzianità di servizio del lavoratore (2 mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo 4 e un massimo di 24).

La nuova disciplina sulle tutele crescenti, che indubbiamente rivoluziona il quadro normativo preesistente per tutti i nuovi assunti (dal 7.3.2015), può, tuttavia, complicare non poco la gestione degli esuberanti da parte delle imprese, rendendo necessario far coesistere il regime più severo dell'art. 18 (sia pure nella versione *light* post-Fornero) con le nuove disposizioni sulla sola tutela indennitaria legata all'anzianità di servizio. ●

## TUTELE CRESCENTI E NULLITÀ DEL PATTO DI PROVA: CONSEGUE LA REINTEGRAZIONE?



di **Alessandra Fabbri**  
Partner,  
Carnelutti Studio Legale  
Associato

L'individuazione del regime sanzionatorio applicabile al recesso intervenuto durante il periodo di prova rappresenta un tema controverso della disciplina del contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti.

Il D.Lgs. 4 marzo 2015 n. 23, che costituisce uno dei cardini centrali su cui si regge tutta la riforma del mercato del lavoro introdotta con il Jobs Act, ha previsto un apparato sanzionatorio essenzialmente basato su un meccanismo risarcitorio (c.d. *liability rule*) contrapposto ad un sistema di tutela reintegratoria (c.d. *property rule*) di carattere residuale.

Fatta eccezione per la categoria del licenziamento radicalmente nullo (ad es., discriminatorio o in costanza di matrimonio), al quale non si applicano tout court le tutele crescenti, la nuova normativa ha previsto il rimedio della reintegrazione in un'unica ipotesi eccezionale, nel caso in cui sia stata direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale alla base del licenziamento disciplinare.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, il licenziamento intimato per asserito esito negativo della prova sull'erroneo presupposto della validità della relativa clausola, non può iscriversi nell'eccezionale recesso ad *nutum* di cui all'art. 2096 c.c., bensì "consiste in un ordinario licenziamento soggetto alla verifica giudiziale della sussistenza o meno della giusta causa o giustificato motivo". Ne discende, pertanto, che il recesso intimato in presenza di un patto di prova affetto da nullità non può essere ritenuto, a propria volta, nullo, ma deve essere sottoposto alla disciplina ordinaria dei licenziamenti.

Partendo da tale premessa ermeneutica, i giudici di merito sono giunti a soluzioni contrapposte circa la tutela applicabile -tra quelle prescritte dagli articoli 2- 4 del D.lgs. n. 23/2015- ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015.



Da un lato, il Tribunale di Torino, tra gli altri, con sentenza del 16 settembre 2016 ha ritenuto che il recesso per mancato superamento del periodo di prova, con accertata nullità del patto, debba essere ricondotto all'ipotesi prevista dall'art. 3, comma 2, del D.lgs. 23/15 del "licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", in quanto, secondo un'interpretazione estensiva della norma, pur trattandosi di licenziamento *ad nutum* al di fuori delle ipotesi consentite e privo di giustificazione, deve essere ricondotto alla sfera soggettiva del lavoratore.

Di diverso avviso il Giudice del Lavoro di Milano che, con sentenza dell'8 aprile 2017, ha escluso l'applicabilità della tutela prevista per l'insussistenza del fatto materiale contestato, osservando come non sia condivisibile ricondurre nello schema del licenziamento disciplinare il recesso da un contratto di lavoro sottoposto ad un periodo di prova nullo e ritenendo, invece, applicabile il regime previsto dall'art.3, comma 1, del D.lgs. 23/2015.

L'incertezza che emerge dai contrapposti interventi della giurisprudenza di merito su un tema certamente non marginale come quello del licenziamento in periodo di prova costituisce l'ennesima riprova delle difficoltà applicative della nuova disciplina nelle quali si dibattono gli attori del mercato del lavoro. ●

---

## DA QUANDO DECORRE LA PRESCRIZIONE IN REGIME DI TUTELE CRESCENTI?



di Marco Sartori  
Of Counsel,  
Carnelutti Studio Legale  
Associato

**A**ffermare che un diritto si è estinto per "prescrizione" significa che è scaduto il tempo determinato dalla legge per esercitarlo.

