

**Mauro Di Fresco**

**Ufficio Legale Associazione Avvocatura di Diritto Infermieristico**



Il decreto si prefigge di rendere più efficiente l'attività ispettiva, applicare la sola tutela obbligatoria per i licenziamenti motivati da problemi economici e da alcuni disciplinari.

Queste disposizioni si applicano ai lavoratori assunti dal 07 marzo 2015 con contratto a tempo indeterminato, esclusi i dirigenti, e ai privati che dal 07 marzo hanno convertito il contratto da tempo determinato a tempo indeterminato nonché ai lavoratori a tempo indeterminato assunti prima del 07 marzo che lavorano in un'azienda che ha assunto dopo il 07 marzo altro personale fino a raggiungere almeno i 16 dipendenti; ciò vuol dire che per i lavoratori a tempo determinato continuano ad applicarsi la legge n. 78/2014 e precedenti.

La tutela al lavoratore si attua attraverso due forme:

- Tutela reale: il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, pertanto il datore deve invitare il lavoratore a riprendere servizio entro 30 giorni. Il lavoratore deve riprendere servizio oppure può chiedere, entro i 30 giorni dall'invito a riprendere servizio oppure entro 30 giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza o dell'ordinanza, in sostituzione della reintegra, un'indennità (appunto c.d. sostitutiva) pari a 15 mensilità commisurate alla retribuzione utilizzata per calcolare il TFR cioè paga base, indennità integrativa speciale e retribuzione individuale di anzianità, indennità notturna, straordinario non occasionale (costante), indennità varie fisse incluse le festive. Il lavoratore ha il diritto di far accantonare il 13,5% dell'indennità sostitutiva percepita per il suo futuro TFR. Su questa indennità si pagano le tasse cioè ogni onere fiscale ma non previdenziale. Insieme alla reintegra il giudice condanna il datore al risarcimento del danno che in questo caso, ad litteram leges, è in re ipsa. Il calcolo del danno viene sempre commisurato alla retribuzione utilizzata per calcolare il TFR ma si deve moltiplicare per il periodo di licenziamento cioè per i mesi intercorsi tra la data di licenziamento e la data di riassunzione ovvero fino alla data di rinuncia della reintegrazione (la giurisprudenza è favorprestatoris, fissa il dies ad quem alla data di rinuncia e non alla data di invito a riprendere il servizio). Dall'indennità risarcitoria va detratto l'eventuale reddito percepito dal lavoratore durante il licenziamento ma non devono essere detratte le contribuzioni previdenziali (non si accantona il TFR né si pagano le tasse) perché tutti gli oneri fiscali, assistenziali e previdenziali devono essere pagati a parte direttamente dal datore. Nel caso in cui il periodo di licenziamento sia

inferiore a 5 mensilità, deve comunque essere liquidato un danno non inferiore a 5 mensilità. Può accadere che a seguito di sentenza di reintegra, il lavoratore offra inutilmente la propria prestazione lavorativa. In questo caso il datore dovrà sempre versare le retribuzioni mensili (globale di fatto) come se il lavoratore fosse stato reintegrato. Il vantaggio datoriale di una simile decisione (opinabile) sta nel diritto di ottenere la ripetizione di tutte le retribuzioni versate al lavoratore nel periodo mediotempore tra la pubblicazione della sentenza di reintegra, ovvero dalla scadenza del termine di invito, all'eventuale sentenza di accoglimento in appello (ovviamente insieme alle indennità). Diversamente, cioè se il lavoratore fosse stato reintegrato, in caso di soccombenza in appello avrebbe comunque ritenuto le retribuzioni successive alla sentenza di reintegra per aver maturato i diritti quesiti, stante l'impegno lavorativo profuso (in termini di consumazione delle energie psico-fisiche) e il datore vittorioso in appello avrebbe solo potuto ottenere le indennità versate a titolo di risarcimento (ex multis: Cass., Lav., n. 12124 del'11.06.2015). Non solo. E' anche accaduto che a seguito di vittoria in appello, il datore abbia richiesto ed ottenuto dall'ente previdenziale tutti i versamenti corrisposti a seguito di indennizzo e retribuzione medio tempore così da impedire che il lavoratore fosse posto in quiescenza. Di conseguenza sono risultate inutili le cause promosse da questi lavoratori contro l'INPS onde ottenere la pensione.

