

La riforma del mercato del lavoro del governo Monti

Autore: Viceconte Massimo

In: Diritto del lavoro

Primi commenti su alcuni importanti istituti

Con questo breve scritto ci limiteremo a commentare senza la pretesa di essere esaustivi, alcuni importanti istituti ,di carattere sostanziale,contenuti in quel blocco di norme che riguarda l'entrata e l'uscita del lavoratore nella e dalla impresa.

Abbiamo convenuto di circoscrivere l'argomento dell'articolo a solo alcuni punti fondamentali della riforma in considerazione della complessità della materia che richiederebbe ben diversa e più ampia trattazione.

Ma anche in considerazione del fatto che già si parla di "riforma della riforma"

Le parti sociali, come d'abitudine, per quel che ci consta dai media ,si dichiarano scontente.L'autorevole quotidiano ,Il Sole 24 Ore, commenta "Un dedalo di regole di difficile gestione" pag .19 dell'edizione del 28 giugno 2012.

Si sono tenuti in giro per l'Italia vari convegni.Ad alcuni abbiamo partecipato.Per lo più gli oratori hanno espresso alcune perplessità.

La riforma sembra porre più problemi di quanti ne risolve.

Tipologie contrattuali

Sulle tipologie di contratti che consentono l'instaurazione di un rapporto di lavoro riteniamo di poter fare le seguenti considerazioni che riteniamo di una certa importanza.

Sul contratto a termine

La norma introdotta dalla l. n. 247 del 2007 che suonava :< il contratto di lavoro subordinato è stipulato di regola a tempo indeterminato> viene sostituita dalla norma per cui < il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro>.

Mentre il primo principio ha un ambito più ristretto per il quale in presenza di un rapporto di lavoro "subordinato" dobbiamo partire dall'ipotesi prevalente di trovarci di fronte a un rapporto a tempo indeterminato e non a termine; l'enunciato modificativo va letto, secondo noi, nel senso che in presenza di un rapporto di lavoro (non ancora certificato) deve prevalere l'interpretazione per la quale ci troviamo di fronte a un rapporto di lavoro subordinato.

Non può certo trattarsi di una modifica puramente formale considerata l'enfasi derivante dalla sua collocazione nel testo e dal fatto che costituisce premessa a questa riforma importante ,travagliata e dai notevoli significati politici .Essa ,anche se vi si opporrebbe l' argomento sistematico, considerata la sua collocazione nel D.lgs 368/2001 che regola il contratto a tempo determinato,potrebbe venire ad assumere di per sé o piuttosto in una con altre normative , anche esse contenute nella manovra, il valore di un principio generale dell'ordinamento (1) alla luce del quale interpretare le varie norme e risolvere i casi dubbi ed applicare l'interpretazione analogica (analogia juris). A conforto della nostra visione starebbero le indicazioni della stessa relazione per la quale le finalità dell'intervento si fondano su alcune linee direttrici:tra le quali ribadire e valorizzare il contratto di lavoro a tempo indeterminato come «contratto dominante» ovvero forma comune del rapporto di lavoro.Del resto è noto che i principi dell'ordinamento

vengono individuati anche attraverso un metodo induttivo che partendo dalla regolamentazione di casi particolari viene a delineare il principio generale. A parer nostro, pur nulla dicendo espressamente sulla norma specifica la relazione politica del Ministro al Disegno di legge, la nuova norma è più pregnante, tendendo a limitare ancor più la precarietà dei rapporti. Così specificatamente per il contratto a termine e anche per il contratto a progetto con la conseguenza che si accrescono le presunzioni di sussistenza del rapporto di lavoro subordinato .

Per quanto riguarda il contratto di lavoro a termine la novità più vistosa, a parer nostro, è quella dell'introduzione di un contratto <acausale> della durata lunga di un anno, per una volta sola tra le parti e senza possibilità di proroga. Ciò è a valere anche nel caso di prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato ai sensi del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 .Con tale strumento è possibile assumere un lavoratore senza specificare alcuna delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che sono previste dal Decreto legislativo n.368/2001 per giustificare la temporaneità della durata .Nonostante l'aggravio contributivo previsto dalla manovra , è uno strumento di grande flessibilità destinato ad assorbire una certa parte di contratti che altrimenti sarebbero stati a progetto e , non imponendo obblighi di formazione, anche una certa parte dei contratti di apprendistato. In alternativa i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale possono prevedere, in via diretta a livello interconfederale o di categoria ovvero in via delegata ai livelli decentrati, che in luogo dell'ipotesi di cui al precedente periodo il requisito di cui al comma 1 non sia richiesto nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato o la missione nell'ambito del contratto di somministrazione a tempo determinato avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato dalle ragioni di cui all'articolo 5, comma 3, nel limite complessivo del 6 per cento del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva.

Sul contratto a progetto

Per quanto riguarda il c.d. contratto di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale, riconducibile a uno o più progetti, notiamo che dalla nozione viene espunto il c.d <programma di lavoro o fase di esso> che poteva giustificare, secondo il legislatore precedente, la stipulazione di un contratto a progetto. In effetti si trattava di un concetto fumoso che raramente abbiamo trovato invocato dal datore di lavoro a supporto di tale contratto, nelle sentenze di merito che si sono pronunciate sul contratto a progetto. Si prestava inoltre nella sua formulazione ad andare a coincidere proprio con quell'attività tipica svolta dal datore di lavoro, ingenerando in tal modo incertezza sulla sua natura, se cioè potesse considerarsi come genuina collaborazione coordinata e continuativa o, per la sua contiguità e affinità col lavoratore dipendente di quell'impresa, come rapporto di lavoro subordinato. Nella migliore delle ipotesi, ove non si presentasse come riproposizione dell'oggetto sociale, finiva con l'assomigliare e conseguentemente a confondersi col lavoro a progetto venendo in tal modo a costituirne un doppio ridondante.

Resta dunque come elemento essenziale, dopo la riforma in oggetto, di tale tipologia la sua riconducibilità a < uno o più progetti specifici >, che devono secondo l'odierno legislatore rivestire alcune caratteristiche, in parte già richieste dalla precedente normativa, da esso ora indicate e meglio delineate.

Tali progetti devono essere . 1) determinati dal committente; non si richiede quindi che siano concordati; 2) gestiti autonomamente dal collaboratore [e qui nasce un primo dubbio non di poco momento, cioè quando si abbia l'autonomia sufficiente per non sconfinare nel rapporto di lavoro subordinato. In altri termini se la presenza di alcuni indicatori tipici della subordinazione -soprattutto alcune direttive di natura tecnica del datore di lavoro indispensabili perché il risultato, come vedremo dopo, sia utile all'organizzazione del committente, non potendo il collaboratore procedere secondo rotte che all'esito finale non consentano l'inserimento del <risultato>, e non dell'intero comportamento del collaboratore, nel processo produttivo del datore di lavoro- sia compatibile con il profilo e la nozione di questo contratto] ;3) devono essere funzionalmente collegati a un determinato risultato finale (opus); 4) non possono consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente; 5) devono avere riguardo al coordinamento con l'organizzazione del committente : questa caratteristica va letta alla luce di quanto è detto al punto 2 e quanto si dirà in seguito ; 6) devono prescindere dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa : il che viene a significare da un lato che non si deve guardare al tempo impiegato dal collaboratore ma al <risultato> raggiunto, [il che ci porrà problemi sulla misura del corrispettivo da

erogare al collaboratore che, come vedremo infra, con riguardo all'art. 63 nuova e vecchia versione deve tenere conto anche della " quantità" del lavoro svolto] e dall'altro che non tollera "orari di lavoro" ;7) non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Ci preme notare che dell'istituto il <risultato> è un elemento essenziale ma che altresì il <coordinamento> con l'organizzazione del committente rappresenta un ulteriore elemento essenziale, costitutivo o, quanto meno, una caratteristica essenziale del primo elemento.

Il coordinamento è infatti ciò che distingue tale contratto dal lavoro subordinato da un lato e dal lavoro autonomo (ex art.2222 c.c.) dall'altro.

Per ora ci limitiamo a chiarire la sua importanza, che abbiamo detto essere almeno pari all'importanza del risultato da raggiungere da parte del collaboratore.

Ad.es , ove si assegni al collaboratore il progetto del <riordino dell'archivio tecnico> in una impresa, il risultato consisterà sì nella messa in ordine della documentazione tutta contenuta nell'archivio ,ma tale riordino dovrà risultare coordinato,nel senso che non potrà prescindere dalle esigenze dei vari settori dell'impresa della quale parliamo,non dovrà essere un riordino qualunque ma dovrà essere una operazione che tenga conto e pertanto rappresenti un contributo alle finalità perseguite dai vari dipartimenti o settori e dell'impresa tutta nella sua globalità. Questo è il significato del coordinamento.