Con la prescrizione, rimarcano autorevoli Autori, l'ordinamento giuridico «privilegia le ragioni di chi vuole essere libero da un vecchio obbligo rispetto a quelle del titolare inerte» (Iudica - Zatti).

Nei rapporti di lavoro - mentre è pacifico che, ai sensi dell'art. 2948 cod. civ., i diritti retributivi si prescrivono in 5 anni - merita approfondimento la questione del *dies a quo*, al fine di stabilire "da quando" deve ritenersi corretto, bilanciando equamente i confliggenti interessi delle parti, fare partire il *conto alla rovescia* del termine quinquennale.

Il tema è stato affrontato dall'angolo di visuale del lavoratore, partendo dalla sua prospettiva squisitamente interiore. Costui, come rilevato dalla Consulta, potrebbe essere costretto *suo malgrado* ad una forzata e non voluta inerzia, in ragione di «ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento» (Corte Costituzionale, n. 63/1966).

A livello interpretativo si è creato, dunque, un legame tra regime prescrizione e tutela applicabile in caso di licenziamento ingiustificato, contrapponendosi:

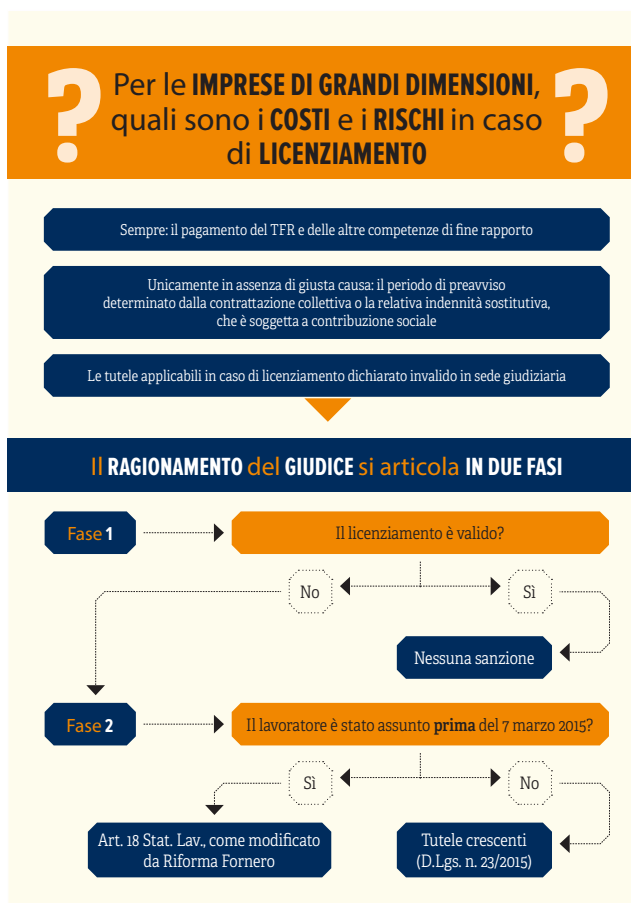
- i lavoratori di imprese di grandi dimensioni, cui il "vecchio" art. 18 della L. n.300/1970 aveva accordato il massimo rimedio della reintegrazione; e

- i lavoratori titolari della mera tutela indennitaria (c.d. obbligatoria), applicabile alle (piccole) imprese prive del requisito occupazionale richiesto dalla norma statutaria.

Mentre per questi ultimi la prescrizione decorre dalla *cessazione* del rapporto di lavoro, per i primi, invece, il calcolo parte *in costanza* di rapporto, sin dal momento della maturazione del diritto. Nel sancire tale principio, la giurisprudenza ha ritenuto che il beneficio della reintegrazione costituisca adeguato “contrappeso” al timore del lavoratore di subire il licenziamento, giustificandosi *unicamente* per i lavoratori in tutela obbligatoria il vantaggio connesso alla “posticipazione” della data di decorrenza quinquennale.