- Tutela obbligatoria:  
globale percepita. Secondo recentissima giurisprudenza, nella retribuzione globale sono incluse le indennità del salario accessorio e non solo la paga base e l'indennità integrativa speciale (ex contingenza).

Il decreto definisce e regola alcune forme di licenziamento creando non poca confusione sulla tutela apprestata:

- Licenziamento discriminatorio: è discriminatorio, ai sensi dell'art. 15 St. lav., subordinare l'occupazione di un lavoratore alla condizione che aderisca o non aderisca ad una associazione sindacale ovvero cessi di farne parte, assegnare qualifiche o mansioni inferiori rispetto ai colleghi di pari grado e così anche farne oggetto di trasferimenti, provvedimenti disciplinari o recargli comunque pregiudizio a causa della sua affiliazione o attività sindacale o associativa ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero. Parimenti la discriminazione può riguardare ideologie politiche e religiose ovvero appartenenze razziali, etniche di lingua o di sesso.  
La tutela apprestata è quella reale.

- Licenziamento nullo: il licenziamento nullo ha effetto ex tunc cioè come se non si fosse mai verificato quindi si applica la tutela reale.

- Licenziamento intimato in forma orale: questa forma di licenziamento è inefficace per cui si applica la tutela reale.
- Licenziamento per giustificato motivo soggettivo: il motivo soggettivo attiene essenzialmente alle condizioni o alla condotta del lavoratore. In questo caso il giudice accerta la giustificazione del motivo addotto dal datore a sostegno del licenziamento. Nel caso in cui vi sia il difetto del motivo cioè che non risulti vero che il lavoratore è divenuto inabile al lavoro perché affetto da disabilità fisica o psichica ovvero in conseguenza di infortunio o malattia o da cause imputabili al datore per violazione delle norme igieniche e di sicurezza (accertate con specifica sentenza), escludendo la possibilità del *repechage*, il giudice applica la tutela reale. Esclusi questi particolari istituti, il decreto ha introdotto il c.d. licenziamento illegittimo efficace per cui il giudice, accertato che non esistono i motivi che giustificano il licenziamento, dichiara comunque estinto il rapporto di lavoro (conferma il licenziamento *ex tunc* cioè dalla data di intimazione datoriale del licenziamento) e condanna il datore al pagamento di un'indennità (c.d. *buonuscita*) pari a due mensilità, commisurate alla retribuzione utilizzata per calcolare il TFR, per ogni anno di servizio in un range che va da 4 a 24 mensilità (quindi nel caso in cui il lavoratore abbia un'anzianità di servizio di un anno, percepirà comunque 4 mensilità, se invece ha un'anzianità di oltre 12 anni, percepirà sempre 24 mensilità).
- Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: si applica l'istituto della *buonuscita* ma nel caso in cui si verta in ambito disciplinare e si dimostri in giudizio che il fatto causativo (materiale) addebitato al lavoratore non è vero cioè è insussistente, fatto salvo l'accertamento della violazione del principio di proporzionalità tra infrazione e licenziamento, il giudice dovrà applicare la tutela reale ma l'indennità risarcitoria è fissata nel massimo a 12 mensilità.
- Licenziamento per giusta causa: si applica l'istituto della *buonuscita* ma nel caso in cui si verta in ambito disciplinare soprattutto per violazione del *minimum etico* ed anche delle norme in bianco e si dimostri in giudizio che il fatto causativo (materiale) addebitato al lavoratore non è vero cioè è insussistente, fatto salvo l'accertamento della violazione del principio di proporzionalità tra infrazione e licenziamento, il giudice dovrà applicare la tutela reale ma l'indennità risarcitoria è fissata nel massimo a 12 mensilità. Nei licenziamenti per giustificato motivo e giusta causa, quando si applica questo decreto, non può trovare accoglimento la legge 15.07.1966 n. 604 ed in particolare l'art. 7.

