



**MARCO CAPECE**

**IL LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO  
NEL CONTRATTO DI LAVORO A TUTELE CRESCENTI**

SOMMARIO: 1. Il nuovo regime di tutela introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 - 2. Il licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace - 3. Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo - 4. Il licenziamento disciplinare - 5. Il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali - 5. Il tentativo di conciliazione.

1. La legge delega n. 183 del 10 dicembre 2014 e il d.lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 hanno fortemente innovato i presupposti e i requisiti necessari per addivenire al recesso datoriale, con l'intenzione, esplicitata già nella norma di apertura della legge delega, di favorire l'instaurazione di rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con la garanzia di tutele crescenti in funzione del rapporto intercorso tra le parti<sup>1</sup>.

Tale finalità è perseguita sia semplificando le condizioni di legittimità per l'instaurazione dei rapporti di lavoro e le sanzioni conseguenti alla loro violazione, sia delineando in maniera del tutto chiara le regole in materia di licenziamento, al fine di consentirne un'interpretazione e applicazione univoca, sia graduando le misure di tutela del lavoratore in modo crescente e senza discontinuità, in funzione della durata del rapporto tra le parti.

Inoltre, con il d.lgs. n. 23/2015, si incentiva la conciliazione di eventuali controversie tra le parti, stabilendo specifici sgravi contributivi e fiscali e, contestualmente, una soluzione

---

<sup>1</sup> La norma autorizza la “previsione, 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 per l’impugnazione del licenziamento”.



economica fondata su un meccanismo di predeterminazione legale dell'importo conciliativo e sulla sua immediata disponibilità da parte del lavoratore<sup>2</sup>.

La legge delega stabilisce un nuovo regime giuridico per i licenziamenti escludendo la reintegra nel caso di illegittimità del recesso datoriale per motivi economici, ossia per giustificato motivo oggettivo, per il quale è previsto solo l'obbligo di versare un'indennità economica proporzionata all'anzianità di servizio del lavoratore.

La tutela reintegratoria viene riservata, invece, alle ipotesi di licenziamenti nulli e discriminatori<sup>3</sup> o a specifiche ipotesi di licenziamento disciplinare<sup>4</sup>.

Tale nuova disciplina riguarda esclusivamente i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo adottato in attuazione della legge delega in commento<sup>5</sup>, mentre per i lavoratori assunti precedentemente continuerà a trovare applicazione il regime previsto dall'art. 18 della legge 300/1970, come modificato dalla legge 28.06.2012, n. 92<sup>6</sup>. Da ciò potrà evidentemente derivare la coesistenza, nell'ambito della stessa unità produttiva, di due differenti regimi di tutela, con la possibilità, non del tutto remota, che in presenza di più licenziamenti fondati sulla medesima determinazione datoriale, la tutela invocabile da ciascuno dei lavoratori interessati varierà a seconda delle rispettive date di assunzione.

La coesistenza delle due discipline non si verificherà, invece, qualora la consistenza occupazionale dell'impresa sia divenuta superiore alle quindici unità per effetto di assunzioni effettuate dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 23/2015. L'art. 1, comma 3, prevede infatti che in questo caso le nuove norme trovino applicazione anche nei confronti dei lavoratori assunti precedentemente l'entrata in vigore del decreto.

Si tratta chiaramente di una norma di carattere premiale, tesa ad incentivare le imprese all'assunzione di nuovi dipendenti con la prospettiva del beneficio, una volta raggiunta la soglia richiesta, di poter usufruire della disciplina dei licenziamenti più favorevole.

---

<sup>2</sup> Cfr. §5.

<sup>3</sup> Si tratta del lavoratore licenziato oralmente o per ragioni discriminatorie. Per un approfondimento si veda §2.

<sup>4</sup> L'ipotesi di licenziamento disciplinare, cui si fa riferimento nel testo, è quella relativa a una condotta inesistente nella sua materialità fattuale. Cfr. §4.

<sup>5</sup> Si tratta, come anticipato in apertura al testo, del d. lgs. n. 23/2015, entrato in vigore il 7 marzo 2015.

<sup>6</sup> C.d. riforma Fornero.



Il nuovo regime si applicherà, inoltre, anche nelle ipotesi di conversione, sempre successiva all'entrata in vigore del provvedimento<sup>7</sup>, di contratti a tempo determinato o di apprendistato in contratti a tempo indeterminato.

È dubbio se la norma operi solo con riferimento alle trasformazioni volontariamente operate dal datore di lavoro o, invece, anche per quelle giudiziali. A sostegno di tale seconda opzione milita l'utilizzo da parte del legislatore del 2015 del termine "conversione", cioè un effetto tradizionalmente conseguente a decisione giudiziale, in continuità terminologica con l'art. 32 della L. n. 183/2010<sup>8</sup>.