Oggi, rinnovatosi il quadro delle tutele fruibili in caso di licenziamento ingiustificato con l’entrata in vigore delle tutele crescenti (nel cui contesto la reintegrazione è stata esiliata a fattispecie marginali), è ragionevole attendersi il consolidamento di un orientamento che, sulla scorta dei medesimi principi fissati dalla Corte così come interpretati dalla giurisprudenza successiva, *sposti in avanti* (alla data di cessazione del rapporto) la decorrenza della prescrizione *anche* per i lavoratori di imprese di grandi dimensioni. Questa è stata la conclusione, del resto, già raggiunta dai Giudici di merito all’indomani della Riforma Fornero (Tribunale di Torino, 25 maggio 2016, est. Croci; Tribunale di Milano, 29.6.16, est. Di Leo), laddove la Legge n. 92/2012 aveva iniziato – riespanendosi i margini dei timori associati a far valere le proprie ragioni – una opera di “erosione” dell’ambito di applicazione della reintegrazione, con correlata diminuzione della stabilità del rapporto.

Evidenziando il meccanismo indennitario a formazione crescente che contraddistingue il D.Lgs. n. 23/2015, la Fondazione Studi Consulenti del Lavoro ha ipotizzato una suggestiva soluzione “a geometria variabile”, in cui «può immaginarsi, dunque, che la giurisprudenza (se non lo stesso legislatore) delinearà un regime di decorrenza invertito, dove al crescere delle tutele verrà legata la decorrenza della prescrizione» (Circolare n. 4/2015). ●



# LA DATA DI ASSUNZIONE È DIRIMENTEMENTO RISPETTO AL REGIME DI TUTELA CONTRO I LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI



di **Roberta Cristaldi**  
Senior Associate  
Carnelutti Studio Legale  
Associato

Il 7 marzo 2015, data a cui risale l'entrata in vigore del D.Lgs. 4.3.2015 n. 23 sul contratto di lavoro a tutele crescenti costituisce un autentico spartiacque per la gestione dei licenziamenti.

La nuova disciplina introdotta dal Jobs Act, come noto, confina la reintegrazione ad ipotesi assolutamente residuali, laddove il rimedio generale previsto a fronte di un recesso datoriale invalido consiste nel riconoscimento di un mero indennizzo risarcitorio in misura predeterminata e crescente in funzione dell'anzianità di servizio maturata dal lavoratore.

Completamente diversa è la regolamentazione a cui si deve fare riferimento per tutti i lavoratori assunti prima di tale data (salvo residuali eccezioni nei casi di conversione a tempo indeterminato dei rapporti a termine e di apprendistato e di imprese che, per effetto di assunzioni successive, superino il livello dimensionale minimo previsto per l'applicazione dell'art. 18 L. 300/1970), atteso che continua a dispiegare pienamente i propri effetti il regime sanzionatorio previsto per i licenziamenti illegittimi dalla disciplina statutaria post Riforma Fornero (L. 28.6.2012 n. 92).

Ne consegue che, a fronte della medesima riorganizzazione aziendale, che incide sulla posizione di due lavoratori - un "vecchio" e un "nuovo" assunto - il datore di lavoro deve, con riferimento al primo di essi, seguire la procedura preventiva di conciliazione ex art. 7 L. 604/1966, mentre procederà immediatamente alla comunicazione di licenziamento nei confronti del nuovo assunto, a cui non si estende la procedura di esame preventivo presso l'Ispettorato del Lavoro.

Allo stesso modo, differenti sono i parametri di riferimento a cui l'impresa dovrà rapportarsi nella gestione di un ipotetico tentativo di conciliazione, perché se il primo lavoratore potrà rivendicare un incentivo ricompreso nel perimetro di tutela dell'art. 18, il secondo lavoratore non avrà ragionevolmente margini di manovra, essendo la misura dell'indennità già preconstituita in misura fissa.

Per di più, mentre al lavoratore assunto a tutele crescenti potrà essere

presentata un'offerta di conciliazione, sia pure nei limiti prefissati dal D.Lgs. 23/2015, che prevede il riconoscimento di un importo esente da imposte e contributi, fatta salva l'ulteriore possibilità di incrementare la proposta economica con il metodo tradizionale, nel caso del lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015 tutte le somme riconosciute per l'abdicazione del diritto ad impugnare il licenziamento rimangono soggette ad apposito regime fiscale.

