DISPENSA

(tratta da Scarpelli F. –Fezzi M. (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero*, *I Quaderni di* Wikilabour, in *www.wikilabour.it*)

Integrazioni al manuale consigliato
Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011
sulle principali novità introdotte dalla Riforma Fornero (L. 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato lavoro in una prospettiva di crescita*)

**Le integrazioni riguardano i capitoli di seguito indicati con i relativi argomenti:**

| | |
|---|---|
| **CAP. II, SEZ. B** | LE COLLABORAZIONI PROFESSIONALI |
| **CAP. VI** | IL SOSTEGNO ALLA GENITORIALITÀ |
| **CAP. VII** | LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI E IL CONTRASTO ALLE DIMISSIONI IN BIANCO |
| **CAP. IX, SEZ. C** | IL CONTRATTO DI APPRENDISTATO |
| **CAP. XI, SEZ. A** | IL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO |
| **CAP. XI, SEZ. C** | IL CONTRATTO A TEMPO PARZIALE E IL LAVORO INTERMITTENTE |
| **CAP. XI, SEZ. D** | IL LAVORO A PROGETTO E IL LAVORO OCCASIONALE |
| **CAP. XII, SEZ. B** | I LICENZIAMENTI COLLETTIVI |

**<u>Integrazioni al Cap. II, Sez. B</u> - LE COLLABORAZIONI PROFESSIONALI** di *Daniela Manassero*

***Sintesi delle novità***

La legge 92/2012 si occupa anche dei liberi professionisti titolari di partita IVA, con l'evidente finalità di contrastare prassi di abuso nel ricorso a tale forma di collaborazione, la quale oggi troppo spesso, in assenza della configurazione del collaboratore come un vero professionista, viene utilizzata – obbligando il collaboratore a "aprire la partita Iva" – per sottrarsi alla disciplina del lavoro subordinato ma anche, in qualche caso, per evitare l'applicazione della disciplina del contratto a progetto introdotta dal decreto legislativo 276 del 2003.

Il meccanismo adottato è ancora una volta quello di prevedere delle condizioni alle quali il rapporto contrattuale, formalizzato come mera collaborazione professionale, viene ricondotto per forza di legge nella fattispecie del contratto di collaborazione a progetto, con applicazione della relativa disciplina (artt. 61-69 D.Lgs. 276/2003 come modificati dalla L. 92/2012: ciò che potrà far poi scattare, a sua volta, i meccanismi sanzionatori di riconduzione della collaborazione a progetto alla fattispecie del lavoro subordinato).

La stessa legge precisa però che non possano essere considerati collaboratori coordinati e continuativi i professionisti iscritti agli albi professionali quando esercitano l'attività professionale loro propria (ad es. l'attività di patrocinio legale per un avvocato o l'attività giornalistica per un giornalista ecc.) e neppure quando l'attività di lavoro autonomo sia connotata da competenze teoriche o tecnico-pratiche di grado elevato e la persona abbia un reddito annuo minimo pari a quello che determina l'obbligo di pagamento dei contributi per gli artigiani e i commercianti.

***Scheda di approfondimento***

L'art. 69 bis del D.Lgs. 276/2003, introdotto dalla L. 92/2012 (cfr. art. 1 commi 26 e 27 L. 92/2012), dispone che le prestazioni di lavoro rese da soggetti titolari di partita IVA, al ricorrere di determinate condizioni, non siano considerate collaborazioni professionali da lavoro autonomo ma collaborazioni coordinate continuative, con conseguente applicazione di tutta la disciplina legale del lavoro a progetto, compreso il prelievo contributivo e la disciplina sanzionatoria in caso di contratto a progetto non conforme al modello legale.

Affinché si possa presumere che si tratti di collaborazione coordinata e continuativa anziché di lavoro autonomo libero professionale devono ricorrere almeno due delle tre condizioni seguenti:

1) che la collaborazione per uno stesso committente sia durata 8 mesi nell'arco di un anno solare;

2) che oltre l'80% del fatturato del collaboratore nell'arco di un anno solare derivi da uno stesso committente (la legge precisa tuttavia che questa regola vale anche se il corrispettivo è fatturato a più soggetti, purché riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi);

3) che il collaboratore abbia la disponibilità di una postazione fissa presso il committente.

Quando sussistono almeno due di tali requisiti, dunque, il rapporto di collaborazione professionale deve essere riqualificato come rapporto di collaborazione a progetto e gli si applicherà la disciplina degli artt. 61 e ss. del D.Lgs. 276/2003. Ciò significa che anche per quel rapporto varrà l'obbligo di individuazione di uno specifico progetto: ove il contratto comunque stipulato tra le parti non lo preveda, e non ne individui il contenuto caratterizzante, il collaboratore potrà a quel punto far valere la sanzione di cui all'art. 69 1° comma, e dunque l'accertamento in via presuntiva della natura subordinata del rapporto di lavoro. Va da sé, peraltro, che nel caso in cui il contratto di collaborazione professionale sia stato sottoscritto per mascherare un normale rapporto di lavoro, il collaboratore potrà anche far valere direttamente tale pretesa, agendo per far accertare la natura subordinata del rapporto sulla base di classici criteri e indici di accertamento della subordinazione.

La legge prevede peraltro che la presunzione che si tratti di collaborazione coordinata e continuativa non operi in due ipotesi:
a) quando la prestazione di lavoro sia connotata da competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze di esercizio concreto dell'attività e la persona sia titolare di un reddito di lavoro autonomo parametrato al reddito minimo imponibile per il versamento dei contributi degli artigiani e commercianti (il riferimento normativo è all'art. 1, comma 3, della L. 233/1990) che per il 2012 è pari ad €14.930,00 annui (cfr. circolare INPS n. 14 del 3.2.2012);
b) quando la prestazione di lavoro sia svolta nell'esercizio di attività professionali per le quali sia prevista l'iscrizione obbligatoria ad un ordine professionale o ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali. Dovrà essere un decreto del Ministero del lavoro, da emanarsi entro tre mesi dall'entrata in vigore della legge e sentite le parti sociali, a precisare quali sono le attività professionali per le quali non opera la presunzione che si tratti di collaborazione coordinata e continuativa anche se la persona ha lavorato oltre 8 mesi per uno stesso committente dal quale ricava oltre l'80% del proprio fatturato.
La nuova disciplina delle collaborazioni professionali "convertite" in collaborazioni coordinate e continuative con applicazione delle regole sui contratti a progetto si applica per i rapporti di lavoro instaurati dopo l'entrata in vigore della legge; per quelli in corso alla data del 18.7.2012 le nuove disposizioni si applicano a partire dal 18.7.2013, cioè decorsi dodici mesi.