Tale regime, applicabile anche al contratto di apprendistato, nonché ai casi di somministrazione irregolare a termine, non può essere esteso all'ipotesi in cui venga dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato da epoca precedente l'entrata in vigore del decreto, quale effetto dell'illegittima instaurazione di un lavoro subordinato in nero, trattandosi di fattispecie del tutto diversa, per la quale rileva la data di costituzione del rapporto, accertata dalla sentenza. Altrettanto deve ritenersi per la fattispecie dell'illegittima instaurazione di un rapporto parasubordinato a termine in assenza di un progetto o di un valido progetto, situazione nella quale il rapporto si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato ai sensi del comma 1 dell'art. 69 del d.lgs. n. 276/2003<sup>9</sup>.

Garantiscono ancora la conservazione del previgente regime giuridico il trasferimento di azienda e la cessione del contratto di lavoro, ancorché avvenuti nel vigore della nuova disciplina.

Sotto il profilo soggettivo le nuove norme non troveranno applicazione ai dirigenti, i quali, quindi, continueranno a beneficiare del sistema individuato dai primi tre commi dell'art. 18 Stat. Lav., mentre per quanto riguarda i pubblici dipendenti, la mancata formalizzazione della esclusione, ne fa presumere il coinvolgimento<sup>10</sup>. A sostegno

---

<sup>7</sup> Art. 1, comma 2, d.lgs. n. 23/2015. Ovviamente, il nuovo regime si applica anche al prestatore che cambia lavoro, a meno che non venga formalizzato nel nuovo contratto il diritto alla conservazione del regime previgente.

<sup>8</sup> Si veda l'art. 1, comma 2, d. lgs. n. 23/2015.

<sup>9</sup> Corte Cost., 5.12.2008, n. 339, in *Giust. pen.*, 2008, I, 321.

<sup>10</sup> Tale soluzione è fondata sull'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, come già accaduto con riferimento al regime sanzionatorio dell'art. 18 st. lav. introdotto dalla L. n. 92/12.



dell'inapplicabilità, tuttavia, milita l'estraneità al pubblico impiego delle tre categorie richiamate e la specialità della disciplina dettata dal d.lgs. n. 165/2001, evidente per i licenziamenti dovuti a ragioni economiche.

Dal campo di applicazione del provvedimento sono poi esclusi i rapporti speciali di lavoro, per i quali vige un peculiare regime di tutela, come accade per i lavoratori domestici e per gli sportivi professionisti.

Nessun problema sorge, invece, per i contratti di arruolamento del personale nautico ed aeronautico, la cui classificazione è dettata dal codice della navigazione, i quali sottostanno alla nuova disciplina purché siano qualificabili come rapporti di lavoro a tempo indeterminato, come accadeva nel regime previgente<sup>11</sup>. Infine, per gli apprendisti la previsione dell'art. 2, comma 1, lett. L, d.lgs. n. 167/2011, secondo cui il recesso intimato nel corso del periodo di formazione è soggetto alle limitazioni poste dalle leggi sui licenziamenti, consente l'applicazione della nuova normativa.

2. La riforma in esame, se appare effettivamente innovativa per quanto attiene alle ipotesi di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo, non risulta tale con riguardo al licenziamento discriminatorio, nullo e inefficace, cui continuerà ad applicarsi la legge Fornero, come confermato dall'art. 2 del decreto in commento<sup>12</sup>.

Risulteranno, dunque, pienamente valide ed efficaci le regole previgenti, in punto di reintegrazione, risarcimento del danno, obblighi contributivi, mancato rientro in servizio, esercizio dell'opzione per l'indennità sostitutiva, campo di applicazione illimitato delle richiamate regole<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> In questi termini Cass. civ., sez. lav., 11.04.2005, n. 7368, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, 25.

<sup>12</sup> L'art. 2 in commento, formalmente meno ridondante rispetto alle disposizioni di modifica dell'art. 18, st. lav. contenute nella legge Fornero, parla solo di "licenziamento discriminatorio a norma dell'art. 15 della L. 20 maggio 1970 n. 300" e di quello "ricongiungibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge", ipotesi, quest'ultima, alla quale vanno ricondotte le fattispecie elencate nell'altro testo, eccezion fatta per il motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. e per la frode alla legge.

<sup>13</sup> La legge delega non contiene un espresso riferimento al licenziamento inefficace, che, nondimeno, rientra tra i licenziamenti nulli: inefficace è il licenziamento nullo per vizio di forma.



Il regime sanzionatorio in esame si applica, anche, a peculiari fattispecie di licenziamento illegittimo, cioè al licenziamento intimato al lavoratore che abbia perduto l'idoneità psicofisica al lavoro<sup>14</sup>; al lavoratore che, divenuto inabile a causa dell'inadempimento datoriale alle norme in materia di sicurezza e igiene del lavoro, accertato in sede giurisdizionale, sia stato licenziato nonostante potesse essere adibito a mansioni equivalenti o, in mancanza, a mansioni inferiori (art. 4, comma 4, L. 12 marzo 1999, n. 68); all'avviato d'obbligo che abbia visto peggiorare le sue condizioni di salute e sia stato licenziato in contrasto con la disciplina dettata dall'art. 10, comma 3, della L. n. 68/1999.