Analoghe considerazioni si ripropongono in presenza di un



processo collettivo di riduzione del personale, considerando che, ancora una volta, l'ambito normativo di riferimento per i lavoratori assunti prima e dopo il decreto sulle tutele crescenti è radicalmente diverso. La negoziazione con le oo.ss. si presenta inevitabilmente più complessa, se solo pensiamo alla possibilità di un accordo sindacale volto ad individuare gli esuberanti in forza del criterio alternativo della non opposizione dei dipendenti al licenziamento. La determinazione dell'incentivo che l'impresa si predispone ad offrire nell'ambito della negoziazione non potrà, infatti, non tenere conto del regime di tutela radicalmente diverso cui i lavoratori selezionati potranno ambire.

In tutti questi casi si determina un doppio binario di tutele a seconda della data in cui è avvenuta l'assunzione, che pone l'impresa nella condizione di doversi contemporaneamente confrontare con due meccanismi sanzionatori contro i licenziamenti illegittimi radicalmente differenti. ●

---

## LE NUOVE NORME SUI LICENZIAMENTI ALLA PROVA DEI FATTI: UNA SFIDA PER ACCOMPAGNARE L'IMPRESA A COMPETERE SUL MERCATO



di Paolo De Bernardi  
Direttore Generale  
La Lucente S.p.A.

**Q**uesto non è e non sarà un articolo sul licenziamento. Ma non scriverò di altro che di licenziamento. Non è una contraddizione.

O almeno non lo è troppo rispetto a quello che l'esperienza professionale quotidiana ci insegna.

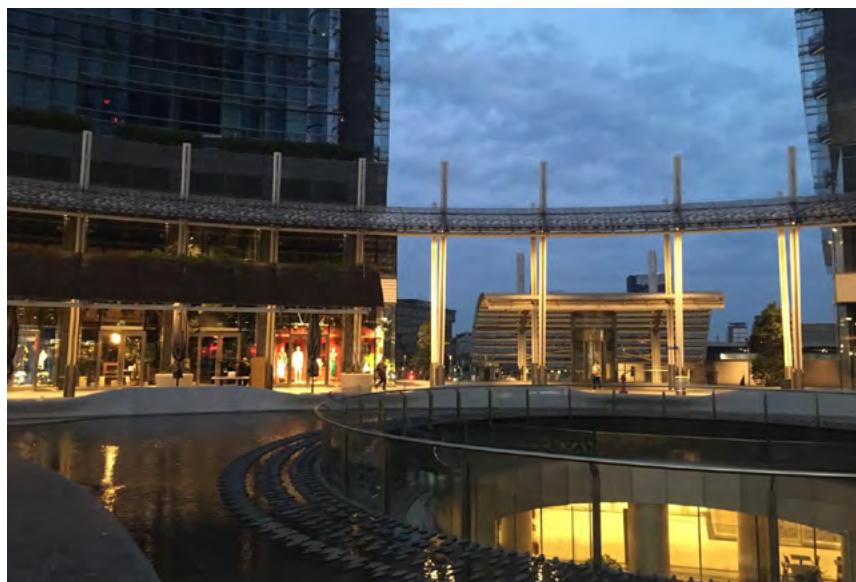
Dunque qui – lettore – non troverai l'ennesimo riassunto sulle diverse fattispecie che si sono andate stratificando a partire dallo Statuto, passando per le riforme che a partire dai primi anni '90, ci hanno condotto fino al Jobs Act.

Probabilmente – mi rivolgo ancora a te – nella migliore delle ipotesi, la norma ("il combinato disposto" come direbbe il mio simpatico avvocato. Merce rara anche quella: la simpatia, intendo), la conosciamo tutti più o meno bene ed in caso di amnesia o di carenza di conoscenze, soccorrerà l'ennesimo articolo riassuntivo, la tavola ragionata o qualsiasi altro apporto che potrai (potremo) leggere.

L'ultimo intervento rilevante sulla materia ha compiuto oramai due anni ed è forse il momento di un piccolo bilancio.

