

## Contratto a tutele crescenti

ARTICOLO TITOLIO DA:

DL ONLINE

RIVISTA TELEMATICA DI DIRITTO

DEL LAVORO

DIRETTORE RESP. MARIO FEZZI

## Contratto a tutele crescenti

### 1. Cos'è il contratto a tutele crescenti?

Fino al 6/3/15 l'universo dei lavoratori dipendenti era diviso in due. Da una parte stavano i lavoratori che rientravano nell'ambito di applicazione dell'art. 18 S.L.; dall'altra, chi invece non vi rientrava. A tale riguardo, è particolarmente nota la soglia dei 15 dipendenti: l'art. 18 S.L. si applica a chi lavora in una sede o stabilimento o unità produttiva che occupi più di 15 lavoratori; laddove questa soglia non sia raggiunta, la norma citata non si applica.

In realtà, la regola è un po' più complicata. In aggiunta al caso appena indicato, l'art. 18 S.L. si applica ai datori di lavoro che complessivamente (quindi non solo nella singola unità produttiva) occupino più di sessanta dipendenti, come pure al datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti nell'ambito dello stesso Comune (anche se in sedi differenti). Infine, nel caso di imprenditore agricolo, la soglia di 15 scende a 5.

La differenza tra i due universi non era di poco conto. Solamente chi apparteneva all'area dei lavoratori tutelati dall'art. 18 S.L. poteva aspirare, in caso di licenziamento illegittimo (in quanto intimato senza giusta causa o giustificato motivo), alla reintegrazione nel posto di lavoro. Per tutti gli altri, era invece prevista una modesta indennità in denaro (da 2,5 a 6 mensilità).

Per la verità, la regola della reintegrazione (in origine assoluta) era stata limitata dalla L. 92/12 (riforma Fornero), che aveva ridotto le ipotesi di reintegrazione, talvolta affiancando a questa l'ipotesi dell'indennizzo (che, di regola, va da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità). Tuttavia, anche dopo la riforma Fornero, la reintegrazione restava una delle principali sanzioni contemplate dalla legge per i licenziamenti illegittimi.

Dal 7/3/15 le regole cambiano e l'universo dei lavoratori dipendenti si complica. Infatti, in aggiunta ai due gruppi sopra descritti, si aggiunge quello dei lavoratori assunti, appunto, a far tempo dal 7/3/15. Per tutti costoro, cambiano radicalmente le regole sopra descritte (che invece restano per i loro colleghi assunti prima della data ora indicata).

Innanzitutto, la reintegrazione diviene ora un'ipotesi assolutamente marginale, prevista per casi esplicitamente e tassativamente contemplati dalla legge e che, sostanzialmente, riguardano il licenziamento discriminatorio. In aggiunta a questa ipotesi, la reintegrazione è prevista nel caso di licenziamento disciplinare, se si accerta la insussistenza del fatto contestato.

Al di fuori di queste ipotesi, la illegittimità del licenziamento non porta alla ricostituzione del rapporto di lavoro, che deve invece essere considerato irrimediabilmente (benché illegittimamente) risolto. Piuttosto, il licenziamento illegittimo comporta il pagamento di un'indennità variabile a seconda dell'anzianità del lavoratore e delle dimensioni dell'impresa. In particolare, per i lavoratori che lavorano alle dipendenze di imprese che raggiungono i limiti dimensionali dell'art. 18 S.L., l'indennità è di 2 mesi per ogni anno di anzianità, con un minimo di 6 e un massimo di 36 mensilità; per i lavoratori che lavorano alle dipendenze di imprese che non raggiungono quei limiti dimensionali, l'indennità è di un mese per ogni anno di anzianità, con un minimo di 3 e un massimo di 6 mensilità.

Come si vede, a dispetto del nome non è dato vedere le tutele, e neppure la loro crescita. Infatti, per quanto cresca la tutela non porterà mai alla reintegrazione (se non in casi gravissimi e marginali, e anche in questi casi avverrà a prescindere dall'anzianità).

## 2. In quali casi nel contratto a tutele crescenti è prevista la reintegrazione?

Nel contratto a tutele crescenti la reintegrazione a seguito dell'accertata illegittimità del licenziamento diventa un'ipotesi del tutto residuale. Infatti, questa sanzione è prevista esclusivamente per i licenziamenti discriminatori, nulli, inefficaci (in quanto intimati oralmente), e per i licenziamenti disciplinari, di cui venga accertata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore. Oltre al licenziamento discriminatorio, è considerato nullo il licenziamento intimato in concomitanza di matrimonio (dalla data delle pubblicazioni sino ad un anno dalla celebrazione delle nozze), di gravidanza della lavoratrice (dal concepimento sino ad un anno di vita del bambino), di richiesta di congedo per la malattia del bambino e di congedo per adozione o affidamento, fino ad un anno dall'ingresso del minore nel nucleo familiare. Anche il licenziamento ritorsivo, ovvero basato su un motivo illecito determinante (art. 1345 c.c.), rientra nella categoria dei licenziamenti nulli. A tali ipotesi, il D. Lgs. 23/15 accomuna quella del licenziamento intimato per disabilità fisica o psichica (naturalmente, nel caso in cui il giudice accertasse il difetto di giustificazione).

In caso di licenziamento discriminatorio o riconducibile agli altri casi di nullità, è previsto, oltre alla reintegrazione in servizio, il risarcimento del danno commisurato alla ultima retribuzione utile per il calcolo del tfr, per il periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (nella misura non inferiore a 5 mensilità), dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. Nel caso di licenziamento disciplinare in cui sia dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, la misura dell'indennità risarcitoria non può superare le dodici mensilità.

## 3. Com'è regolato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel contratto a tutele crescenti?

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è fondato su ragioni inerenti l'organizzazione dell'impresa. Rientrano in tale nozione, ad esempio, la crisi dell'impresa, la cessazione dell'attività, il venir meno delle mansioni cui il lavoratore era assegnato senza che sia possibile il suo ripescaggio, vale a dire la ricollocazione del medesimo in altre mansioni esistenti in azienda e compatibili con il livello di inquadramento.

Il contratto a tutele crescenti disciplina il licenziamento per giustificato motivo come segue.

Ove il Giudice del Lavoro non riconosca la sussistenza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, deve dichiarare estinto il rapporto di lavoro e, conseguentemente, condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) di importo pari a:

- 2 mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 6 e non superiore a 36 mensilità, per le aziende con più di 15 dipendenti nella singola unità produttiva o nello stesso Comune (o più di 60 su tutto il territorio nazionale);
- 1 mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 3 e non superiore a 6 mensilità, per le aziende di minori dimensioni.

Il contratto a tutele crescenti, inoltre, abroga la procedura preventiva dinanzi alla Direzione Provinciale del Lavoro, sino ad oggi prevista dalla L. 92/12 (riforma Fornero) per le imprese con più di quindici dipendenti.

## Com'è regolato il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti?

Il licenziamento disciplinare è la sanzione estrema che il datore di lavoro ha a disposizione per i comportamenti del lavoratore che non adempia i propri doveri, violando le norme stabilite dalla legge, dai contratti collettivi e/o dal codice

disciplinare dell'azienda.

Il licenziamento disciplinare può essere motivato da una giusta causa oppure da un giustificato motivo oggettivo. Si parla di giusta causa (art. 2119 c.c.) quando l'inadempimento del lavoratore è così grave da non consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto di lavoro; in questo caso il rapporto si interrompe senza necessità di preavviso. Si parla invece di giustificato motivo soggettivo (art. 3 L. 604/1966) quando il lavoratore commette delle infrazioni meno gravi, ma comunque tali da ledere il rapporto di fiducia con il datore di lavoro; in questo caso il rapporto può essere interrotto nel rispetto dei termini di preavviso stabiliti dalla contrattazione collettiva.

Per entrambe le ipotesi, il licenziamento deve avvenire nel rispetto della procedura disciplinare (art. 7 L. 300/1970), con la preventiva contestazione degli addebiti rivolti al lavoratore e la possibilità per lo stesso di presentare le proprie giustificazioni.

Il licenziamento comminato al lavoratore senza che sussista una giusta causa o un giustificato motivo è illegittimo e in questi casi la legge prevede delle sanzioni a carico del datore di lavoro. Per i lavoratori assunti con un contratto a tempo indeterminato successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 23/2015 (ovvero a partire dal 7 marzo 2015), le sanzioni sono contenute nell'art. 3 del decreto citato.

La norma prevede, in generale, che laddove non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo oggettivo, il giudice deve dichiarare estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e deve condannare 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; tale indennità non potrà comunque essere inferiore a sei mensilità né superiore a trentasei.

Il comma 2 dell'art. 3 prevede poi la possibilità per il Giudice di disporre la reintegrazione in servizio del lavoratore, ma solo nelle ipotesi in cui sia direttamente dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato, rispetto al quale resta tuttavia estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento. In questo caso il Giudice annullerà il licenziamento e condannerà il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria (commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto), corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'art. 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non potrà essere superiore a dodici mensilità. Il datore di lavoro verrà inoltre condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, senza tuttavia l'applicazione di sanzioni per omissione contributiva. Al lavoratore è fatta salva la facoltà di esercitare il diritto di opzione previsto dall'art. 2 comma 3 del decreto.

L'art. 4 del decreto prevede una sanzione per la mera violazione della procedura di cui all'art. 7 delle L. 300/1970: in questo caso il rapporto di lavoro viene dichiarato estinto alla data del licenziamento e il datore di lavoro viene condannato al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una 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 due e non superiore a dodici mensilità.

Le sanzioni citate valgono esclusivamente nel caso in cui il datore di lavoro che procede al licenziamento possieda i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, ottavo e nono comma, della legge 300/1970; ove invece il datore di lavoro non raggiunga tali requisiti, al licenziamento illegittimo non potrà mai conseguire la reintegrazione in servizio del lavoratore

e le indennità risarcitorie sono ridotte della metà e non potranno comunque superare le 6 mensilità (art. 9 comma 1 D.Lgs. 23/2015).

5. Come sono regolati nel contratto a tutele crescenti i licenziamenti per sopravvenuta inidoneità e per superamento del comporta?

Il licenziamento per sopravvenuta inidoneità rappresenta uno dei pochi casi in cui permane il diritto alla reintegrazione anche a favore dei lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti. Infatti il Giudice, quando accerta il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica, condanna il datore di lavoro a reintegrare in servizio il lavoratore e a risarcirgli il danno, nella misura di tutte le mensilità perse dall'illegittimo licenziamento sino all'effettiva ricostituzione del rapporto (comunque, nella misura minima di 5 mensilità).

Dubbie, invece, sono le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta (ovvero del periodo massimo, stabilito dalla contrattazione collettiva, in cui il lavoratore in malattia o in infortunio ha diritto alla conservazione del posto di lavoro). Infatti, la nuova normativa relativa al contratto a tutele crescenti non menziona espressamente la fattispecie, lasciando, pertanto, all'interprete il compito di colmare la lacuna.

Al riguardo, si deve ritenere ancora una volta applicabile la sanzione della reintegrazione. Infatti, tra i casi di inidoneità fisica o psichica (per i quali, come si è visto, è esplicitamente prevista la reintegrazione) rientra certamente anche la malattia, che comporta una disabilità temporanea. Se così non fosse, la natura imperativa della tutela della salute renderebbe addirittura nullo il licenziamento in questione e, pertanto, ancora una volta sarebbe applicabile la reintegrazione.

6. Quali sono le conseguenze, in un contratto a tutele crescenti, di un licenziamento caratterizzato da un vizio di tipo procedurale?

La sanzione prevista per il licenziamento caratterizzato da vizi di tipo procedurale è esclusivamente economica e prevede il pagamento di importi ridotti rispetto alle sanzioni previste per i vizi sostanziali di giustificazione del licenziamento.

In particolare, nel caso in cui manchi la motivazione del licenziamento o non venga osservata la procedura prevista dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, il rapporto di lavoro viene dichiarato estinto dal giudice ed il datore di lavoro viene condannato al pagamento di un'indennità pari ad una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità. Nel caso di licenziamento intimato da piccole imprese, il risarcimento è dimezzato rispetto alle misure prima indicate.

L'art. 4 del D.Lgs. 23/2015 specifica però che tale tutela verrà applicata dal giudice solo quando non vi siano i presupposti per poter applicare tutele più favorevoli, se richieste dal lavoratore. Ciò significa che se, a prescindere dal vizio formale, si accertasse la mancanza del giustificato motivo, si applicherebbe la disciplina generale e non quella specificamente prevista per i vizi formali.

Si deve comunque ritenere che la disciplina speciale si applichi ai vizi formali in senso stretto (violazione dei termini, della forma, della audizione del lavoratore), ma non ai vizi di carattere sostanziale (per esempio, la radicale omissione della procedura, la non tempestività o genericità delle contestazioni), che sono invece disciplinati dalla normativa generale.

7. Com'è disciplinato il licenziamento collettivo nel contratto a tutele crescenti?

Si parla di licenziamento collettivo quando l'imprenditore, al ricorrere di determinate condizioni, ed in ogni caso nel rispetto di una rigorosa procedura (di cui alla L. 223/91), decida di effettuare una significativa riduzione del personale.

Tra l'altro, ciò può accadere nei casi in cui l'imprenditore (ove occupi più di 15 dipendenti) intenda licenziare almeno 5 lavoratori nell'arco di 120 giorni, a fronte di riduzione, trasformazione o cessazione dell'attività.

L'art. 10 del D. Lgs 23/2015, pur mantenendo invariata la procedura di mobilità prevista dalla L. 223/91 (così come modificata, peraltro, dalla L. 92/2012), introduce significative modifiche al regime sanzionatorio nei confronti dei licenziamenti collettivi illegittimi, che indeboliscono la tutela offerta al lavoratore.

Già la riforma Fornero (L. 92/2012) aveva limitato le ipotesi di reintegrazione sul posto di lavoro ai soli casi in cui il licenziamento collettivo fosse dichiarato illegittimo per violazione dei criteri di scelta, ovvero quando intimato in assenza della forma scritta, prevedendo inoltre la condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria non inferiore a 5 mensilità nel primo caso, e non superiore a 12 nel secondo. Invece, nel caso di violazione delle procedure previste dalla legge, la L. 92/2012 aveva escluso la tutela reintegratoria, prevedendo esclusivamente la corresponsione, in favore del lavoratore, di un risarcimento compreso fra 12 e 24 mensilità, liquidato dal Giudice tenendo conto di criteri quali l'anzianità di servizio, le dimensioni aziendali e la condotta tenuta dalle parti.

Il D. Lgs. 23/2015 riduce ulteriormente le ipotesi di reintegrazione sul posto di lavoro nei confronti di lavoratori assunti con contratto a tutele crescenti.

Tale sanzione, infatti, è prevista nelle sole ipotesi in cui il provvedimento sia intimato in forma orale, ovvero per motivi discriminatori (in questo caso è anche dovuto il risarcimento del danno nella misura minima di 5 mensilità).

Qualora, invece, venisse accertata la violazione della procedura di cui alla L. 223/91, ovvero dei criteri di scelta, il Giudice dichiarerà estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento, con contestuale condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità.

Com'è disciplinato nel contratto a tutele crescenti il licenziamento intimato dalle piccole imprese?

Nell'ambito delle imprese che non integrino i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, commi 8 e 9 S.L. (sino a 15 dipendenti occupati nella singola unità produttiva o nello stesso Comune, ovvero sino a 5 se trattasi di imprese agricole), l'art. 9 del D. Lgs. 23/2015 prevede, per i lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, l'esclusione della tutela reintegratoria (salvi i casi di licenziamento discriminatorio od orale), ed una significativa riduzione dell'indennità risarcitoria, rispetto alla soglia (di 36 mensilità) fissata con riferimento alle aziende che occupano più di 15 dipendenti.

In particolare, il lavoratore ha diritto a 1 mensilità per ogni anno di anzianità, comunque con un minimo di 3 e un massimo di 6 mensilità. Nel caso di licenziamento illegittimo per vizi formali, l'indennità è dovuta nella misura di mezzo mese per ogni anno di anzianità, con un minimo di 1 mensilità e un massimo di 6.

Benché ai lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 23/2015 si applichino tuttora le disposizioni di cui alla L. 604/66, viene introdotto un meccanismo idoneo a equiparare questi lavoratori con quelli assunti con contratto a tutele crescenti. Infatti, nei casi in cui il datore di lavoro, a seguito di nuove assunzioni a tutele crescenti, superi la soglia dei 15 dipendenti, la disciplina di cui al D. Lgs. 23/2015 (e non, quindi, quella dell'art. 18 S.L.) diverrà applicabile a tutti i lavoratori, anche quelli assunti in precedenza. Se in seguito l'azienda dovesse nuovamente scendere sotto la

soglia delle 15 unità, non sarà più riconosciuta la tutela di cui alla L. 604/66 ma, per tutti i lavoratori, sarà applicata quella prevista per i contratti a tutele crescenti nelle piccole aziende.

#### 9. Nel caso di licenziamento di un lavoratore che ha stipulato un contratto a tutele crescenti, il datore di lavoro può fare proposte conciliative?

Nel caso di licenziamento di un lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti, il datore di lavoro può offrire allo stesso una somma di denaro, la cui accettazione comporta la definitiva estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia del lavoratore alla relativa impugnazione, ancorché già proposta.

Più precisamente, il datore di lavoro, entro 60 giorni dal recesso, può convocare il lavoratore presso una delle sedi di cui all'art. 2113, quarto comma, del codice civile, e all'art. 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003 (ad esempio, le Direzioni Territoriali del Lavoro, ovvero le sedi previste dai contratti collettivi sottoscritti dai sindacati maggiormente rappresentativi) e offrire allo stesso un assegno circolare di importo pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità.

Tale somma non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, e non è assoggettata a contribuzione previdenziale.

E' bene precisare, in ogni caso, che la sottoscrizione di tale accordo è rivolta a tacitare esclusivamente l'eventuale contenzioso riguardante il licenziamento, mentre resta impregiudicata, per il lavoratore, la possibilità di instaurare controversie in merito ad ogni altra "pendenza" relativa all'intercorso rapporto di lavoro.

#### 10 Com'è disciplinato il licenziamento collettivo dei dirigenti?

In caso di vizi della procedura di licenziamento collettivo o di violazione dei criteri di scelta, il dirigente, in virtù dell'art. 16 della legge n. 161/2014, può ottenere una indennità risarcitoria compresa tra il minimo di dodici mesi ed il massimo di ventiquattro, in base alla natura e alla gravità della violazione. Invece, il lavoratore che non sia dirigente e che sia assunto con contratto a tutele crescenti, ha diritto, per tutte le ipotesi di violazione della L. 223/91, ad una indennità pari a due mensilità per ogni anno di servizio con una base di partenza pari a sei mensilità ed un massimo di trentasei.

#### 11. Com'è disciplinato nel contratto a tutele crescenti il licenziamento dei dipendenti delle organizzazioni di tendenza?

Il D.Lgs. 23/15 estende la disciplina del contratto a tutele crescenti alle organizzazioni di tendenza, ovvero a quei datori di lavoro che svolgono senza fini di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto. Ciò significa che i lavoratori assunti a tempo indeterminato dalle organizzazioni di tendenza possono ora godere non solo della tutela risarcitoria, come avveniva in passato (v. art. 4 L.108/90), ma anche della tutela reintegratoria, nelle ipotesi residuali ed entro i limiti in cui il decreto ne prevede tuttora l'applicazione, ovvero in caso di licenziamenti discriminatori, nulli, inefficaci (in quanto intimati oralmente), e di licenziamenti disciplinari di cui venga accertata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

Il testo dell'articolo 9 del D.Lgs. 23/15 ("alle organizzazioni di tendenza si applica la disciplina del presente decreto") sembra confortare l'ipotesi interpretativa secondo cui i dipendenti delle organizzazioni di tendenza siano tutti soggetti alla nuova disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo, a prescindere dalla data di assunzione. Del resto, se

così non fosse, la norma penalizzerebbe i lavoratori assunti prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 23/15, rispetto ai nuovi assunti, in violazione del principio di parità di trattamento e di ragionevolezza delle differenziazioni, di cui all'art. 3 della Costituzione.

## 12. Come si calcola l'indennizzo dovuto per il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti?

Nel contratto a tutele crescenti, qualora il licenziamento sia illegittimo in quanto non sussistono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità di importo variabile ma comunque non inferiore a 6 e non superiore a 36 mensilità.

La Corte Costituzionale (C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194) ha dichiarato illegittima la disposizione del c.d. "contratto a tutele crescenti" (art. 3, c. 1, D. Lgs. 23/2015) che prevedeva, in caso di licenziamento illegittimo, un sistema di calcolo dell'indennità spettante rigido e legato alla sola anzianità di servizio.

Pertanto, dall'8 novembre 2018 il giudice, nel caso in cui accerti che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa di lavoratori con contratto di lavoro a tutele crescenti, può discrezionalmente determinare la misura dell'indennità risarcitoria, nel rispetto dei limiti previsti dalla legge (da sei a trentasei mensilità se i dipendenti sono più di quindici), tenendo conto non solo dell'anzianità di servizio del lavoratore, ma anche dei seguenti criteri: numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti.

La mensilità da considerare è l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Questo comporta che per ottenere la mensilità bisogna sommare tutti i compensi percepiti negli ultimi 12 mesi di rapporto e dividere il risultato per 12.

Come si diceva, nella somma dei compensi percepiti devono essere considerati tutti i compensi effettivamente percepiti, a meno che il contratto collettivo escluda espressamente alcuni istituti retributivi dal calcolo del TFR. In particolare, bisogna ricomprendere tutte le mensilità aggiuntive (tredicesima, eventuale quattordicesima), l'equivalente della retribuzione in natura, i premi, i bonus e ogni compenso corrisposto non occasionalmente. Inoltre, nella somma bisogna comprendere anche l'indennità sostitutiva del preavviso, stante la sua natura retributiva e l'incidenza della stessa sul TFR.

In ogni caso, l'indennità risarcitoria, per espressa previsione legislativa, non è assoggettata a contribuzione previdenziale.