Stante l'espressa previsione delle ipotesi cui inerisce la nuova disciplina, se ne ricava, a contrario, che a tutte le altre ipotesi di licenziamento adottato per esigenze tecniche e/o organizzative legate alla persona del lavoratore, ma al medesimo non ascrivibili a titolo di colpa (superamento del comporta, carcerazione, ritiro del tesserino aeroportuale, revoca del porto d'armi, ecc.), si applica, in ipotesi di accertata illegittimità del recesso, la tutela indennitaria, ai sensi dell'art. 3, comma 1, del decreto<sup>15</sup>. Secondo la relazione governativa, la stessa regola vige per il licenziamento illegittimo per ragioni connesse al patto di prova o al

---

<sup>14</sup> Il riferimento alla disabilità fisica o psichica sembra richiamare la condizioni di disabilità indicate dall'art. 1 della L. n. 68/1999, accertate da specifica commissione medica. In realtà, esso deve intendersi utilizzato come sinonimo di inidoneità, onde va riferito anche al licenziamento motivato per la sopravvenuta, generica disabilità al lavoro. D'altra parte, il richiamo alla L. n. 68/1999 non è esclusivo.

<sup>15</sup> La conclusione non è affatto scontata per il licenziamento per superamento del periodo di comporta, emerso come illegittimo. Infatti, per giurisprudenza consolidata da un lato le assenze per malattia non concretano giustificato motivo oggettivo di recesso, dall'altro la disciplina posta dall'art. 2110 c.c., per il suo carattere speciale, prevale su quella generale che regola quest'ultimo, a tacere della rilevanza costituzionale della tutela della salute. Pertanto, in tale ottica il recesso posto in essere in violazione della norma è nullo, e dà luogo, non trattandosi di nullità testuale, all'applicazione del regime di nullità di diritto comune di cui all'art. 1418 c.c.: il rapporto deve considerarsi mai interrotto, per l'inidoneità del licenziamento ed estinguerlo, e deve essere ripristinato, con diritto del dipendente al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c., normalmente pari alle retribuzioni non percepite sino alla riassunzione o all'intervento di un valido atto estintivo del rapporto, nonché al versamento dei contributi. Più ardua è, invece, la riconduzione della malattia nell'ambito di applicazione della disabilità fisica e psichica, in ragione della conclamata differenza che sussiste tra le due situazioni, che danno luogo a distinte causali di recesso.



raggiungimento del limite di età, in quanto fattispecie riconducibili al giustificato motivo oggettivo.<sup>16</sup>

3. Di notevole portata è la disciplina relativa alle ipotesi di licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo, soggettivo e oggettivo.

Infatti, per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo la sanzione copre tutti i possibili vizi, compresa l'ipotesi dell'insussistenza della ragione giustificatrice addotta o della mancanza del nesso causale tra la ragione oggettiva e il posto soppresso.

Il comma 1 dell'art. 3 prevede quale regola generale – applicabile a tutte le fattispecie di recesso, che non siano da ricondurre ad una delle ipotesi previste dall'art. 2, comma 1 (licenziamento discriminatorio, nullo, verbale) e dall'art. 3, comma 2 (insussistenza del fatto materiale, limitatamente al licenziamento disciplinare) – che nei casi in cui venga accertato in giudizio che “non ricorrono gli estremi” del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, sia soggettivo che oggettivo, il giudice “dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e “condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità”. Dunque, l'illegittimità del licenziamento comporta comunque l'estinzione del rapporto e assicura al prestatore solo l'indennità risarcitoria, il cui importo ammonta a quattro mensilità fino al termine del secondo anno di servizio, per poi crescere di due mensilità di anno in anno, fino al dodicesimo<sup>17</sup>. Il computo e la misura dell'indennità per frazioni di mese e di anno sono precisati dall'art. 8: le frazioni di mese uguali o superiori a

---

<sup>16</sup> In senso opposto può ipotizzarsi la sanzione della nullità di diritto comune, già richiamata, per le fattispecie non riconducibili alla giusta causa e al giustificato motivo, sempre che la violazione fatta valere comporti nullità.

<sup>17</sup> Secondo la relazione governativa, la misura dell'indennità costituisce il giusto equilibrio tra la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo e la sostenibilità dei costi attesi per l'impresa, tale da non pregiudicare la propensione all'assunzione con contratto a tempo indeterminato.



15 giorni equivalgono ad un mese intero, mentre le frazioni di anno rilevano in proporzione<sup>18</sup>.

Infine, il comma 4 dell'art. 3 esclude che l'intimazione del licenziamento per ragioni oggettive debba essere preceduta dal tentativo di conciliazione, regolato dall'art. 7 della L. n. 604/1966.

4. Il nuovo regime, frutto della riforma, trova il suo campo tipico di applicazione nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, prevedendo in tale ipotesi la tutela reintegratoria soltanto in caso di insussistenza del fatto materiale contestato<sup>19</sup> al lavoratore e, di fatto, privando il giudice della possibilità di valutare la sproporzione del licenziamento rispetto all'addebito contestato.

