

# Licenziamento: divieti e regimi di tutela

Agosto 2012

# I divieti di licenziamento dopo la legge 92/2012

# Un principio generale

In tutti i rapporti di lavoro, siano in libera recedibilità oppure in regime di giustificazione necessaria, con tutela reale o obbligatoria, operano indistintamente alcuni specifici divieti di licenziamento.

# Caratteristiche comuni

Inversione dell'onere della prova  
(a carico del lavoratore dipendente)



Sanzione efficace  
(tutela reale per violazione del divieto)

# Licenziamento per motivo illecito determinante

E' vietato il licenziamento intimato  
"esclusivamente per un motivo illecito"  
(art. 1324, comma 1 e art. 1345 C.C.)

Il motivo illecito è quello contrario a norme imperative, all'ordine pubblico, al buon costume

1. Difficile onere probatorio,
2. Ingiustificato e illecito non coincidono,
3. Illiceità del motivo "determinante",
4. Il licenziamento è nullo.

# Licenziamento in frode alla legge

E' vietato il licenziamento diretto ad eludere  
una norma imperativa di legge  
(artt. 1324, comma 1, 1344 e 1418 comma 2, C.C.)

1. Difficile onere probatorio,
2. La giustificazione esclude l'illecito,
3. Il licenziamento è nullo.

# Il licenziamento discriminatorio/1

L'articolo 3 della legge 108/90 sancisce l'invalidità del recesso per motivi discriminatori ai sensi dell'art. 4 della 604/66 e dell'art. 15 della 300/70.

La sanzione prevista è la nullità e la tutela offerta è quella "reale" a prescindere dalla dimensione occupazionale del datore di lavoro.

## Licenziamento discriminatorio/2

E' vietato il licenziamento determinato da ragioni sindacali, politiche, religiose, razziali, etniche, nazionali, di lingua, di sesso, d'infezione HIV.

(art. 4, legge 604/66, art. 15, legge 300/70, art. 13, legge 903/77, art. 3, legge 108/90, art. 5, legge 135/90, art. 43, d.lgs. 286/98)

## Licenziamento discriminatorio /3

La discriminazione è una tipica e tassativa.

Difficile onere probatorio.

Non basta dimostrare l'ingiustificatezza per provare la discriminazione.

La peculiarità delle organizzazioni di tendenza.

E' sanzionato con la nullità. E in alcune circostanze operano ulteriori rimedi quali l'azione inibitoria e ripristinatoria (sindacale) oppure la revoca o l'esclusione da benefici pubblici (razziale).

## Per GMO ma discriminatorio "in nuce" ...

"Qualora, nel corso del giudizio, **sulla base della domanda formulata dal datore di lavoro**, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo"

Articolo 18, comma 7, legge 92/2012

Il licenziamento è nullo.

# Licenziamento delle lavoratrici madri

E' nullo il licenziamento della lavoratrice dall'inizio del periodo di gestazione fino al compimento dell'anno di età del bambino.

Questo divieto **si applica anche al padre** lavoratore che si astenga dal lavoro nei primi tre mesi dalla nascita del figlio in mancanza della madre (art. 54, d.lgs. 151/2001).

L'estinzione è ammessa solo per scadenza del termine, per cessazione dell'attività oppure per giusta causa (con inversione della prova).

## Licenziamento a causa di matrimonio

E' vietato il licenziamento dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio fino ad un anno dopo la celebrazione stessa (art. 1, legge 7/63).

L'estinzione è ammessa solo per scadenza del termine, per cessazione dell'attività oppure per giusta causa (con inversione della prova).

Il licenziamento è nullo.

## Inosservanza della forma scritta

“Qualora il licenziamento (**individuale o collettivo**) sia intimato senza l'osservanza della forma scritta, si applica il regime sanzionatorio di cui all'articolo 18, prima comma della legge 20 maggio 1970, n.300 e successive modificazioni .”

Art. 1, comma 46 della legge 92/2012 che sostituisce l'articolo 5 della legge 223/1991.

Il licenziamento è nullo.