- Licenziamento senza motivo: l'art. 2, co. 2 della legge n. 604/1966 stabilisce che il licenziamento è nullo se il datore di lavoro non comunica al lavoratore i motivi sottesi il provvedimento di recesso. Ebbene il decreto che si commenta, annulla questa fondamentale tutela e consente al licenziamento illegittimo di divenire efficace permettendo al giudice di dichiarare comunque estinto il rapporto di lavoro ex tunc cioè dalla data di comunicazione del licenziamento al lavoratore, condannando il datore a pagare un'indennità commisurata ad una mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di 2 e un massimo di 12. Ma il decreto non è così perentorio: se il lavoratore nel ricorso di opposizione al licenziamento si ricorda di eccepire l'insussistenza dei presupposti dimostrando che il licenziamento è stato attuato per motivi discriminatori, oppure è nullo per violazione della legge che stabilisce la nullità per determinati motivi (es. gravidanza), allora potrà attuare la tutela reale; diversamente potrà avvantaggiarsi della tutela obbligatoria se dimostra che il licenziamento è stato posto in violazione delle norme che regolano il giustificato motivo e la giusta causa. In questo caso potrà solo sperare nel raddoppio dell'indennità.
- Licenziamento in violazione delle garanzie previste dal codice disciplinare dello Statuto dei lavoratori: se il datore di lavoro non comunica al lavoratore i motivi sottesi il provvedimento di recesso. Ebbene il decreto che si commenta, annulla questa fondamentale tutela e consente al licenziamento illegittimo di divenire efficace permettendo al giudice di dichiarare comunque estinto il rapporto di lavoro ex tunc cioè dalla data di comunicazione del licenziamento al lavoratore, condannando il datore a pagare un'indennità commisurata ad una mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di 2 e un massimo di 12. Anche in questo caso è onere del lavoratore dimostrare l'insussistenza dei presupposti o la violazione del giustificato motivo o della giusta causa.

E' previsto anche che il datore di lavoro revochi il licenziamento entro 15 giorni dalla comunicazione del lavoratore di impugnare il licenziamento.

I motivi per cui un datore revochi il licenziamento intimato rimangono un mistero.

Quello che maggiormente salta agli occhi è la possibilità che il lavoratore abbia minacciato un'azione antimobbing o antidemansionante o, addirittura, una denuncia penale grave (sfruttamento de lavoro minorile, estorsione ai danni dei lavoratori, molestie sessuali, ecc.) e il datore proponga la pace al lavoratore appena intimidito con il licenziamento (come per dire: qui comando io, ritira tutto o ti mando sicuramente in mezzo alla strada).

Un altro strumento risolutivo è l'offerta conciliativa.

Pur di evitare il processo, entro 60 giorni dall'intimazione di licenziamento, il datore può offrire al lavoratore una proposta transattiva in denaro (la norma non lo dice ma si presume

che la proposta scaturisca dall'impugnazione stragiudiziale notificata nei termini dal lavoratore visto che normalmente l'acquiescenza non stimola alcuna attività conciliativa).

Il lavoratore che voglia esaminare l'offerta dovrà farlo esclusivamente presso le sedi della direzione provinciale del lavoro, dinanzi il giudice del lavoro (già il codice di procedura prevede che si possa raggiungere la conciliazione in ogni fase del processo ma prima della fase decisionale).