Risulta evidente come il legislatore abbia preso posizione in ordine alla distinzione, molto dibattuta in dottrina e giurisprudenza, tra l'insussistenza del fatto contestato (che consentiva ante riforma la reintegra ex art. 18, comma 4, Stat. Lav.) e l'assenza di giusta causa o giustificato motivo (che dava luogo alla sola tutela indennitaria ex art. 18, comma 5, Stat. Lav.).

---

<sup>18</sup> In sostanza, per i primi 2 anni sono comunque dovute 4 mensilità; a partire dal compimento del 12° anno è dovuta un'indennità di 24 mensilità; dall'ingresso nel 3° anno di servizio l'indennità cresce in misura proporzionata ai singoli mesi o alle frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni, in modo tale che ogni mese o frazione di almeno 15 giorni comporta la maturazione di 2/12 di una mensilità di retribuzione, sino ad arrivare alle 2 mensilità piene al compimento dell'anno di anzianità. La norma non regola l'ipotesi delle frazioni inferiori ai 15 giorni, verosimilmente da computare in proporzione, a meno che non voglia desumersi a contrario l'incompatibilità.

<sup>19</sup> Il fatto materiale contestato deve consistere in un inadempimento imputabile nel senso che il comportamento ascritto deve essere lesivo di un obbligo contrattuale, esigibile all'interno del rapporto di lavoro, non scriminato a norma di legge: la mancanza di imputabilità, di antiggiuridicità, di volontarietà e di rilevanza disciplinare della condotta non consentono di ritenere insussistente il fatto materiale. In particolare, Cass. civ., sez. lav., 29.12.2014, n. 27424, in *Riv. Giur. Lav.*, 2015, II, 266, ha precisato che, poiché la norma parla di fatto materiale "contestato", quindi comprensivo anche di altri elementi non materiali, rilevano nella valutazione anche il fatto che il comportamento ascritto non abbia rilevanza disciplinare, non sia imputabile al lavoratore, sia privo di antiggiuridicità in quanto giustificato, non sia assistito dalla volontarietà della condotta. In tale ottica si è evidenziato che il "fatto" cui si riferisce la disposizione deve essere un comportamento qualificabile come inadempimento e comunque idoneo, per sua natura e in astratto ad incidere irrimediabilmente sulla frazionabilità del rapporto; conseguentemente esso è "insussistente" non solo quando non si è verificato nella realtà fenomenica, ma anche quando, pur verificatosi non sia imputabile al lavoratore ex art. 1218 c.c. ovvero non appartenga alla categoria degli inadempimenti o dei fatti che, astrattamente considerati, possono incidere sullo svolgimento del rapporto.



Il d. lgs. 23/2015, in sostanza, consente la reintegra da parte del giudice soltanto quando, all'esito dell'istruttoria svolta, emerga che la parte datoriale abbia contestato un fatto che nella realtà non si sia mai verificato o, seppur esistente, non sia stato commesso dal lavoratore.

Altra ipotesi di applicazione della sanzione indennitaria ricorre quando l'addebito risulti provato solo in parte.

Il comma 2 dell'art. 3, in particolare, conferma la previgente regolamentazione in punto di reintegrazione attenuata<sup>20</sup>, esclusivamente per l'ipotesi in cui "sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore", con la duplice precisazione che, nell'accertamento, assume rilievo solo "il fatto materiale", quindi l'azione o l'omissione, il nesso causale e l'evento, e "resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento"<sup>21</sup>.

La norma lascia sussistere dubbi su quale sia il soggetto gravato dall'onere della prova della insussistenza del fatto materiale. Secondo un'opzione interpretativa, la formalizzazione della necessità dell'acquisizione processuale "diretta" della prova in discorso implica che l'onere della prova negativa dell'insussistenza dell'addebito gravi sul lavoratore<sup>22</sup> e, di

---

<sup>20</sup> Quindi, 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 percipiendum*, possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Il riferimento, in tema di *aliunde percipiendum*, al rifiuto di una proposta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. C), del d.lgs. 21.04.2000, n. 181 sembra volere circoscrivere la relativa indagine. Manca la regolamentazione sanzionatoria sotto il profilo contributivo.