Non si riflette sufficientemente dalla dottrina sulla natura di tale coordinamento. Se da un lato il collaboratore coordinato deve gestire autonomamente il progetto (entro certi limiti, salve, come su detto, le direttive "leggere") dall'altro lato deve aversi il coordinamento con l'organizzazione del committente.Tale coordinamento sarà qualcosa di meno della subordinazione ma qualcosa di più del

lavoro autonomo (ex art. 2222 c.c.), che anch'esso deve dare un risultato. Tale coordinamento, a parer nostro, dovrà consistere in un coordinamento di natura tecnica, nel senso che il collaboratore non potrà prescindere dalle indicazioni tecniche che stabiliscono i parametri dell'opera da compiere. Infatti il risultato dovrà inserirsi nel processo produttivo del committente e contribuire alle finalità generali dell'impresa senza peraltro coincidere con l'oggetto sociale.

Ove manchi tale caratteristica non si potrà parlare di genuinità del progetto

Si pensi ad una attività consulenziale cui sia affidata la realizzazione di un progetto (ad es. la progettazione di un edificio aziendale per gli uffici) - il cui contenuto non rientra nell'oggetto sociale e non possa considerarsi in qualche modo coordinata in senso stretto con l'organizzazione del committente - che viene comunque formalizzata con un contratto di collaborazione coordinata, si ricadrebbe in tal caso nel lavoro autonomo con conseguente annullamento della contribuzione versata.

Circa la forma del contratto la modifica più importante è rappresentata dalla sostituzione del punto b) del comma 1 dell'articolo 62, che prevedeva che il contratto contenesse la indicazione del progetto [o programma di lavoro, o fasi di esso : ora da espungere] individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto, con l'enunciato nuovo, più mirato sul risultato, nel senso che prevede che il contratto deve contenere la descrizione del progetto, con individuazione del suo contenuto caratterizzante e del risultato finale che si intende conseguire.

Per quanto riguarda il compenso da corrispondere al collaboratore a progetto occorre far riferimento, ove esistenti, ai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria ovvero, su loro delega ai livelli decentrati (territoriale o aziendale), che dovranno stabilire minimi per ciascun settore di attività.

I contratti collettivi devono comunque stabilire un compenso proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, che inoltre non può essere inferiore (se contratti decentrati) ai minimi stabiliti in modo specifico per quel settore di attività, eventualmente articolati per i relativi profili professionali tipici e in ogni caso sulla base dei minimi salariali applicati nel settore medesimo alle mansioni equiparabili svolte ai lavoratori subordinati.

In assenza di contrattazione collettiva il compenso non potrà essere inferiore - a parità di durata dell'attività oggetto della prestazione- alle retribuzioni minime previste dai contratti nazionali di categoria applicati [ai lavoratori dipendenti] nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto.

Tale nuova normativa rappresenta un forte cambiamento rispetto alla norma previgente che prevedeva che il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto dovesse essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e dovesse tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto.

Dall'esame del testo , peraltro piuttosto contorto, si può quindi notare un vero e proprio mutamento, per non dire capovolgimento, di rotta. Infatti mentre nel precedente ordinamento si faceva riferimento per commisurare il corrispettivo dei collaboratori esterni ai lavoratori autonomi, nel nuovo ordinamento si fa riferimento al lavoratore subordinato.

Circa i vizi e irregolarità la nuova normativa delinea meglio le sanzioni previste in tali casi:

1) il comma 24 dell' art.1 (modifica o meglio interpreta l' art.69,comma1 l.276/2003) :la mancanza dello specifico progetto (considerato elemento essenziale del contratto) determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (conversione ?); l'art. previgente prevedeva che tali rapporti privi di progetto <[fossero] considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin

dalla data di costituzione del rapporto>.

2) Fermo restando il comma 2 dell'art 69 l.276 /2003 che recitava :< qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti.>, viene aggiunto dall'art1 comma 23 lettera g) un ulteriore periodo secondo il quale :< salvo prova contraria a carico del committente, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, sono considerati rapporti di lavoro subordinato sin dalla data di costituzione del rapporto, nel caso in cui l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dipendenti dell'impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità che possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.>.Dove l'accento è posto sulle <modalità di esecuzione> dell'attività del collaboratore,che rappresenta una presunzione di cui il giudice deve tenere conto nella sua azione di accertamento prevista nella prima parte.