La prima cosa che posso affermare – anche parlando con tanti Colleghi ed un po' a tutte le latitudini del Paese – è che l'effetto catastrofe sui livelli occupazionali non si è verificato, come anche non mi è sembrato che poi i riflessi in tema di nuova occupazione abbiamo fatto gridare al miracolo gli osservatori... liberi di osservare.

Una cosa – forse fuori dal coro – posso però dire: mi sono fatto l'opinione che la vera conseguenza delle nuove norme sta nel fatto che "dobbiamo essere tutti più bravi" nel fare ognuno il proprio lavoro.



Alcuni anni fa, un nostro Collega, quando ancora non si parlava di ripresa o di ripresina mi diceva che lui, in fondo, era contento della crisi perché – sosteneva – questa obbliga tutti a dare in ogni aspetto del proprio lavoro qualcosa in più, per crescere, migliorare o anche solo per “stare a galla”.

Quel collega poteva non avere tutti i torti: è dalle difficoltà e (lasciatemelo dire) dalle sconfitte che s’impara davvero, mentre vincere – almeno di regola – lascia tutti un po’ più tranquilli e quindi... pigri.

Questa crisi e questo rincorrersi delle norme sul licenziamento,

oggettivo, giusta causa, soggettivo, reintegra, non reintegra – dite la verità – è faticoso, ci impegna ma sono anche sicuro che la necessità di districarsi in questa piccola giungla di regole ci ha migliorato tutti professionalmente.

Chi – come me – opera nel mondo delle aziende “labour intensive” ha dovuto imparare sulla propria pelle l’estrema difficoltà di districarsi in un ambiente “infido” (vi è mai capitato di spiegare al vostro CdA che il ricorrente che aveva proposto un’impugnazione di un licenziamento ed aveva ottenuto la reintegra aveva poi scelto l’opzione delle 15 mensilità?).

Ho ragionato sull’aggettivo “infido” e mi viene da pensare, alla luce dell’esempio che ho fatto, che forse il termine più appropriato sarebbe “pericoloso”.

Oggi sappiamo che quella conseguenza può non essere all’ordine del giorno, ma questo non significa che il nostro lavoro sia più facile, come non è vero che adesso il rapporto di lavoro è a “libera recedibilità” (nel senso di gratuità) e che l’attività di gestione delle risorse umane sia un’attività da condurre a cuor leggero.

Lo affermavo prima: dobbiamo tutti diventare “un po’ più bravi di prima”.

La riforma ha, in qualche modo, “ribilanciato” i rapporti di “forza” e definito qualche punto cardinale. I possibili effetti collaterali, (economici, etici, psicologici, ...) rimangono, ma è forse possibile guidarli. A due anni di distanza, avendo fatto un po’ di pratica... e sempre sperando in una “certezza del diritto”... abbiamo più opportunità per governare l’assetto dell’impresa in ragione del mercato. ●

## Informazioni utili

**Andrea Orlandini**  
Presidente AIDP Gruppo Regionale  
Lombardia

**Enrico Cazzulani**  
Past President AIDP Gruppo Regionale  
Lombardia

**Domenico Butera**  
Vicepresidente AIDP Gruppo  
Regionale Lombardia

**Paolo Iacchi**  
Vicepresidente AIDP  
e Responsabile Editoria

## Autori del numero

**Giuseppe Bulgarini d’Elci**  
Carnelutti Studio Legale Associato

**Roberta Cristaldi**  
Carnelutti Studio Legale Associato

**Paolo De Bernardi**  
La Lucente S.p.A.

**Alessandra Fabbri**  
Carnelutti Studio Legale Associato

**Marco Sartori**  
Carnelutti Studio Legale Associato

## Newsletter

**Contatti**  
Via Cornalia, 26 - 20124 Milano  
Tel. + 39 02.67178384  
Fax. + 39 02.66719181  
aidplombardia@aidp.it

A cura di  
**Paola De Gori**

Coordinamento redazionale  
**Daniela Tronconi**

Per iscrizioni  
[newsletter.aidplombardia@aidp.it](mailto:newsletter.aidplombardia@aidp.it)

Grafica e Impaginazione  
HHD - Kreita.com