<sup>21</sup> In tal modo il legislatore tronca – e, verosimilmente, definitivamente orienta – il dibattito sulla precedente formula introdotta dalla Legge Fornero, che, richiamando solo "l'insussistenza del fatto contestato", ha diviso dottrina e giurisprudenza in punto di rilevanza del solo fatto materiale o, invece, del fatto giuridico, implicante, quest'ultimo, l'attrazione del licenziamento non proporzionato nella tutela reintegratoria e non solo indennitaria. Secondo la relazione governativa, si tratta di un principio cardine del sistema introdotto dal decreto, che ha la finalità di rafforzare la certezza del diritto e la prevedibilità dell'esito del giudizio

<sup>22</sup> Quindi della falsità dell'addebito, della sua riferibilità a terzi, della ricorrenza di ragioni giuridicamente esimenti. Secondo Cass. civ., sez. III, 13.06.2013, n. 14854, in *Foro it.*, 2013, I, 466, "L'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo". Negli stessi termini, Cass. civ., sez. lav., 13.11.2004, n. 23229, in *Foro it.*, 2006, I, 3122.





conseguenza, il disposto dell'art. 5 della Legge del 1966<sup>23</sup> trovi ordinaria applicazione esclusivamente con riferimento alla previsione generale del comma 1 dell'art. 3 del decreto.

Secondo un diffuso orientamento, l'onere della prova permane a carico del datore di lavoro, posto che il fatto materiale costituisce una componente della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo.

In effetti, non è revocabile in dubbio che la reintegra debba essere ordinata anche quando, all'esito dell'istruttoria e/o del dibattito processuale, comunque emerga in giudizio la prova dell'inesistenza del fatto materiale, per esempio, alla stregua delle dichiarazioni dei testi o di altre emergenze processuali<sup>24</sup>. Infatti, come nel previgente sistema, ciò che rileva è il dato oggettivo delle risultanze istruttorie, da qualsiasi parte introdotte ed indipendentemente dal meccanismo processuale che le abbia generate<sup>25</sup>. Ne scaturisce, allora, un sistema nel quale il datore di lavoro è comunque tenuto a dare la prova che il fatto è accaduto ed è riferibile al lavoratore: infatti, in mancanza di essa, il giudice del lavoro non può che ritenere il fatto contestato non sussistente e di certo non può affermare che del fatto manca la prova sufficiente o attribuire rilievo alle ragioni dell'esito istruttorio<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> La puntualizzazione esplicita una regola scaturente dalla norma sostanziale posta dall'art. 1, L. n. 604/1966, che consente il licenziamento solo per giusta causa o giustificato motivo, sicché la ricorrenza della causale giustificatrice costituisce il fatto costitutivo dell'atto adottato, quindi dell'esercizio legittimo del potere di licenziamento.

<sup>24</sup> Cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Padova, 2015, 531.

<sup>25</sup> Vige nell'ordinamento il principio di acquisizione probatoria, in base al quale le risultanze istruttorie, comunque ottenute e quale che sia la parte ad iniziativa o ad istanza della quale si sono formate, concorrono tutte, indistintamente, alla formazione del convincimento del giudice, senza che la diversa provenienza possa condizionare tale formazione in un senso o nell'altro, cosicché il principio relativo all'onere della prova, di cui all'art. 2697 c.c., non implica affatto che la dimostrazione dei fatti costitutivi del diritto preteso debba ricavarsi esclusivamente dalle prove offerte da colui che è gravato del relativo onere, senza possibilità di utilizzare altri elementi probatori acquisiti al processo (Cass. civ., sez. lav., 16.01.2014, n. 797, in *Foro it.*, 2014, I, 471).

<sup>26</sup> In linea generale, l'onere della prova deve essere ripartito, oltre che secondo la descrizione legislativa della fattispecie sostanziale controversa con l'indicazione dei fatti costitutivi e di quelli estintivi o impeditivi del diritto, anche secondo il principio della riferibilità, vicinanza o disponibilità del mezzo. Il principio è riconducibile all'art. 24 Cost., che connette al diritto di azione in giudizio il divieto di interpretare la legge in modo da renderne impossibile o troppo difficile l'esercizio (Corte cost., 21.4.2000, n. 114, in *Foro it.*, 2000, I, 740), sicché, in difetto di un'espressa indicazione normativa, è gravata della prova, eventualmente anche negativa, la parte che ha la conoscenza del fatto oggetto di prova (Cass. civ., sez. lav., 25.07.2008, n. 20484, in *Foro It.*, 2008, I, 18 e Cassazione civ., SS. UU., 10.01.2006, n. 141, in *Foro It.*, 2006, I, 704).



Innovativo è l’inserimento nel testo dell’avverbio “direttamente”, formalizzato per evidenziare la necessità, perché possa essere ordinata la reintegrazione, che emerga in giudizio la prova della insussistenza del fatto materiale, prova che deve essere diretta, quindi piena, e che non è acquisibile sulla base della prova indiretta, cioè di indizi e presunzioni<sup>27</sup>, nonché per attrarre nella tutela indennitaria le fattispecie nelle quali il fatto sia provato solo in parte<sup>28</sup>. Tale circostanza, qualora si aderisse all’orientamento che ritiene sussistente l’onere della prova in capo al lavoratore, finirebbe per indebolire notevolmente la posizione di quest’ultimo.