Sanzione:  
la reintegrazione "*piena*"  
art.18, comma 1

## La sentenza di nullità ...

“Il giudice con sentenza con cui dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n.108, ovvero intimato in concomitanza di matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità di cui al d.lgs 11 aprile 2006, 198 o in violazione dei divieti di licenziamenti di cui all'articolo 54, comma 1,6,7 e 9 del TU in materia di sostegno alla maternità e alla paternità di cui al d,lgs 26 marzo 2001, n.151 e successive modificazioni ...”  
(art. 18, comma 1, legge 300/70)

# L'ordine di reintegrazione

“... ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art.1345 del codice civile , ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti”

Articolo 18, comma 1 come modificato dalla legge 92/2012

## ... di "effettiva reintegrazione"

Presuppone la persistenza del rapporto, realizza una tutela "reale" ma pur sempre incoercibile.

L'inottemperanza non sarebbe neppure sanzionabile penalmente.

(ex art. 650 e 388 c.p.)

## Dal licenziamento alla reintegrazione

“Il giudice con la sentenza di cui al primo comma (ordine di reintegra) condanna il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui si stata accertata la nullità , stabilendo a tal fine **un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione**”

(art. 18, comma 2, legge 300/70, modificata dalla legge 92/2012)

## La natura risarcitoria...

La commisurazione legale del danno è ritenuta suscettibile di prova contraria da entrambe le parti ma **limitatamente** all'aliunde perceptum;

“Dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative”

**Articolo 18, comma 2 , modificato legge 92/2012**

## Contributi e penale minima...

“in ogni caso... non potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione globale di fatto”.

Il datore di lavoro è condannato inoltre per il medesimo periodo al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali

(art. 18, comma 2 legge 300/70)

# La facoltà di scelta del solo lavoratore

... in pratica

“Il lavoratore licenziato ha la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro un'indennità pari a **15 mensilità** di retribuzione globale di fatto”.

(art. 18, comma 3, legge 300/70)

Una scelta da compiersi entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza.  
L'indennità si cumula con il risarcimento danni.

Il campo di applicazione  
delle tutele previste dal  
"nuovo articolo 18"

# Il campo di applicazione della tutela ex art.18

- ✓ Datore di lavoro che occupa oltre 15 lavoratori (5 se agricolo) in ciascuna unità locale (art. 18, comma 1).
- ✓ Datore di lavoro che occupa oltre 15 dipendenti (5 se agricolo) nello stesso comune anche se in più unità (art. 18, comma 1).
- ✓ Datore di lavoro che occupa più di 60 dipendenti, dovunque si trovino
- ✓ (articolo 1, comma 42; art. 18, comma 8)

## Ai fini del computo dei dipendenti ...

Il comma 9, specifica che si computano altresì:

- ✓ I lavoratori a **tempo indeterminato parziale** per la quota di orario effettivamente svolto (con riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva);

Non si computano invece:

- ✓ il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e collaterale.

I quattro diversi regimi  
previsti dal "nuovo" articolo 18

# Le quattro forme di tutela ex art. 18

Reintegratoria  
"piena"

(art. 18, comma 1)

Risarcitoria  
omnicomprensiva  
(art.18 comma 5)

Reintegratoria  
"depotenziata"

(art. 18, comma 4)

Risarcitoria  
omnicomprensiva  
ridotta

(art.18, comma 6)

1.  
Il primo comma ovvero la  
reintegrazione "piena"

## Trova applicazione ...

In tutti i casi di licenziamento **nullo** e per ogni licenziamento **discriminatorio** a prescindere dal numero dei dipendenti del datore di lavoro. Trova applicazione altresì "qualora il licenziamento sia intimato senza l'osservanza della **forma scritta**" ( nell'ambito di una procedura di mobilità: art. 1, comma 46 legge 92/12 modifica art.5, comma 3, legge 223/91) .

## In cosa consiste...

- La reintegrazione;
- Il risarcimento dal licenziamento alla reintegra (minimo 5 mensilità);
- La copertura contributiva piena;
- Escluso solo "l'aliundem perceptum" e non anche il "percipiendum".