Infine sono aumentate le cause di cessazione del rapporto di lavoro di collaborazione coordinata e continuativa.E' previsto che entrambe le parti possano recedere prima della scadenza del termine per giusta causa. Il committente può altresì recedere prima della scadenza del termine anche qualora siano emersi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto. Il collaboratore può recedere prima della scadenza del termine, dandone preavviso, nel caso che tale facoltà sia prevista nel contratto individuale di lavoro. Laddove la precedente normativa prevedeva che i contratti di lavoro di cui al presente capo [v. l-276/2003] si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto e inoltre che. le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale.Ove si vede che è stata introdotta una nuova causale la "emersione di profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto". Emersione dai vaghi e incerti profili che aprirà certamente un forte contenzioso.

Sulla flessibilità in uscita e tutela del lavoratore

Esposizione sistematica dei contenuti

Premettiamo che la riforma introduce, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo una procedura c.d. di “raffreddamento”, ossia di natura preventiva, alternativa al recesso e conciliativa, al comma 40 art.1 :<Ferma l'applicabilità, per il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo soggettivo, dell'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte, della presente legge, qualora disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, deve essere preceduto da una comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla Direzione territoriale del lavoro del luogo dove il lavoratore presta la sua opera, e trasmessa per conoscenza al lavoratore.>. Espletata la procedura, per la quale rimandiamo al testo del decreto, senza che si raggiunga la conciliazione il datore di lavoro può comunicare il licenziamento al lavoratore.

Passiamo ora a trattare la norma che più di ogni altra ha fatto discutere e che nel futuro sarà indicata come quella che dà l'impronta più forte all'intera manovra : il comma 42 dell'art 1

che modifica l'articolo 18 della legge 20 maggio 1970 n.300 c.d. Statuto dei lavoratori.

Come noto l'art.18 è stato a lungo al centro dei dibattiti almeno degli ultimi 25-30 anni.

Ha rappresentato il “fronte” tra i diversi schieramenti. Ha rivestito un significato emblematico. Forse, potremmo azzardare, è stato sopravvalutato da entrambe le parti.

Tale nuova normativa, in sintesi, delinea due Aree: a) quella della reintegrazione [obbligatoria] nel posto

di lavoro del lavoratore illegittimamente licenziato, prevedendo in aggiunta un risarcimento del danno subito da lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, che denomineremo Area A b) quella del mero risarcimento del danno al lavoratore illegittimamente licenziato, che denomineremo Area B.

Dobbiamo nell'ambito della area A distinguere due sottoaree, soggette a diversi trattamenti normativi che denomineremo Area A1 e Area A2.

Nella Area A1 sono ricompresi

1) il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, 2) il licenziamento intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o 3) il licenziamento intimato in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ovvero 4) il licenziamento nullo perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile

Il giudice, con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento per i motivi di cui supra, 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. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al terzo comma del presente articolo.

La presente disposizione si applica anche ai dirigenti.

Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

Il giudice, con la sentenza di cui al primo comma, condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia 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, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Fermo restando il diritto al risarcimento del danno come previsto al secondo comma, al lavoratore è data la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel

posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che non è assoggettata a contribuzione previdenziale. La richiesta dell'indennità deve essere effettuata entro trenta giorni dalla comunicazione del deposito della sentenza, o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.

Nella Area A2 sono ricomprese :

1) le ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge, dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili(2) 2) le ipotesi in cui il giudice accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68,(3) per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore, ovvero che il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile.

In tali casi il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma.