Il legislatore non ha riproposto la seconda delle due ipotesi alla cui ricorrenza la Legge Fornero, parimenti, ricollegava la tutela reintegratoria attenuata, cioè quella del fatto che “rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”, ipotesi anch’essa fonte di non minori dispute interpretative. In ogni caso, l’art. 12 della L. 604/1966 fa salve le disposizioni dei contratti collettivi che contengano, in materia di licenziamenti individuali, condizioni più favorevoli ai prestatori di lavoro, in maniera tale che si possa evitare di irrogare il licenziamento qualora il contratto ricollegli ad una determinata condotta una sanzione conservativa.

In tal contesto, la reintegrazione, anche al cospetto di un licenziamento disciplinare, diviene un’ipotesi eccezionale, essendo inverosimile che il datore di lavoro contesti al

---

<sup>27</sup> Nel vigente ordinamento, fondato sul principio del libero convincimento del giudice, non esiste una gerarchia di efficacia delle prove, per cui i risultati di talune di esse debbano necessariamente prevalere nei confronti di altri dati probatori o trovare ulteriore riscontro, essendo rimessa la valutazione delle prove al prudente apprezzamento del giudice; è conseguentemente conclamata la pari dignità della prova indiziaria rispetto a quella testimoniale o documentale (Cassazione civ., SS.UU., 11.11.2008, n. 26972, in *Guida al dir.*, 2008, XLVII, 18). Dunque il legislatore ha introdotto una deviazione rispetto alla regola generale, la quale però pone problemi di costituzionalità, con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 35 Cost.

<sup>28</sup> In generale è diretta la prova che offre alla percezione del giudice il fatto da provare, per esempio il bene danneggiato oggetto della contestazione disciplinare, sia quella che dà al giudice un’adeguata rappresentazione del fatto stesso, per es. un documento, una fotografia, la testimonianza di colui che è a conoscenza del fatto. Per contro, la prova indiretta ha per oggetto un fatto diverso, cioè un indizio, dal quale può essere arguito logicamente il fatto rilevante per il giudizio. In sostanza, l’innovativa previsione si riferisce alla tipologia di prova, con riflessi sul soggetto che deve introdurla.



dipendente un fatto insussistente o concernente condotte che non incidono sulla fiducia che è alla base del rapporto di lavoro.

Di fatto, il giudice applica ai nuovi rapporti di lavoro la reintegrazione attenuata solo quando accerta che l'addebito contestato sia inesistente; non vi sia prova che il lavoratore lo abbia commesso o vi sia la prova che il lavoratore non lo abbia commesso; quando concretizzi un inadempimento soggettivamente non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., come quando il fatto non sia ascrivibile neppure a una condotta colposa del lavoratore o sia stato commesso in stato di incapacità naturale o sia scriminato da una causa di giustificazione prevista dall'ordinamento, quale la legittima difesa o l'esercizio di un diritto<sup>29</sup>.

La circostanza che ad escludere la reintegrazione basti la prova del fatto materiale, anche quando manchi la proporzionalità, accresce, allora, la rilevanza della questione concernente la disciplina da applicare in presenza di addebiti inconsistenti sotto il profilo della gravità o, comunque, privi di disvalore giuridico o potenzialmente non lesivi del vincolo obbligatorio, riscontrabili in via di fatto e, come tali, riconducibili alla sola tutela indennitaria. Lo stesso problema può a maggior ragione porsi per il licenziamento per ragioni oggettive, che risulti del tutto pretestuoso sotto il profilo della causale giustificativa o fondato su una ragione economica che non coinvolge il posto soppresso<sup>30</sup>.

L'inconsistenza o totale inesistenza delle ragioni di licenziamento addotte dal datore di lavoro può, inoltre, essere allegata quale indizio di intento discriminatorio, di sicuro rilievo nel contesto di altri elementi convergenti in tal senso.

Per quanto riguarda le piccole imprese e, quindi, qualora ci si trovi al cospetto di datori di lavoro che occupino sino a quindici dipendenti, l'art. 9 stabilisce, che in ipotesi di licenziamento disciplinare del lavoratore assunto dopo l'entrata in vigore del decreto non trova applicazione il comma 2 dell'art. 3, che prevede la reintegrazione nell'ipotesi di accertamento giudiziale dell'insussistenza del fatto materiale contestato, ma si applica la sola tutela indennitaria. Nello stesso tempo, stabilisce che le indennità risarcitorie e l'importo minimo dovuti al lavoratore illegittimamente licenziato per insussistenza degli estremi della

---

<sup>29</sup> Cass., n. 27424/2014, cit. Lo stesso problema può porsi quando la contestazione riguardi una condotta che postula la sussistenza dell'elemento soggettivo generalmente il dolo, invece da escludere o non provato.

<sup>30</sup> Al cospetto di dette fattispecie, è ipotizzabile la nullità del licenziamento in quanto in frode alla legge ai sensi dell'art. 1344 c.c.



ragione giustificatrice addotta (giusta causa, giustificato motivo soggettivo e oggettivo) o per vizi formali di motivazione o procedurali, sono ridotti alla metà e sono riconoscibili, quindi, in misura massima, rispettivamente, di sei e di due mensilità<sup>31</sup>.