2.

Il quarto comma ovvero la  
reintegrazione "depotenziata"

## Trova applicazione nel disciplinare ...

Il giudice, nell'ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro **per l'insussistenza del fatto contestato** ovvero **perché il fatto rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari**, annulla il licenziamento (art. 18, comma 4 modificato dalla legge 92/2012).

## Trova applicazione nell'economico ...

Il giudice, applica la medesima disciplina del comma 4, nell'ipotesi in cui accerti **la manifesta insussistenza del fatto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo** (art. 18, comma 7 modificato dalla legge 92/2012).

## Trova applicazione per difetto di giustificazione (gmo) nelle inidoneità ...

Il giudice, applica la medesima disciplina del comma 4, nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato:

- In violazione dell'art. 4, comma 4 lex 68/99 (**lavoratore divenuto inabile**).
- In violazione dell'art. 10, comma 3 lex 68/99 (accertamento per il **disabile** della commissione di cui all'art.4 della legge 104/92).

# Trova applicazione per violazione dell'articolo 2010, secondo comma...

Il giudice, applica la medesima disciplina del comma 4, nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato in violazione delle norme relative al **comporto per malattia**.

# Trova applicazione nei licenziamenti "inefficaci" per violazione delle procedure o violazione di motivazione...

A condizione che il giudice accerti, **su domanda del lavoratore**, oltre alla violazione formale o al difetto di motivazione, anche un **difetto di giustificazione**. (art. 18, comma 6, ultima parte come modificato dalla legge 92/2012).

# Trova applicazione nei licenziamenti collettivi per violazione dei criteri di scelta ...

previsti al comma 1 dell'articolo 5 della legge 223/91 (art. 1, comma 46, che modifica il comma 3 dell'art. 5 della legge 92/2012).

## In cosa consiste...

- La reintegrazione;
- Il risarcimento dal licenziamento alla reintegra (massimo 12 mensilità);
- La copertura contributiva piena;
- Escluso "l'aliundem perceptum" ma anche il "percipiendum".

3.

Il quinto comma ovvero  
l'indennità risarcitoria  
omnicomprensiva "piena".

## Trova applicazione nel disciplinare ...

Il giudice, **nelle altre ipotesi** in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data di licenziamento e condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria (min. 12 e max. 24 mensilità ) **(altre da l'insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari,,**

## In cosa consiste...

- Il risarcimento è anche una sanzione perché non prevede la dimostrazione del danno subito;
- Minimo 12 massimo 24 mensilità della retribuzione globale di fatto con obbligo di motivazione;
- Nessuna copertura contributiva ;

## Con quale criterio ...

Il risarcimento viene determinato in relazione

- All'anzianità di servizio;
- Al numero dei dipendenti occupati;
- Alla dimensione dell'attività economica;
- Del comportamento e delle condizioni delle parti. (articolo 18, comma 5)

## L'inefficacia e la tutela risarcitoria "depotenziata" (art.18, comma 6)

- ✓ "Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 604/66 o della violazione della procedura dell'art. 7 della legge 604/66 (dell'art. 7 legge 300) si applica la tutela risarcitoria **omnicomprensiva** ma "depotenziata";
- ✓ Minimo 6 massimo 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto ...

## La motivazione e la gradualità (art.1, comma 42, art.18 comma 6)

- ✓ Il giudice ha un **onere di specifica motivazione** in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale ;
- ✓ A meno che il giudice, **sulla base della domanda del lavoratore**, accerti che vi sia anche un difetto di giustificazione del licenziamento nel qual caso si applica la tutela del comma 4, 5 e 7 dell'art.18.

## Anche un difetto di giustificazione ... (art.18 comma 6)

- ✓ Nella fase di confronto con il Ministro Fornero si profilò l'ipotesi che i licenziamenti "economici" , per i quali in quella fase si prevedeva la sola tutela risarcitoria, potessero "celare" licenziamenti per diverse motivazioni.
- ✓ Di qui la previsione esplicita del comma 6 che, tuttavia, subordina l'accertamento del giudice sul difetto di giustificazione, alla domanda del lavoratore che, ovviamente, vi sarà sempre.