L'offerta non è lasciata alla libera determinazione delle parti ma anche in questo caso il decreto fissa un range (che si presume minimo per evitare un indebito sfruttamento delle condizioni economiche del lavoratore) che va da una mensilità per ogni anno di servizio ad un massimo di 18 mensilità, liquidabile con assegno circolare non tassato.

Ovviamente l'offerta può anche essere maggiorata secondo gli interessi del datore e la forza persuasiva del lavoratore.

L'accettazione dell'assegno costituisce acquiescenza con estinzione di ogni pretesa correlata al licenziamento ma non di altre eventuali pendenze costituite da altri diritti.

In questa sede possono essere risolte con lo stesso sistema queste ulteriori pretese ma l'importo liquidato sarà soggetto a tassazione ordinaria.

Entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro, il datore dovrà obbligatoriamente comunicare al DTL l'esito della conciliazione (se vi è stata proposta) al fine di consentire un monitoraggio sulle succitate disposizioni.

Il rito processuale è ordinario nel senso che non si applica la procedura Fornero (art. 1, co. 48-68, legge 28.06.2012 n. 92) ma quella prevista dall'art. 18 della legge 20.05.1970 n. 300.

Il decreto n. 23 consente al datore di lavoro di sbarazzarsi dei lavoratori fastidiosi cioè di quelli che, magari, lamentano condizioni migliori di lavoro oppure il rispetto della legalità o delle proprie mansioni.

In definitiva chiunque non sia gradito all'azienda e viene visto come un ostacolo alla produzione ed allo sfruttamento, viene gettato per la strada sostenendo una piccola somma.

Particolare attenzione va posta alla carenza di motivi sottesi il licenziamento (art. 2, co. 2, L. n. 604/1966) perché in base alla formulazione di legge l'onus probandi ricade sul datore di lavoro che se non riuscirà a dimostrare di aver comunicato nei termini i motivi, si vedrà annullato il licenziamento.

Invece, il decreto, inverte tale onere pretendendo la prova diabolica da parte del lavoratore. Prova diabolica perché il lavoratore non ha gli strumenti e i mezzi necessari per dimostrare l'intentio datoriale.

Non può accedere alla documentazione, alle prove epistolari, ai testi (perché intimiditi dallo stesso decreto visto che potrebbero a loro volta essere licenziati ad nutum) e, quindi, tranne in casi rarissimi, dovuti perlopiù ad errori di sottovalutazione o distrazione datoriale, al lavoratore non resterà che prendersi la somma decisa dal giudice e vivere, nel migliore delle

ipotesi, con il sussidio statale.

E' la mercificazione del diritto; si dà un valore monetario all'ingiustizia.

Ogni condotta ritorsiva e vendicativa ha un prezzo e basta pagarlo per fare quello che si vuole. Certamente i contenziosi si ridurranno non perché nelle aziende si affermerà la legalità davanti agli interessi lucrativi ma perché i lavoratori intimiditi preferiranno subire ogni angheria piuttosto che perdere il posto di lavoro soprattutto in questa epoca di crisi.

La perdita della fonte di reddito, i problemi familiari che ne deriveranno e, soprattutto, la sofferenza fisica ed emotiva che dovranno sopportare i lavoratori così "ingiustamente" licenziati per aver chiesto legalità (licenziamento ritorsivo non provato), creerà una nuova classe sociale costituita da cittadini animati dal senso di giustizia che hanno perso l'ultima speranza.

Tale situazione è foriera di seri sconvolgimenti sociali (suicidi e virulente azioni di protesta) soprattutto perché il decreto ha creato due tipi di lavoratori: quelli fuori decreto che ancora continuano a godere delle tutele piene e quelli nel decreto che, in definitiva, sono lasciati al libero consumo degli imprenditori.

Stiamo assistendo impassibili alla distruzione del diritto e del senso di giustizia dove il denaro è l'unica cosa che conta e dà valore alla vita.

**Mauro Di Fresco**