Il comma 2 dell'art. 9 estende, poi, alle organizzazioni di tendenza, la disciplina dettata dal decreto, sempre limitatamente ai nuovi rapporti, venendo meno di conseguenza il regime differenziato.

5. Altra ipotesi presa in considerazione dal decreto in commento<sup>32</sup> è il licenziamento adottato con violazione del requisito della motivazione, imposto dall'art. 2, comma 2, della legge 604/1966, o della procedura dettata dall'art. 7 Stat. Lav.

L'art. 4, in particolare, ricollega all'accertamento la dichiarazione giudiziale di estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la condanna del datore di lavoro al pagamento "di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a una mensilità di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità". L'ultima parte della norma fa salva la possibilità, per il lavoratore, di allegare, in via principale, la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio, o la sua illegittimità per ragioni sostanziali<sup>33</sup>, con conseguente applicazione, ove il giudice accerti la fondatezza della doglianza, della sanzione della reintegrazione o di quella dell'indennità di ammontare maggiore.

---

<sup>31</sup> La rilevanza dell'anzianità per soli sei anni pone un problema di compatibilità con la legge delega, che prevedeva la "crescita" delle tutele con l'anzianità di servizio. Resta ferma la tutela reintegratoria per il licenziamento discriminatorio, nullo o verbale, ai sensi dell'art. 2.

<sup>32</sup> Art. 4, d.lgs. n. 23/2015.

<sup>33</sup> La ragione vera sottesa all'atto può avere maggiori prospettive di emersione in giudizio in ipotesi di inesistenza della motivazione o di inconsistenza delle ragioni di licenziamento addotte dal datore di lavoro, quale indizio di intento discriminatorio di indubbio peso, valorizzato unitamente ad altri riscontri convergenti nella stessa direzione.



6. La riforma non si è limitata a ridisegnare i profili del recesso del datore di lavoro, ma ha introdotto anche uno strumento innovativo di risoluzione stragiudiziale della possibile controversia sul licenziamento, prevedendo che il datore di lavoro, entro sessanta giorni dalla comunicazione del recesso, possa offrire al lavoratore a titolo conciliativo il pagamento di una somma, mediante consegna di un assegno circolare e presso una delle sedi protette note all'ordinamento<sup>34</sup>. L'offerta deve precisare gli elementi rilevanti per il calcolo, quindi l'anzianità di servizio, la retribuzione percepita e quella di riferimento, l'ammontare offerto. In sede di incontro, l'autorità amministrativa deve coadiuvare il lavoratore nella verifica della rispondenza di quanto offerto alle previsioni di legge, con possibilità di variazione del dovuto. L'importo della somma, in un ammontare dimezzato rispetto a quello che verrebbe liquidato dal giudice, è ragguagliato ad una mensilità della retribuzione utile ai fini del TFR per ogni anno di anzianità, con un minimo di due e un massimo di diciotto mensilità, con applicazione dell'art. 8 del decreto, in un punto di riproporzionamento delle frazioni di anno e di mese.

Il prestatore di lavoro sarà incentivato ad addivenire alla peculiare transazione, che può riguardare, in difetto di limitazioni, qualsiasi licenziamento, a prescindere dalla motivazione che lo precede o dal vizio che potrebbe sussistere, stante l'esonazione della somma pagata da qualsiasi imposta e da ogni obbligo contributivo. L'accettazione della somma comporta l'estinzione del rapporto di lavoro alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione, se già proposta. Ne consegue, altresì, la preclusione in ordine alla possibilità di far valere danni diversi ricollegabili al licenziamento, in ragione della impossibilità di agire per dimostrare il presupposto dell'azione risarcitoria, cioè l'illegittimità dell'atto.

---

<sup>34</sup> Si veda l'art. 6, d.lgs. n. 23/2015. Per quanto riguarda le sedi protette, si tratta della commissione provinciale di conciliazione, ex art. 410 c.p.c., della sede sindacale, ex art. 411 c.p.c., degli organismi di certificazione, ovvero Enti bilaterali, Province, se hanno costituito le commissioni, nonché Direzioni del Lavoro, Ordini Provinciali dei Consulenti del lavoro, ex art. 82, d.lgs. n. 276/2003. L'autorità contattata dal datore di lavoro potrà convocare il lavoratore nelle forme usuali e prestare l'ordinaria assistenza. Ai fini della tempestività assume rilievo esclusivamente la comunicazione al lavoratore dell'offerta, potendo la formalizzazione dell'accordo, con il ritiro dell'assegno circolare, avvenire in tempi successivi. L'offerta non può essere revocata una volta che sia giunta a conoscenza del destinatario, ai sensi dell'art. 1333 c.c., e, quindi, neppure quando il lavoratore rifiuti la proposta datoriale di estendere la conciliazione ad ogni altro aspetto del rapporto.



Resta impregiudicata la praticabilità di percorsi alternativi di conciliazione, ma solo l'osservanza dei tempi, delle forme e dei contenuti formalizzati garantisce il peculiare beneficio dell'esenzione fiscale e previdenziale<sup>35</sup>.

Dubbi vi sono con riguardo alla possibilità di applicare a tale accordo transattivo il principio giurisprudenziale secondo cui la conciliazione sia formalmente valida e inoppugnabile solo se il lavoratore abbia ricevuto in sede conciliativa una effettiva assistenza<sup>36</sup>. Occorre tuttavia distinguere. Se l'accordo riguarda solo l'estinzione del rapporto, deve ritenersi sufficiente l'intervento dell'autorità amministrativa abilitata, posto che è la legge a prevedere l'effetto, senza imporre neppure l'assistenza di un soggetto fiduciario. Per contro, se vengono coinvolti altri aspetti del rapporto di lavoro deve applicarsi il principio sopra richiamato. In sostanza, come per tutte le transazioni sottoscritte in sede protetta e, in particolare, in sede sindacale, è necessario che il lavoratore sia reso perfettamente edotto circa le conseguenze che scaturiscono dalla sottoscrizione. Per facilitare, poi, l'onere della prova in giudizio, è opportuno che di quanto accaduto sia redatto un verbale. Va evidenziato che il diritto al posto è nella piena disponibilità del lavoratore, che può liberamente disporre. Come tale, l'atto sottoscritto fuoriesce dal campo di applicazione dell'art. 2103 c.c., e, pertanto, gli eventuali vizi formali del procedimento di formazione della conciliazione sindacale rimangono irrilevanti, in quanto l'art. 2113 c.c. non può essere invocato per inficiare la risoluzione consensuale del rapporto<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> In particolare, ciò che appare essenziale al fine è il rispetto del requisito temporale, del luogo dell'accordo, del pagamento in un'unica soluzione. Quanto a quest'ultimo, devono ritenersi utili anche forme di pagamento diverse, quali quella del contante, mentre è dubbio se altrettanto possa ritenersi per il bonifico bancario. Secondo la relazione governativa, quest'ultima modalità non è stata formalizzata in quanto, non assicurando l'immediata disponibilità della somma e la contestualità tra versamento ed accettazione, non previene possibili, ulteriori contenziosi.

<sup>36</sup> Cass. civ., sez. lav., 22.04.2008, n. 13217, in *Mass. Giur. lav.*, 2009, 77 e Cass. civ., sez. lav., 3.09.2003, n. 12858, in *Diritto e Giustizia*, 2004, II, 7.

<sup>37</sup> L'assenza di assistenza può rilevare per le rinunce o le transazioni concernenti diritti assicurati da norme inderogabili, ma non la rinuncia al posto di lavoro e lo scioglimento del vincolo. Infatti, l'accordo su detto punto riguarda un diritto nella piena disponibilità del ricorrente, cioè la cessazione del rapporto di lavoro. Come tale, l'atto sottoscritto fuoriesce dal campo di applicazione dell'art. 2103 c.c. è infatti acquisito che "le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto la cessazione del rapporto di lavoro, anche se convenute in conciliazione raggiunta in sede sindacale, non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c., e pertanto rimangono irrilevanti, attesa la non impugnabilità della risoluzione consensuale del rapporto ex art.



L'ultima questione riguarda la compatibilità dell'accettazione dell'offerta transattiva con la conservazione del diritto dell'Aspi.

Infatti, contrariamente a quanto dispone la Legge Fornero per la conciliazione sottoscritta nel corso dell'esame congiunto, che deve precedere l'intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la nuova legge non stabilisce alcunché.

L'Aspi è prevista dall'art. 2 della L. n. 92/2012, e non è dovuta in ipotesi tassative, cioè le dimissioni senza giusta causa e la risoluzione consensuale del contratto. Essa spetta, pertanto, anche in caso di licenziamento disciplinare<sup>38</sup>. La soluzione favorevole alla conservazione del diritto si fonda sul rilievo che l'accettazione della somma non trasforma il licenziamento in una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, comunque sussistendo lo stato di disoccupazione involontaria, quale conseguenza della libera scelta del datore di lavoro.

---

2113 c.c., gli eventuali vizi formali del procedimento di formazione della conciliazione sindacale” (Cassazione civ., 24.03.2004, n. 5940, in *Notiziario giur. lav.*, 2006, 645; Cassazione civ., sez. VI, 18.03.2014, n. 6265, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 210). In sostanza, “anche quando è garantita la stabilità del posto di lavoro, l'ordinamento riconosce al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del posto di lavoro stesso, in base all'art. 2118 c.c.” (Cass. civ., sez. lav., 19.10.2009, n. 22105, in *Guida al diritto*, 2010, I, 51), sicché quando le parti addivengono alla risoluzione consensuale del contratto di lavoro si configura giuridicamente un accordo estintivo che rientra de plano nella previsione dell'art. 1321 c.c. e non si realizza alcun negozio di disposizione che rientri nella previsione dell'art. 2113 c.c.

<sup>38</sup> Ministero del Lavoro, interpello n. 29/2013, risposta del 23.10.2013.