4.

Il quinto comma ovvero  
l'indennità risarcitoria  
omnicomprensiva "ridotta".

Trova applicazione. nei licenziamenti  
inefficaci per violazione del requisito di  
motivazione (1)...

prevista al comma 2 dell'articolo 2 della legge  
15 luglio 1966, n.604 e successive  
modificazioni .

Trova applicazione. nei licenziamenti  
inefficaci per violazione della procedura  
dell'art. 7 legge 300/70 (2)...

carenza di immediatezza nella contestazione  
oppure genericità della contestazione .

Trova applicazione. nei licenziamenti  
inefficaci per violazione della nuova procedura  
dell'art. 7 della 604/66 (3)...

prevista al comma 2 dell'articolo 2 della legge  
15 luglio 1966, n.604 e successive  
modificazioni .

## In cosa consiste...

- Il risarcimento è anche una sanzione perché non prevede la dimostrazione del danno subito;
- Minimo 6 massimo 12 mensilità della retribuzione globale di fatto con obbligo di motivazione;
- Nessuna copertura contributiva ;

# La tutela obbligatoria

# Il campo di applicazione della tutela "obbligatoria"

Datore di lavoro che occupa fino a 15 dipendenti per ogni unità produttiva (se agricolo fino a 5) (art. 2, legge 108/90)

Datore di lavoro che occupa fino a 60 dipendenti ovunque si trovino (art. 2, legge 108/90)

## Licenziamento disciplinare/2

- b) in area di tutela obbligatoria → art. 8 L. 604/66  
(riassunzione / indennità risarcitoria)
- c) in area di libera re cedibilità → artt. 2118, 2119 C.C.  
(pagamento del preavviso anche se era stato intimato per giusta causa)

nei casi b) e c) l'atto risolve il rapporto di lavoro

Precedentemente si era affermata la nullità in tutti e tre i casi

# La tutela obbligatoria

E' il regime di tutela generale:

In caso di licenziamento ingiustificato "il datore di lavoro è tenuto a riassumere il prestatore di lavoro entro il termine di tre giorni o, in mancanza, a risarcire il danno versandogli un'indennità" predeterminata dalla legge.

(art. 8, legge 604/66, novellato dall'art. 2, legge 108/90)

# La decisione del datore di lavoro

Cui è rimessa la facoltà di scegliere fra la riassunzione del lavoratore ed il risarcimento del danno in misura predeterminata



quindi sceglie fra



- ✓ Costituzione "ex nunc" del rapporto
- ✓ Indennità predeterminata a prescindere...

## Il Giudice e la misura dell'indennità

L'importo dell'indennità per il licenziamento ingiustificato è "compreso fra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"

La misura massima può essere aumentata se il datore di lavoro ha oltre 15 dipendenti e l'anzianità di servizio è superiore a 10 anni (fino 10 mensilità) o a 20 anni (14 mensilità).

## Il tentativo di conciliazione e l'arbitrato

E' previsto un tentativo di conciliazione in sede amministrativa o sindacale (art. 5 legge 108/90)

E' previsto anche un arbitrato facoltativo irrituale, nel caso in cui fallisse la conciliazione, da promuoversi entro venti giorni (art. 5, comma 6, legge 108/90)

Per sistematizzare

## Il giudice potrà dichiarare...

- Inefficace il licenziamento, quando manchi della forma scritta o dell'indicazione dei motivi o senza le formalità di cui all'art. 2 della legge 604/66.
- Nullo il licenziamento allorché sia discriminatorio oppure in violazione di una norma imperativa (es. lavoratrici madri).
- Annullabile qualora fosse intimato senza giusta causa o giustificato motivo (salvo si operi in regime di libera recedibilità).

# Licenziamento disciplinare

Secondo Cass. S.U. 18/05/94 n. 4844 l'inosservanza della procedura rende il recesso solo ingiustificato e non nullo

Di conseguenza

a) in area di tutela reale → art. 18 L. 300/70  
(reintegrazione + risarcimento danno)

qui l'atto è inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro