

Il giurista del lavoro n. 1/2017

Computo dei dipendenti e disciplina applicabile al licenziamento

di Luca Vannoni – consulente aziendale e consulente del lavoro

Le aziende con più di 15 dipendenti si vedono applicare una disciplina in materia di licenziamento, soprattutto per quanto riguarda le conseguenze in caso di illegittimità, molto più tutelante per i lavoratori rispetto alle aziende di dimensioni inferiori. Tuttavia, se prima delle recenti riforme l'area delle aziende con più di 15 dipendenti, definite in tutela reale, si caratterizzava monoliticamente per la reintegrazione, qualunque fosse il profilo di illegittimità, a seguito della Riforma Fornero e dell'introduzione delle tutele crescenti per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015, l'obbligo di ripristino del rapporto ora è limitato a pochi casi, rendendo meno drammatica la distinzione tra aziende in base alla forza lavoro. Ciò nonostante, è opportuno analizzare le recenti pronunce giurisprudenziali relative al computo dei dipendenti, come la Cassazione Civile, Sezione Lavoro, [n. 22653 dell'8 novembre 2016](#), tenuto conto che nelle varie disposizioni coinvolte non vi sono specifiche norme che dettano le operazioni di calcolo.

La rilevanza del computo dei dipendenti

La disciplina in materia di licenziamento, in particolare per quanto riguarda le conseguenze in caso di sua illegittimità, trova esiti diversi in relazione ai requisiti dimensionali dell'azienda.

A immediata dimostrazione, la tradizionale espressione “tutela obbligatoria” individua(va) quell'area, relativa in via generale ai datori di lavoro che occupano fino a 15 dipendenti (nelle singole unità produttive e comunque all'interno dello stesso comune), 5 per le imprese agricole, ovvero fino a 60 dipendenti complessivi, dove sono applicabili esclusivamente le misure previste dalla L. 604/1966, di carattere esclusivamente economico, in contrapposizione alla “tutela reale”, riservata alle imprese con più di 15 dipendenti, dove viceversa regna(va) l'[articolo 18](#), L. 300/1970. L'ambito di applicazione della tutela obbligatoria è definito direttamente dall'[articolo 2](#), L. 108/1990: stante la complementarietà dei due regimi, l'articolo 2, L. 108/1990, è una disposizione sicuramente non necessaria e ridondante.

Da un punto di vista definitorio, i termini tutela reale e tutela obbligatoria nell'attuale quadro normativo hanno forse più una valenza storica che una delimitazione giuridica della sostanza caratterizzante di due discipline contigue.

Il confine tra le due aree, dopo le modifiche apportate all'[articolo 18](#) dalla L. 92/2012 (Riforma Fornero) e l'introduzione delle tutele crescenti per i nuovi assunti dal 7 marzo 2015 ad opera del D.Lgs. 23/2015, infatti non segna più l'applicazione o meno della tutela reintegratoria, ora limitata a specifiche e residuali ipotesi anche per le imprese con più di 15 dipendenti, ma distingue sicuramente un'area, per le imprese fino a 15 dipendenti, dove le tutele sono ridotte.

Fatti salvi i casi di licenziamento nullo o discriminatorio, nell'ambito della tutela obbligatoria il licenziamento è sempre idoneo a interrompere il vincolo contrattuale del rapporto di lavoro, anche se illegittimo, ed è tutelato solo da forme di risarcimento del danno di natura economica decisamente inferiori rispetto alla tutela reale.

Se l'oggetto del contendere è l'illegittimità del licenziamento, pertanto, è tutto interesse del lavoratore dimostrare il superamento della soglia di 15 dipendenti. Paradossalmente se, viceversa, il contenzioso ruota attorno a pretese retributive, è tutto interesse del lavoratore dimostrare il non superamento della soglia, in quanto per orientamento consolidato – ma che con tutta probabilità si adeguerà al quadro determinato dalle recenti riforme – la prescrizione è sospesa in costanza di rapporto nelle aziende soggette alla tutela obbligatoria (si veda [Cass. n. 2460/2014](#)).

Le tutele crescenti per le piccole imprese

Il D.Lgs. 23/2015 prevede, all'[articolo 9](#), l'applicazione delle tutele crescenti anche alle imprese con meno di 15 dipendenti, con due importanti specificazioni:

- non si applica l'[articolo 3](#), comma 2, D.Lgs. 23/2015, in base al quale il licenziamento per motivi disciplinari di cui sia dimostrata l'insussistenza materiale del fatto contestato è tutelato dalla reintegra "debole" (risarcimento fino a 12 mensilità della retribuzione utile ai fini Tfr);
- le indennità previste per il licenziamento ingiustificato o viziato nella forma o procedura, nonché il corrispettivo vincolato per l'offerta di conciliazione prevista dall'[articolo 6](#), D.Lgs. 23/2015, sono dimezzate e, comunque, non possono superare il limite di 6 mensilità.

Entrando nel dettaglio delle conseguenze, in caso di licenziamento ingiustificato, al lavoratore a tutele crescenti spetta un'indennità, non assoggettata a contributi, pari a 1 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, non inferiore a 2 mensilità e non superiore a 6.

Come detto, l'esclusione dell'applicabilità dell'articolo 3, comma 2, D.Lgs. 23/2015, determina nella tutela obbligatoria un unico regime di conseguenze per il licenziamento ingiustificato, sia che il licenziamento sia di natura soggettiva che oggettiva.

Nel caso in cui il vizio del licenziamento sia di carattere formale o procedurale, come la violazione della procedura [ex articolo 7](#), L. 300/1970, ovvero la mancata indicazione dei motivi, ferma restando la forma scritta del licenziamento, il risarcimento sarà pari a 0,5 mensilità dell'ultima retribuzione Tfr per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a 1 mensilità e non superiore a 6.

Infine, nel caso in cui il datore di lavoro intenda avvalersi della procedura dell'offerta di conciliazione prevista dall'[articolo 6](#), D.Lgs. 23/2015, l'importo della conciliazione, affinché mantenga la sua esenzione fiscale e contributiva, sarà pari a 0,5 mensilità di retribuzione Tfr per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a 1 e non superiore a 6 mensilità.

Oltre alle situazioni di illegittimità derivanti da difetto di motivazione o di procedura/forma, dove la tutela obbligatoria si stacca decisamente rispetto alla tutela reale, è opportuno sottolineare come il licenziamento discriminatorio, nullo o orale non differenzia le sue tutele in base ai requisiti dimensionali.

Si ricorda che anche per i dipendenti di imprese con meno di 15 dipendenti, nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato nullo perché discriminatorio o riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, scatta la reintegrazione, a prescindere dai motivi formalmente adottati. Nello stesso modo intervengono anche le indennità previste dal comma 2, fino all'effettiva reintegrazione e con un minimo di 5.

Del resto, anche l'[articolo 18](#), comma 1, L. 300/1970, prevede sostanzialmente la medesima disciplina *“indipendentemente dal numero di occupati dal datore di lavoro”* in caso di licenziamento nullo o discriminatorio.

Il computo dei lavoratori e il principio della normale occupazione

Relativamente alle regole di computo dei lavoratori, oltre alle previsioni contenute nell'[articolo 18](#), comma 9, L. 300/1970, dove si stabilisce il computo del lavoratore a tempo parziale in proporzione all'orario svolto e l'esclusione del coniuge e dei parenti del datore di lavoro entro il secondo grado, e tenuto conto dell'esclusione generale dal computo prevista per gli apprendisti ([articolo 47](#), comma 3, D.Lgs. 81/2015) e delle specifiche regole per i lavoratori intermittenti ([articolo 18](#), D.Lgs. 81/2015) e per i lavoratori a tempo determinato ([articolo 27](#), D.Lgs. 81/2015), fondamentali principi di calcolo

sono stati fissati dalla giurisprudenza, in riferimento in particolare al periodo temporale in cui effettuare il calcolo, stante il silenzio della legge.