C'è poi una area in cui è lasciata facoltà di scelta al Giudice di optare per la reintegrazione del lavoratore nel caso in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In tal caso applica la disciplina dell'Area 2

Nell'area B sono ricomprese le seguenti fattispecie

L'area del risarcimento è prevista dal comma 5 ,nelle seguenti ipotesi 1) le ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione a diversi parametri (anzianità di servizio, numero di dipendenti etc)>

Le ipotesi previste in tale comma (la norma recita testualmente "le altre ipotesi" rispetto a quelle del comma precedente) sono da intendersi quelle previste dall'ordinamento come giusta causa (art. 2119 c.c.: una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto) e come giustificato motivo soggettivo (art. 3 legge n.604/1966 : un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro), ipotesi che non necessariamente coincidono con quelle codificate nei ccnl come sembrerebbe interpretare il testo letterale Zambelli su Il Sole 24 ore del 28 giugno 2012, anche se poi esprime perplessità in merito ;

2) a questa fondamentale ipotesi dobbiamo aggiungere quella in cui il licenziamento sia dichiarato

inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'art.2,co.2, della legge 15 luglio 1966 n.604 e successive modificazioni,per violazione della procedura di cui all'art.7 della presente legge vedi sopra), o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966 n.604,ma con attribuzione di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità 3) nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo (con esclusione della su vista ipotesi di manifesta insussistenza cui il giudice può applicare il regime più rigoroso della reintegrazione). In tale ultimo caso il giudice, ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni.

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

Le disposizioni che riguardano le aree A2 e B

si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti.

Per le dimissioni e per la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro sono previste procedure particolari di convalida dall 'art. 4 commi 16-23.

Commento

La norma appare complessa e richiede una analisi attenta.

Fondamentalmente l'area del licenziamento disciplinare e l'area del giustificato motivo oggettivo (c.d. licenziamenti organizzativi) è stata sottratta alla reintegrazione.

Il datore di lavoro in pratica potrà licenziare un proprio lavoratore per cause disciplinari nella certezza che tutt'al più dovrà pagare una somma di denaro già predeterminata nel suo massimo.

Ci pare una soluzione di compromesso sotto la spinta di posizioni contrapposte.V'era chi desiderava che la reintegrazione nel caso di licenziamento illegittimo venisse espulsa dall'ordinamento(o meglio restasse solo per il licenziamento discriminatorio) : alcuni disegni di legge in tale direzione erano stati presentati in parlamento.V'era chi non riteneva equo che a fronte di un licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo il lavoratore licenziato non potesse riottenere il lavoro perduto.

Un'altra esigenza,propria di entrambe le parti sociali, era quella che l'intero procedimento giudiziario, conseguente al licenziamento, in tutte le sue fasi si chiudesse in tempi,il più possibile brevi.Sia il datore di lavoro, soprattutto se di piccole dimensioni -per non doversi trovare a far fronte a elevati risarcimenti tali da compromettere lo stesso bilancio aziendale- sia il lavoratore auspicavano una risoluzione del contenzioso veloce. Non pare che si sia tenuto conto di ciò,anche se l'aver posto tetti ai risarcimenti potrebbe scongiurare esborsi elevati ma non tutelerebbe per questo aspetto il lavoratore che si trova in una situazione di incertezza circa il suo posto di lavoro. Quanto,comunque, al primo aspetto(quello del datore di lavoro) non si ovierebbe all'inconveniente per quanto riguarda li licenziamento orale cui se

abbiamo bene interpretato non si applicano i tetti.

L'area più critica, sotto il profilo interpretativo, è senz'altro quella del comma quinto : non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro. Si era, a quanto ci risulta, in un primo tempo proposto di lasciare in tal caso la scelta tra la reintegrazione nel posto di lavoro o il risarcimento del danno al giudice. Si è invece optato per la soluzione testè illustrata di consentire al giudice unicamente la scelta del risarcimento.

Ma non mancano i problemi interpretativi. Si è infatti delineato un quadro, di incerta interpretazione, che prevede nel caso del licenziamento per giustificato motivo soggettivo e giusta causa tre ipotesi: a) l'insussistenza del fatto contestato che darebbe luogo alla reintegrazione da parte del giudice senza alternative; b) idem nel caso che il fatto contestato rientri tra le condotte passibili di sanzioni conservative (ammonizione scritta o verbale, multa, sospensione dal lavoro) ; c) l'insussistenza di un giustificato motivo soggettivo o di una giusta causa.

Lasciando da parte l'ipotesi sub b) in quanto ci pare molto improbabile e anche peregrino che si possa comminare un licenziamento per quelle condotte per il quale il ccnl del settore o i regolamenti disciplinari vigenti in azienda, ove vigenti, prevedano sanzioni di lieve entità .

Restano da esaminare le ipotesi sub a), quella della <insussistenza del fatto contestato>. Infatti in sede giudiziaria potrebbe accertarsi che il predetto fatto sia insussistente. Anche in questo caso pare improbabile che si sia attivata una procedura così grave senza elementi di fatto. Tuttavia non è da escludersi. Potranno piuttosto darsi ipotesi per cui non sussista quel fatto ma un altro fatto o che quel fatto qualificato giuridicamente in un certo modo debba qualificarsi in altro modo. Quid juris in tali casi? L'interpretazione letterale della nuova norma farebbe propendere per una nullità totale del licenziamento con conseguente reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Anche perchè verrebbe inficiato l'intero procedimento disciplinare condotto nel presupposto dell'esistenza di quel fatto. Dovrebbe quindi essere avviata una nuova procedura disciplinare con riguardo al nuovo fatto, con problemi circa la immediatezza della contestazione della condotta sanzionabile che dà luogo alla procedura.. Ma il giudice, anche per il

principio della conservazione degli atti, se applicabile al “processo disciplinare”, e per evitare di incorrere nel divieto del ne bis in idem potrebbe pronunciarsi sul nuovo fatto (4) concludendo non più con una reintegrazione ma con una condanna al risarcimento del danno.

Si ipotizzi che al lavoratore sia stata contestata l’infrazione disciplinare di “rissa” fuori dei reparti produttivi o anche nei reparti produttivi, entrambi comportanti il licenziamento con o senza preavviso e in sede giudiziaria, dopo la fase istruttoria, sentiti i testi, risulti altro comportamento (ad es. violenza verso un collega di lavoro o altro). Il giudice dovrà concludere per l’insussistenza e reintegrare o dovrà valutare tout court il nuovo comportamento emerso e ,se lo ritenga idoneo ,confermare il licenziamento o ,se lo ritenga non idoneo, condannare il datore di lavoro al risarcimento ?

NOTE

(1) v.art.12 preleggi: “ Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”

(2) Ma vedi : Corte di Cassazione Sezione Lavoro civile Sentenza 15.02.1996, n. 1173 “ In materia di licenziamenti disciplinari, deve escludersi che, ove un determinato comportamento del lavoratore, invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento, sia contemplato dal contratto collettivo come integrante una specifica infrazione disciplinare cui corrisponda una sanzione conservativa, essa possa formare oggetto di una autonoma e piu` grave valutazione da parte del giudice, a meno che non accerti che le parti avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravita` ,

la possibilità della sanzione espulsiva.

(3) Per comodità riportiamo i testi della legge 12 marzo 1999 ,n.68,

articolo 4 comma 4. I lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'articolo 3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'articolo 8

articolo 10 comma 3. Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute o di significative variazioni dell'organizzazione del lavoro, il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute. Nelle medesime ipotesi il datore di lavoro può chiedere che vengano accertate le condizioni di salute del disabile per verificare se, a causa delle sue minorazioni, possa continuare ad essere utilizzato presso l'azienda. Qualora si riscontri una condizione di aggravamento che, sulla base dei criteri definiti dall'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, sia incompatibile con la prosecuzione dell'attività lavorativa, o tale incompatibilità sia accertata con riferimento alla variazione dell'organizzazione del lavoro, il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista.

Durante tale periodo il lavoratore può essere impiegato in tirocinio formativo. Gli accertamenti sono effettuati dalla commissione di cui all'articolo 4 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, integrata a norma

dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui all'articolo 1, comma 4, della presente legge, che valuta sentito anche l'organismo di cui all'articolo 6, comma 3, del decreto legislativo 23 dicembre 1997, n. 469, come modificato dall'articolo 6 della presente legge. La richiesta di accertamento e il periodo necessario per il suo compimento non costituiscono causa di sospensione del rapporto di lavoro. Il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro, la predetta commissione accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda.

(4) Ma vedi tra le tante: Corte di Cassazione Sezione Lavoro civile Sentenza 06.03.2009, n. 5580 "Va qualificato come "ontologicamente disciplinare" il licenziamento che, pur motivato formalmente come dovuto a ragioni obiettive, sia in realtà dovuto a mancanze ed in particolare ad insubordinazione del lavoratore. Aggiungasi che in tema di licenziamento, una volta comunicati i motivi del recesso, non è consentito allegarne di nuovi e diversi, né prenderli in considerazione."

<https://www.diritto.it/la-riforma-del-mercato-del-lavoro-del-governo-monti/>