In particolare, è orientamento consolidato che il computo debba essere effettuato tenendo conto della normale occupazione dell'impresa, con riguardo al periodo di tempo antecedente al licenziamento e non anche a quello successivo di preavviso, senza dar rilevanza alle contingenti e occasionali contrazioni o espansioni della forza lavoro.

Se tradizionalmente il periodo di calcolo è sempre stato considerato semestrale, ultimamente si registrano una serie di sentenze dove il parametro di computo è l'anno, in grado di dar maggiori garanzie nella valutazione della forza lavoro stabile.

Particolarmente interessante sul punto è la sentenza della Corte di Cassazione [n. 23771/2013](#), dove è stato considerato legittimo il computo e effettuato in secondo grado dalla Corte d'Appello di Trento, basato sui seguenti principi:

- congruità, come periodo di riferimento per il calcolo della media occupazionale "normale", dell'anno precedente il licenziamento;
- esclusione dei rapporti di lavoro non subordinati "genuini";
- inclusione nella media occupazionale di eventuali rapporti formalmente non subordinati, come le collaborazioni coordinate e continuative e il lavoro accessorio, di cui si dimostri in sede processuale la riconducibilità al lavoro subordinato;
- per l'applicazione della tutela reale, è sufficiente il superamento decimale della soglia di 15 dipendenti (ad esempio 15,3) nella media occupazionale, senza che sia necessario il raggiungimento dell'unità superiore.

Riguardo alla durata del periodo di riferimento, è opportuno precisare che, in assenza di parametri normativi, si tende a utilizzare l'anno antecedente il licenziamento quando l'azienda ha forti variabilità occupazionali per le caratteristiche dell'attività produttiva, come può essere, a titolo di esempio, l'attività alberghiera in località turistica dalle forti stagionalità.

Tuttavia, come evidenzia la recente sentenza di Cassazione [n. 22653/2016](#), la media annuale può essere utilizzata per il calcolo dei dipendenti anche in assenza di fluttuazioni stagionali.

Secondo la Suprema Corte, non essendoci una previsione temporale espressa, l'ambito temporale cui occorre avere riguardo

"non può quindi essere definito aprioristicamente, dovendosi avere riguardo alla concreta organizzazione produttiva e alla sua collocazione nel mercato ed in tal senso al tempo necessario in

concreto e con riferimento al quello specifico momento per configurare una ragionevole stabilizzazione occupazionale”.

Si ricorda che nella media occupazionale devono essere compresi anche i lavoratori subordinati che non sono soggetti alla tutela reale, come i dirigenti e gli sportivi professionisti.

Quando non rileva la normale occupazione

In deroga al principio della normale occupazione antecedente al licenziamento, il criterio del numero dei lavoratori occupati alla data dell'intimazione del licenziamento rileva solo nel caso in cui, poco prima del provvedimento espulsivo, vi sia stata una reale, ossia non episodica né simulata o elusiva, riduzione di personale per ragioni organizzative, tale da mutare effettivamente le dimensioni dell'azienda. Riguardo all'onere probatorio, alla luce della pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione [n. 141/2006](#), spetta al datore di lavoro dimostrare che le dimensioni occupazionali dell'impresa sono inferiori ai limiti stabiliti dall'[articolo 18](#), L. 300/1970, in quanto rappresenta un fatto impeditivo al diritto soggettivo del lavoratore alla ripresa dell'attività di lavoro, una volta dimostrata l'illegittimità dell'atto espulsivo, il cui onere, viceversa, ricade sul lavoratore, insieme all'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza, è opportuno non utilizzare il semestre per il calcolo della media occupazionale, ove possa esserne contestata la corrispondenza con il ritmo occupazionale aziendale.