## <u>Integrazioni al Cap. VI</u> - SOSTEGNO ALLA GENITORIALITÀ

di *Velia Addonizio*

***Sintesi delle novità***

Per i prossimi anni 2013-2015 sarà sperimentato "al fine di sostenere la genitorialità, promuovendo una cultura di maggiore condivisione dei compiti di cura dei figli all'interno della coppia e per favorire la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro" un congedo di paternità obbligatorio per il padre lavoratore dipendente della durata di un giorno con l'astensione dal lavoro entro i cinque mesi dalla nascita del figlio.
Entro lo stesso periodo di cinque mesi dalla nascita del figlio, il padre lavoratore dipendente può astenersi per un ulteriore periodo di due giorni anche continuativi, previo accordo con la madre e in sua sostituzione.
Al padre lavoratore dipendente spetta per i giorni di astensione dal lavoro, (sia per quello obbligatorio, sia per gli eventuali altri due goduti in sostituzione della madre), una indennità giornaliera a carico dell'INPS pari al 100% della retribuzione.
Il comma 24 introduce, poi, al punto b) la possibilità, entro i limiti di spesa stanziati, di concedere alla madre lavoratrice, al termine del periodo di congedo per maternità, in alternativa alla fruizione del congedo parentale (*ex* art.32, comma primo lett. a) D.Lgs. n.151 del 2001), la corresponsione di *voucher* per l'acquisto di servizi di *baby sitting*, ovvero per far fronte ai costi dei servizi pubblici o dei servizi privati accreditati per l'infanzia.
Secondo il comma 25, sempre dell'art.4, un decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, che dovrà essere adottato entro il mese di agosto 2012, stabilirà i criteri di accesso e le modalità di utilizzo del *voucher*.

***Scheda di approfondimento***

Il diritto del padre lavoratore dipendente al congedo di paternità della durata di complessivi tre giorni, sancito dalla nuova normativa, è formulato e previsto in modo tale da sollevare molteplici problemi interpretativi e non solo.
L'indennità riconosciuta al padre lavoratore dipendente è pari al 100% della sua retribuzione ed è a carico dell'Inps; l'indennità riconosciuta alla madre, sempre a carico dell'Inps, è pari all'80% della retribuzione e la maggior parte dei contratti collettivi pongono a carico del datore di lavoro il saldo del residuo 20%. Ciò significa che il periodo di astensione della madre è maggiormente oneroso rispetto a quello del padre. La disparità di onerosità non è facilmente giustificabile, anche in ragione del fatto che il congedo del padre di un solo giorno è da fruire congiuntamente alla madre, mentre gli altri due giorni di permesso del padre sono alternativi all'assenza della madre.
Pure i limiti temporali del periodo di godimento del congedo sono asincroni tra padre e madre: il primo può usufruirne fino al 5° mese dalla nascita del figlio, la madre al massimo fino al 4° mese. Per il congedo paterno della durata di due giorni si dovrà tenere conto del fatto che può essere goduto in alternativa alla madre, stante comunque fermo l'obbligo per la madre di astensione dal lavoro al massimo fino al 4° mese dalla nascita del figlio. Verosimilmente, quindi, il congedo del padre da fruire in alternativa alla madre dovrà verificarsi al termine del periodo di astensione obbligatoria di questa.
Anche con riferimento alla introduzione del *voucher* si delineano discrepanze di ordine temporale: mentre il congedo parentale può essere richiesto fino all'8° anno del bambino, il godimento del voucher è previsto fino all'11° mese del bambino e in alternativa al congedo. In ogni caso, questa differenza temporale tra misure considerate tra loro alternative non può significare che per il periodo dal dodicesimo mese all'ottavo anno del bambino la madre perda il diritto al congedo parentale residuo: la fruizione del *voucher* sarà alternativo al congedo entro il limite temporale dell'undicesimo mese del bambino.
Infine carica di seri dubbi di legittimità, anche con riferimento al diritto comunitario, è la previsione secondo cui la beneficiaria del *voucher* è solamente la madre.

## Integrazioni al Cap. VII - LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI

### IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE PER MOTIVI ECONOMICI

di *Franco Scarpelli*

***Sintesi delle novità***

Il tema del licenziamento individuale per motivi economici è da anni al centro di un incessante dibattito sulle politiche regolative del lavoro, ed anche in questi mesi ha assunto ruolo centrale nella discussione sulla riforma proposta dal Governo Monti sulla base delle affermate necessità di adeguamento del nostro ordinamento al quadro europeo.
Quando si parla di "flessibilità in uscita" si intende soprattutto fare riferimento alla possibilità per il datore di lavoro di sopportare minori vincoli nella scelta di ridurre il personale per fare fronte a situazioni di difficoltà o alla necessità di apportare modifiche all'organizzazione del lavoro. Il tema è dunque quello dei licenziamenti per motivi economici, che possono poi svilupparsi nella forma giuridica del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (art. 3, legge n. 604 del 1966) o dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale. Il fatto che un allentamento del tasso di rigidità della disciplina giuridica dei licenziamenti possa in effetti dar luogo a maggiore competitività, favorire l'aumento dell'occupazione, ridurre il dualismo tra occupati stabili e precari o disoccupati, sono assunti basati su presupposti indimostrati, dei quali le più serie ricerche di economisti e giuristi mettono in discussione il fondamento (per ampi riferimenti sul punto si vedano

le condivisibili osservazioni di A. Perulli e V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la «rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, nei Working Papers del Centro Studi Massimo D'Antona, n. 132 del 2011, http://csdle.lex.unict.it/).

Ciò premesso, appare comunque contraddittorio il fatto che la riforma Fornero intervenga non sulla disciplina sostanziale dei licenziamenti (se non per un aspetto di carattere procedurale), ma su quella sanzionatoria, attenuando le conseguenze di un licenziamento invalido: il risultato dunque non è che diventa più semplice o più facile, per l'impresa, operare un licenziamento legittimo, ma diventa meno costoso licenziare un lavoratore senza giustificazione. Tale scelta solleva notevoli perplessità, a cominciare dal fatto che la disciplina dei licenziamenti ha lo scopo di presidiare non solo, e non tanto, l'interesse del lavoratore alla stabilità del rapporto di lavoro (perché nel nostro ordinamento tale interesse cede di fronte ad una seria e dimostrata ragione imprenditoriale), quanto la libertà e la dignità stesse del lavoratore, la sua condizione contrattuale nella quotidiana relazione di conflitto di interessi con il datore di lavoro.

L'evoluzione nel tempo della disciplina legale dei licenziamenti ha visto sovrapporsi regole sostanziali e sanzionatorie.

La legge n. 604 del 1966, superando il precedente regime previsto dal codice civile (che ammetteva la libera recedibilità di entrambe le parti) ha previsto che il datore di lavoro possa licenziare il lavoratore a tempo indeterminato solo ove sussista una giusta causa o un giustificato motivo. Tale principio, inizialmente circoscritto solo alle imprese di una certa dimensione, è divenuto generale e applicabile a tutti i datori di lavoro con la legge n. 108 del 1990 (restano esclusi solo alcuni rapporti di lavoro, come quelli dei dirigenti e dei lavoratori domestici).

Il licenziamento per ragioni economiche è quello identificato dal c.d. giustificato motivo oggettivo, che è determinato da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" (art. 3), e viene intimato dal datore di lavoro rispettando un termine di preavviso (ovvero, in caso di dispensa dal preavviso, dovendo riconoscere al lavoratore la relativa indennità sostitutiva). Il datore di lavoro che invochi la sussistenza di tali ragioni ha l'onere di provarle in giudizio (art. 5), nell'ipotesi in cui il lavoratore impugni il licenziamento (impugnazione che, ai sensi dell'art. 6 come modificato dalla legge 183 del 2010, o ora di nuovo dalla legge 92/2012, deve essere fatta entro 60 giorni, con avvio dell'azione giudiziaria entro i successivi 180 giorni).

Ove il datore di lavoro non dia prova del motivo economico addotto a giustificazione del recesso, o lo stesso non sia ritenuto rilevante da parte del giudice, il licenziamento è dichiarato illegittimo e dà luogo a un differente regime sanzionatorio a seconda della dimensione dell'ente o impresa.

Per i rapporti di lavoro che si svolgano alle dipendenze delle imprese minori (datori di lavoro che occupano fino a 60 dipendenti, o fino a 15 nella singola unità produttiva o nell'ambito del medesimo comune) la conseguenza è quella della mera tutela "obbligatoria", con condanna del datore di lavoro a riassumere il lavoratore (ipotesi che di fatto non si realizza mai) o a risarcirgli il danno con una indennità fissata dal giudice in una misura tra due e mezzo e sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Ove siano superati i limiti dimensionali sopra ricordati (per il cui calcolo, peraltro, operano alcune regole specifiche) entriamo nel campo di applicazione dell'art. 18 stat. lav. e dunque di quella che, fino alla legge 92, veniva chiamata tutela "reale".

Esso (nella versione precedente alla legge in commento) prevedeva una tutela caratterizzata dal fatto che la sentenza rimuove gli effetti del licenziamento illegittimo, il rapporto di lavoro viene ricostituito nella sua continuità giuridica, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione nel posto di

lavoro e, per il periodo intercorso tra licenziamento e ricostituzione effettiva del rapporto, ad un risarcimento del danno equivalente alla retribuzione persa (con un minimo di cinque mensilità), oltre al versamento dei contributi previdenziali. Il lavoratore peraltro poteva rinunciare alla reintegrazione a fronte di una indennità di quindici mensilità della retribuzione (fermo restando il risarcimento per il periodo trascorso tra il licenziamento illegittimo e la rinuncia alla reintegrazione).

In un primo momento, sembrava che la riforma dell'art. 18 dovesse incidere soltanto sulla sanzione dei licenziamenti per motivi economici, escludendo per gli stessi l'obbligo di reintegrazione e introducendo un regime soltanto indennitario. Poi si è parlato dell'adozione di un modello analogo a quello tedesco, nel quale il licenziamento per motivi organizzativi passa attraverso una procedura di verifica con le organizzazioni sindacali, destinata a condizionare in modo significativo il successivo controllo del giudice, il quale può disporre sia la reintegrazione del lavoratore sia una alternativa meramente risarcitoria (proporzionata in genere all'anzianità del lavoratore).

La soluzione adottata infine dalla legge, dopo passaggi caratterizzati da pressioni e contributi di ogni segno, riguarda soltanto i licenziamenti nel campo di applicazione dell'art. 18 (nulla cambia dunque per i rapporti di lavoro nelle imprese o unità produttive minori) e si articola su due terreni:

- viene introdotta una procedura preventiva in sede amministrativa (non dunque in sede sindacale, anche se la presenza di rappresentanti delle parti sociali è comunque assicurata), che il datore di lavoro deve necessariamente promuovere se vuole adottare un licenziamento per motive economici; tale procedura (ora disciplinata dal nuovo art. 7 della legge 604/1966) ha lo scopo di spingere le parti ad un accordo su soluzioni alternative al licenziamento o sulla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, anche in funzione deflattiva del contenzioso;
- viene modificato il regime sanzionatorio del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che d'ora innanzi potrà dar luogo alla reintegrazione (con annesso regime risarcitorio, ma attenuato rispetto all'ipotesi di tutela piena prevista per i licenziamenti discriminatori, e con continuità del rapporto sul piano previdenziale) solo nell'ipotesi in cui il giudice accerti "la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", mente in altre ipotesi il lavoratore ha diritto a una indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto;
- la reintegrazione è invece sempre prevista per i casi, che il legislatore equipara al licenziamento per g.m.o., in cui risulti illegittimo il licenziamento adottato per superamento del periodo di comporto per malattia o infortunio, ovvero per inidoneità fisica o psichica del lavoratore;
- sempre sul piano sanzionatorio, è invece prevista una sanzione risacitoria ulteriormente attenuata (da sei a dodici mensilità) nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione degli obblighi procedurali previsti dall'art. 7 della l. 604 come modificato dalla legge 92 (v. sopra), salvo che il lavoratore non chieda al giudice di accertare il maggior vizio derivante dall'assenza di giustificazione, nel qual caso si tornerà ad applicare il regime (reintegrazione o risarcimento) sopra descritto.

***Scheda di approfondimento***

**1. La procedura in sede amministrativa.**

L'art. 1, comma 40 della legge 92 riformula integralmente l'art. 7 della legge 604 del 1966 (il quale, in origine, prevedeva un tentativo di conciliazione successivo al licenziamento) introducendo una procedura preventiva all'adozione del licenziamento per motivo oggettivo. Il datore di lavoro, se ricadente nel campo di applicazione dell'art. 18 stat. lav., deve necessariamente inviare una

comunicazione alla Direzione territoriale del lavoro (DTL), e per conoscenza al lavoratore interessato, nella quale dichiara l'intenzione di procedere al licenziamento per g.m.o. e deve indicare "i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato".
La DTL entro sette giorni (termine qualificato dalla legge come perentorio) deve convocare le parti avanti la Commissione di conciliazione ex art. 410 c.p.c. (costituita, come noto, da un funzionario della stessa DTL e da un rappresentante per parte nominati dalle associazioni sindacali territoriali dei lavoratori e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative), per svolgere una procedura finalizzata a trovare soluzioni alternative al recesso (quali ad esempio la ricollocazione del lavoratore su altre sedi o mansioni, la sospensione del rapporto per un certo periodo, la riqualificazione del lavoratore, ecc.) ovvero a raggiungere un accordo sulla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro. Per sostenere tale ultima ipotesi è previsto, innovando rispetto all'attuale disciplina dell'indennità di disoccupazione, che in caso di accordo il lavoratore abbia comunque diritto a percepire l'indennità della nuova Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi), o che possano adottarsi strumenti come l'affidamento del lavoratore ad agenzie del lavoro (qui va notato che la legge fa un riferimento letterale all'art. 4, comma 1, lettere a) e b) del d.lgs. 276/2003, ovvero alle agenzie di somministrazione; ma si tratta probabilmente di un errore, risultando che si volesse fare riferimento a quelle di ricollocazione sul mercato del lavoro, affidamento che comunque deve ritenersi possibile su accordo anche in assenza di espresso rinvio).
Poiché l'Aspi diviene operativa solo dal 1° gennaio 2013, si pone il problema (derivante da un difetto di coordinamento temporale della legge) se la regola che prevede il diritto all'ammortizzatore sociale anche in caso di risoluzione consensuale del rapporto, all'esito della procedura, si applichi anche all'attuale indennità di disoccupazione. Si ritiene che la risposta debba essere positiva, per identità di ragione della previsione, ed anche considerando che già in passato l'Inps poteva riconoscere tale indennità nei casi in cui l'accordo raggiunto dimostrasse il carattere involontario dello stato di disoccupazione.
Tornando alla procedura essa, salvo diverso accordo tra le parti, deve concludersi entro 20 giorni dal momento della convocazione (la DTL dovrà dunque fissare una data in termini assai brevi).
Va segnalato che la legge prevede che la comunicazione di invito al lavoratore "si considera validamente effettuata" quando è recapitata al domicilio indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio che lo stesso abbia formalmente comunicato, ovvero quando gli è stata consegnata con raccomandata a mano. Data l'importanza della procedura, e la rilevanza assegnata al comportamento delle parti nel successivo giudizio, appaiono sconsigliabili i comportamenti diretti a sottrarsi alla consegna della lettera (tanto quella iniziale del datore di lavoro quanto quella delle DTL).
Ove la DTL non provveda a convocare le parti nel termine di sette giorni dalla richiesta del datore di lavoro, questi è libero di procedere al licenziamento (così prevede il comma sesto). È chiaro che, se non si vuole che la nuova procedura si trasformi in un inutile passaggio formale, le DTL dovranno attrezzarsi sia per lo svolgimento tempestivo delle procedure sia per adottare efficienti comunicazioni (la legge sembra prevedere che la convocazione giunga al datore di lavoro entro sette giorni, ciò che potrà più facilmente verificarsi utilizzando strumenti efficienti come la posta elettronica certificata).
Il quinto comma dell'art. 7 prevede che "Le parti possono essere assistite dalle organizzazioni di rappresentanza cui sono iscritte o conferiscono mandato oppure da un componente della rappresentanza sindacale dei lavoratori, ovvero da un avvocato o un consulente del lavoro".

Se la presenza a fianco del lavoratore di un sindacalista di fiducia (soprattutto un componente della RSA o un funzionario che conosca l'impresa) può essere assai preziosa per interloquire con il datore di lavoro sui motivi del licenziamento, e soprattutto sulle possibilità di ricollocazione alternativa al recesso, appare particolarmente importante il diritto ad essere assistito subito (anche) da un Legale (si deve ritenere che nulla impedisca la doppia presenza di sindacalista e avvocato).
La presenza di un avvocato in corso di procedura è infatti particolarmente raccomandabile per più motivi:
- perché la valutazione dell'opportunità di raggiungere un accordo, ove il datore di lavoro si renda disponibile, va fatta in relazione ad una complessa valutazione prognostica sull'esito dell'eventuale impugnazione giudiziale del licenziamento preannunciato, la quale ovviamente richiede le competenze tecniche dell'avvocato;
- perché, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 7, "Il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa", assume poi rilievo in sede di giudizio, dovendo il giudice tenerne conto sia ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria (ove il licenziamento fosse poi giudicato illegittimo) sia ai fini della decisione sulle spese legali: aspetti che richiedono una illustrazione tecnica al lavoratore e, soprattutto, possono rendere necessaria la richiesta di verbalizzazioni concepite anche nella previsione della loro rilevanza in sede giudiziale.
È il caso di precisare che, nell'intenzione della legge, l'accordo conciliativo ha ad oggetto esclusivamente la risoluzione del rapporto e gli aspetti connessi. Ovviamente non sarà vietato alle parti, come spesso avviene, estendere l'accordo ad altre materie (differenze retributive, aspetti risarcitori, ecc.), ma una simile estensione richiederebbe (sia per il lavoratore, sia per chi lo assiste) la possibilità di una approfondita anamnesi del rapporto intercorso. Dati i tempi stretti della procedura, si dovrà dunque preferire e richiedere che l'eventuale accordo sia limitato al tema introdotto dalla dichiarazione del datore di lavoro di procedere al recesso. Diversamente, sarà quasi sempre necessario chiedere un rinvio della seduta per consentire una attenta verifica degli eventuali diritti del lavoratore, ed in ogni caso evitare di formulare rinunce di carattere generale che coprano anche aspetti di difficile valutazione quali, ad esempio, la presenza di possibili malattie professionali o comunque di danni alla salute.
Pertanto, può ritenersi che nel caso in cui l'accordo non venga raggiunto perché il datore di lavoro pretende di ottenere anche una rinuncia del lavoratore ad ogni pretesa relativa al rapporto che va a concludersi, ed il lavoratore non sia a ciò disponibile, la responsabilità del mancato accordo ai fini della sua valutazione nel successivo giudizio dovrà essere attribuita alla parte datoriale (ed anche a tal fine sarà opportuno formulare specifiche dichiarazioni a verbale).
Al termine della procedura, se fallisce il tentativo di conciliazione (o se sono decorsi inutilmente i termini previsti dalla norma per il suo svolgimento), il datore di lavoro può procedere a intimare il licenziamento. La norma prevede, per fugare le preoccupazioni emerse da parte datoriale nel corso dell'elaborazione del testo di legge, che la procedura possa rimanere sospesa, per "legittimo e documentato impedimento del lavoratore", per un massimo di quindici giorni (al fine di evitare, in particolare, utilizzi strumentali della malattia). D'altro canto, con una disposizione assai criticabile, il "costo" del periodo della procedura è addossato al lavoratore, poiché il comma 41 dell'art. 1 della legge 92 prevede che il licenziamento produca effetto dal giorno di comunicazione dell'avvio della procedura, ed il periodo nel frattempo trascorso (nel quale di norma il dipendente avrà proseguito la prestazione) si considera come preavviso.

Tale scelta appare particolarmente discutibile per quei lavoratori che abbiano periodi di preavviso brevi, che potrebbero non coprire tutta la procedura, con l'assurdo effetto di un'estinzione retroattiva del recesso, che opera in un momento precedente alla comunicazione del licenziamento stesso.
La norma infine fa salvo l'effetto sospensivo disposto dalle norme del testo unico di tutela della maternità e della paternità (d. lgs. 151/2001) e per il caso di impedimento derivante da infortunio occorso sul lavoro (la disposizione non è chiara, ma deve ritenersi che in questo caso, fermi gli effetti del licenziamento con effetto dall'avvio della procedura, rimarrà sospeso il preavviso con diritto del lavoratore a godere delle provvidenze connesse alle discipline degli istituti richiamati.
Un problema potrà porsi nell'ipotesi, del tutto particolare ma non impossibile, in cui nel periodo della procedura intervenga un evento impeditivo del licenziamento (quale, soprattutto, l'avvio di una gravidanza, anche ove accertata in un momento successivo): evento che dovrebbe a quel punto impedire (o rendere nulla) la stessa comunicazione del licenziamento adottata dal datore di lavoro all'esito della procedura (a prescindere dal fatto che la legge preveda il retroagire dei suoi effetti).
Infine, è appena il caso di precisare che il termine di impugnazione del licenziamento ex art. 6 della legge 604/1966 decorre dal momento della sua comunicazione ai sensi del comma sesto, ultimo periodo, dell'art. 7, e dunque dalla fine della procedura.

**2. Le sanzioni del licenziamento per g.m.o.**

Il nuovo art. 18 prevede non più un unico regime sanzionatorio, ma quattro distinti regimi a seconda del tipo di invalidità accertata dal giudice (in caso di accoglimento del ricorso del lavoratore):

**A.** la tutela reintegratoria "piena", prevista dai primi commi del nuovo testo: essa prevede l'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro; il risarcimento del danno per il periodo successivo al licenziamento e fino alla reintegrazione (e comunque nel minimo di cinque mensilità di retribuzione globale di fatto), risarcimento dal quale può essere dedotto soltanto quanto percepito nel frattempo in altra occupazione; il versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per tutto il periodo dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione; la facoltà per il lavoratore di optare per l'indennità di quindici mensilità sostitutiva della reintegrazione; tale regime si applica in particolare al licenziamento per motivo discriminatorio o illecito, e a quello intimato in forma orale;

**B.** la tutela reintegratoria "attenuata", prevista dal 4° e 7° comma: essa prevede l'ordine di reintegrazione; il risarcimento del danno per il periodo già detto, ma senza limite minimo e con un limite massimo di dodici mensilità (e dal quale può essere dedotto non soltanto quanto percepito nel frattempo in altra occupazione, ma anche quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi alla ricerca di altra occupazione); il versamento dei contributi previdenziali per tutto il periodo fino alla reintegrazione (ma riducibili, per singoli periodi, alla sola quota differenziale rispetto agli eventuali contributi maturati con altra occupazione, anche con rapporti di lavoro non subordinato); la facoltà per il lavoratore di optare per la ricordata indennità sostitutiva della reintegrazione; tale regime si applica in particolare ad alcuni casi di licenziamento per motivi soggettivi e, come vedremo tra un attimo, ad alcuni casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo;

**C.** la tutela meramente obbligatoria, prevista dal 5° e 7° comma: essa non rimuove gli effetti del licenziamento e consiste nel diritto al pagamento di una indennità risarcitoria tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione ad alcuni criteri indicati dalla legge (v. tra breve per il g.m.o.); essendo confermata la cessazione del rapporto di lavoro non è previsto alcun diritto sul piano previdenziale (in questo caso, a differenza di quella in cui opera la reintegrazione, il lavoratore avrà però diritto a conservare

i benefici di reddito e copertura contributiva collegati all'indennità di disoccupazione che abbia richiesto a seguito della perdita del posto di lavoro, e all'Aspi dal 2013; egualmente, rimarranno fermi i pagamenti del preavviso e del TFR, quali conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro); anche questo regime può applicarsi in particolare sia ad alcuni casi di licenziamento per motivi soggettivi sia ad alcuni casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo;

**D.** la tutela obbligatoria "ridotta", prevista dal 6° comma, che sanziona il vizio formale di carenza di motivazione e quelli di inosservanza degli obblighi procedurali previsti per il licenziamento disciplinare e per il g.m.o. (v. sopra): essa consiste in un mero indennizzo con pagamento di un'indennità variabile tra sei e dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro.

Il 7° comma del nuovo art. 18 individua diversi casi di licenziamento per motivo oggettivo, per i quali prevede la sanzione della reintegrazione attenuata (ipotesi B dell'elenco che precede) o quella meramente obbligatoria (ipotesi C).

Nel caso in cui si applichi la tutela (solo) risarcitoria, la determinazione della misura dell'indennità dovrà essere effettuata dal giudice in relazione all'anzianità del lavoratore, al numero dei dipendenti occupati, alle "dimensioni dell'attività economica", al comportamento e alle condizioni delle parti (criteri questi previsti anche per i licenziamenti disciplinari), nonché tenendo conto delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento tenuto dalle parti nell'ambito della procedura avanti la DTL di cui si è parlato sopra.

Quando, dunque, si applicheranno i diversi regimi sanzionatori ora richiamati?

In primo luogo, la legge riconduce all'area del licenziamento per motivi oggettivi i casi del licenziamento per superamento del periodo di comporto, ex art. 2110 cod. civ., e del licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore. L'odierna previsione legale sancisce definitivamente l'appartenenza (non sempre scontata in passato) di tali ipotesi alla categoria del licenziamento per motivo oggettivo, qui connesso a motivi riguardanti la persona del lavoratore (ma non alla sua condotta).

Se ne deve trarre la conseguenza che anche per tali casi il datore di lavoro dovrà seguire la procedura preventiva avanti la DTL (certamente per il caso di inidoneità sopravvenuta, espressamente ricondotto al motivo oggettivo dall'art. 18, comma 7°, per il quale oltretutto la procedura può avere estrema utilità ai fini di ricollocazione del lavoratore; qualche dubbio potrebbe sorgere per il superamento del comporto di malattia o infortunio).

Entrambe le ipotesi, ove il giudice accolga l'impugnazione del lavoratore, determinano necessariamente l'applicazione del regime sanzionatorio della reintegrazione attenuata (ipotesi B) (salvo che si rilevi solo un vizio procedurale, che condurrà al regime dell'ipotesi D).

Può rammentarsi che l'impugnazione del licenziamento per superamento del comporto può verificarsi non solo quando sia contestata la maturazione dello stesso (ad es. per questioni relative alla correttezza del calcolo dello stesso, al computo di periodi di infortunio, alla mancata considerazione della richiesta di aspettativa, ecc.) ma anche quando, pur essendosi effettivamente verificate malattie tali da superare in astratto il periodo di conservazione del rapporto di lavoro previsto dal contratto collettivo applicabile, sia contestabile il computo delle stesse malattie quando esse siano imputabili a colpa del datore di lavoro (quali conseguenze delle condizioni di lavoro, sia in ipotesi di riconducibilità a fattori fisici o patogeni sia, come sempre più spesso avviene, quando siano causate dal mancato intervento del datore di lavoro su condizioni di stress o disagio, o addirittura da condotte c.d. "avversative").

Il caso dell'inidoneità sopravvenuta è normalmente valutabile sulla base di accertamenti tecnici (medico-legali), che potranno condurre a contestare la valutazione che è a monte della decisione del recesso. Potrà peraltro risultare applicabile la specifica disciplina della legge n. 68 del 1999 sul diritto al lavoro dei disabili (espressamente richiamata dal nuovo art. 18), nella parte in cui sancisce il diritto alla conservazione del rapporto di lavoro su mansioni equivalenti, o anche inferiori, dei lavoratori divenuti inabili in conseguenza di infortunio o malattia (art. 4, comma 4), o prevede una particolare tutela per il caso di aggravamento delle condizioni di salute del lavoratore disabile (art. 10, comma 3).
Deve rammentarsi che secondo consolidata giurisprudenza nel caso di inidoneità sopravvenuta il licenziamento costituisce sempre una *extrema ratio*, nel senso che il datore di lavoro deve adottare ogni ragionevole possibilità e misura di conservazione del rapporto, anche attraverso un adattamento organizzativo delle condizioni di lavoro o una ricollocazione su mansioni compatibili, sia pure inferiori.
Nel caso in cui il licenziamento per inidoneità colpisca un lavoratore disabile, peraltro, si dovrà valutare se, per le modalità con le quali il datore di lavoro ha trattato il caso, non possa addirittura invocarsi il carattere discriminatorio del recesso stesso per ragioni di handicap, ai sensi del d.lgs. 216 del 2003 e dell'art. 15 stat. lav. In tale ipotesi, il regime sanzionatorio applicabile sarà quello della tutela reintegratoria piena (ipotesi A).
L'ipotesi di interpretazione più complessa è certamente quella del più classico giustificato motivo oggettivo previsto dall'art. 3 della legge 604/1966 con riferimento alla sfera dell'impresa, ovvero le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".
Qui il legislatore, con una disposizione che sta già sollevando numerosi interrogativi tra i primi commentatori, distingue due ipotesi collegate al diverso esito dell'accertamento giudiziale (salvo ovviamente il caso in cui il giudice confermi la piena validità del licenziamento):
- ove il giudice accerti "la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo", potrà applicare il regime della reintegrazione attenuata, e dunque rimuovere gli effetti del recesso; si noti che qui la legge (a differenza di quanto si è visto per i casi del comporto e dell'inidoneità) prevede una possibilità e non un obbligo, aprendo interrogativi su quali siano i criteri e gli spazi di valutazione secondo i quali i giudici dovranno optare per la sanzione più grave o per quella solo risarcitoria (aspetto sul quale la legge tace);
- "nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo", il giudice deve necessariamente applicare il solo regime indennitario.
Le formule utilizzate dalla disposizione del 7° comma, come si è detto, non sono per nulla immediate e non è certo possibile, in questo primo commento, darne una lettura certa e definitiva.
Può innanzitutto sottolinearsi che la prima formula riguarda l'accertamento su elementi di fatto ("manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento") laddove la seconda sembra alludere alla sua valutazione giuridica (la non ricorrenza degli estremi del g.m.o.). Dunque, il primo accertamento consente di valutare immediatamente come invalido il licenziamento, con (possibile) applicazione della tutela reintegratoria; la seconda ipotesi presuppone evidentemente che il fatto addotto dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento sia stato confermato come sussistente, ma se ne debba valutare la sua rilevanza giuridica quale giustificazione del recesso.
Sul primo terreno, tuttavia, si pone anche l'interrogativo del valore da attribuire all'aggettivo che qualifica l'insussistenza del fatto come "manifesta", essendo evidente a chiunque che, sul piano logico, un fatto o sussiste o non sussiste.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale del giustificato motivo oggettivo, e dei limiti nei quali può esercitarsi il suo controllo giudiziario, il licenziamento per motivi economici (il cui onere di prova incombe sul datore di lavoro) deve essere sorretto da una ragione organizzativa effettiva, reale, non meramente transitoria, di consistenza e rilevanza tale da giustificare il licenziamento del lavoratore, rispetto al quale sia accertabile un nesso di causalità (ovvero: il datore di lavoro deve dimostrare che vi è un collegamento di causalità tra la ragione organizzativa addotta e il licenziamento di quel lavoratore, in quella posizione e con quelle caratteristiche professionali).
In concreto, tuttavia, le sentenze di merito e di legittimità si esercitano da decenni su una casistica assai varia, giungendo non di rado a conclusioni non uniformi (discutendosi, ad esempio, se il g.m.o. sia ammissibile solo quando il datore di lavoro deve far fronte ad una situazione di difficoltà che gli impone l'adozione della modifica organizzativa che porta al recesso, o anche semplicemente quando egli intenda adottare modifiche organizzative che rendano più efficiente o meno costosa l'organizzazione).
Tali incertezze, che non verranno certo meno nel nuovo regime, riguardano però soprattutto la valutazione giuridica del motivo addotto (potremmo dire la giustificatezza del recesso), mente rimane fermo che la prima verifica va fatta sulla effettività e consistenza del motivo addotto e del relativo nesso di causalità con il licenziamento del lavoratore. Dovendosi verificare, ad esempio: se le modifiche produttive indicate si siano effettivamente verificate; se le perdite di bilancio addotte a monte della motivazione tecnica siano reali, significative, e non fossero già sussistenti in periodi precedenti o quando il lavoratore è stato assunto; se la affermata soppressione del posto di lavoro sia effettiva e il lavoratore non sia stato sostituito da un nuovo assunto, da un lavoratore atipico, ecc.
Secondo la giurisprudenza, poi, non è sufficiente indicare il motivo per il quale non si ritiene più necessaria la prestazione del lavoratore, ma il datore di lavoro deve anche provare di non avere potuto ricollocare il lavoratore in altro settore aziendale o su mansioni equivalenti (secondo alcune pronunce anche su mansioni inferiori), anche se al lavoratore che impugna il licenziamento viene talvolta richiesto di offrire indicazioni in ordine alla sua possibile ricollocazione.
Ciò detto, si potrebbe in prima battuta affermare che tutto ciò che riguarda l'accertamento del fatto, inteso anche nei suoi profili organizzativi e di decisione imprenditoriale, ha a che vedere con il primo profilo sanzionatorio. Dunque, qualora il giudice accerti l'insussistenza della situazione indicata dal datore di lavoro, la non verità o non effettività della ragione economica addotta o dell'operazione organizzativa che viene affermata alla fonte del recesso, la non consistenza della stessa o l'inidoneità a giustificare, in termini di causalità (e dunque ancora di fatto), le affermate ricadute sulla posizione del lavoratore, dovrà ritenersi la "insussistenza del fatto posto a base del licenziamento", con possibile applicazione della tutela reintegratoria.
La stessa cosa deve dirsi per quel che riguarda il c.d obbligo di *repechage*, ovvero di ricollocamento del lavoratore su altre mansioni o in altro settore, poiché anch'esso è un elemento di fatto idoneo a confermare (o smentire) l'effettività della condizione che fa venire meno l'interesse del datore di lavoro alla prosecuzione del rapporto di lavoro.
Quando invece, accertate come reali (e consistenti) le circostanze di fatto addotte dal datore di lavoro, accertata la sussistenza del nesso di causalità tra tali circostanze e la posizione del lavoratore, esclusa in fatto la possibilità di una ricollocazione del lavoratore, si discuta della rilevanza di tali circostanze a giustificare giuridicamente il recesso, il giudice che accolga il ricorso del lavoratore potrà solo disporre la sanzione risarcitoria (potrebbe farsi come esempio la citata controversia in ordine alla necessità di motivi collegati ad una situazione di crisi, ovvero ad una riorganizzazione mirante solo a innalzare gli utili aziendali).

Il fatto poi che, ai fini della decisione di reintegrare, l'insussistenza del fatto debba risultare "manifesta", deve probabilmente ricondursi non tanto al vizio del licenziamento (poiché sul punto, come si è detto, il fatto o è o non è), ma proprio al terreno del suo accertamento giudiziario, e dunque a quello della valutazione delle allegazioni e delle prove, se non a quello del convincimento del giudice.
Solo su questo piano, infatti, una circostanza di fatto può ritenersi più o meno apparente o manifesta, e su questo piano, forse, dovrà giocarsi anche la decisione giudiziaria, in caso di accertamento di un vizio di fatto, tra la tutela reintegratoria e quella meramente indennitaria. Senza dimenticare, tuttavia, che la disciplina sostanziale del licenziamento pone l'onere della prova della giustificazione a carico del datore di lavoro, e non sarebbe dunque corretto trasformare il giudizio sulla "manifesta insussistenza" del fatto in un ribaltamento del medesimo onere in capo del lavoratore.
I giudici dovranno dunque fare un uso molto cauto del (discutibile) potere di valutazione che è loro attribuito dalla legge, per evitare che l'insufficiente o solo parziale allegazione e prova dei fatti addotti per giustificare il licenziamento da parte del datore di lavoro, consenta di salvare gli effetti del recesso con sanzione soltanto risarcitoria.
Va comunque sottolineato che il lavoratore potrà, a maggior ragione di fronte alla manifesta insussistenza del fatto, chiedere al giudice di valutare il licenziamento come discriminatorio o illecito, con la conseguente richiesta di tutela reintegratoria piena (sul punto si rinvia alla relativa scheda).
Infine, potrà essere contestato il vizio procedurale, o per mancata o insufficiente motivazione del licenziamento o per omissione o non corretta gestione della procedura avanti la DTL. Tale ipotesi sarà certamente proponibile in tutti i casi in cui il datore di lavoro abbia intimato il licenziamento ritenendosi soggetto al regime di tutela obbligatoria delle imprese minori, ma il lavoratore affermi la sussistenza dei requisiti occupazionali di applicabilità dell'art. 18 stat. lav. (sul punto, si ricorda che è onere del datore di lavoro dimostrare l'inapplicabilità dell'art. 18, ma sarà il lavoratore a dover provare, ad esempio, che vanno computati anche dei rapporti di lavoro formalmente autonomi, o in nero, o appartenenti ad altri soggetti imprenditoriali in condizione di sovrapposizione e promiscuità organizzativa).
Il vizio procedurale, ove accertato, dà luogo di per sé alla tutela obbligatoria attenuata (ipotesi D dell'elenco sopra proposto) che, secondo le scelte processuali da valutare di volta in volta, potrà eventualmente essere richiesta in via subordinata rispetto alle maggiori domande collegate all'affermata ingiustificatezza del licenziamento.

## I LICENZIAMENTI DISCRIMINATORI

di *Mario Fezzi*

### *Sintesi delle novità*

La nuova legge si occupa innanzitutto dei licenziamenti discriminatori, per i quali è prevista la reintegrazione, in caso di accoglimento della domanda da parte del Giudice.
Non si tratta di una novità, visto che non solo l'art. 3 della L.108/1990 disponeva espressamente la reintegrazione per i casi accertati di licenziamento discriminatorio, ma diverse altre leggi sancivano la nullità degli atti riconosciuti come discriminatori, con ciò implicitamente stabilendo la sanzione della reintegrazione nei casi di licenziamento.
Si può dire, per sommi capi, che si ha una discriminazione, rilevante a questi fini, ogni volta che un soggetto venga trattato in modo più svantaggiato di altri in determinate situazioni (con un criterio,

quindi, di tipo comparativo), oppure ogni volta che un soggetto subisca un provvedimento (negativo) in ragione di certe caratteristiche che la legge intende invece proteggere.
Ecco un elenco, che non potrà mai essere tassativo, di discriminazioni vietate:
- discriminazioni di genere;
- discriminazioni basate sull'età;
- discriminazioni sulla base dell'orientamento sessuale;
- discriminazioni basate sulla disabilità;
- discriminazioni religiose;
- discriminazioni basate sull'origine etnica;
- discriminazioni in base alla razza;
- discriminazioni politiche;
- discriminazioni sindacali;
- molestie o molestie sessuali;
- discriminazioni basate sulle condizioni sociali;
- discriminazioni basate sulle condizioni e caratteristiche personali;
- discriminazioni basate sulla lingua;
- discriminazioni basate sulle caratteristiche fisiche, sui tratti somatici, sull'altezza, sul peso;
- discriminazioni basate sullo stato di salute;
- discriminazioni basate sulle convinzioni personali.

La legge inoltre equipara al licenziamento discriminatorio, quanto ad effetti, quello intimato in concomitanza con il matrimonio, quello disposto in violazione del divieto di licenziamento in materia di tutela della maternità e della paternità, e infine il licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o quello fondato su motivo illecito determinante ai sensi dell'art.1345 c.c. Infine, anche il licenziamento intimato per ragioni economiche (giustificato motivo oggettivo) può determinare l'ordine di reintegrazione da parte del Giudice, qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti invece determinato da ragioni discriminatorie.
C'è ancora da tenere conto del fatto che se le ragioni economiche poste a fondamento di un licenziamento risultano insussistenti, il licenziamento stesso si configura come licenziamento discriminatorio, in quanto, eliminata la causale economica, resta solo il fatto che l'impresa ha scelto di eliminare quel certo dipendente per sue caratteristiche personali non gradite: tal genere di licenziamento può sicuramente essere definito come discriminatorio. Per quanto attiene la dimostrazione della discriminazione, il punto 4 dell'art. 28 del D.Lgs. 150/2011, stabilisce l'inversione dell'onere della prova (mutuato dalla L.125/1991) sancendo che "quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

***Scheda di approfondimento***

La prima considerazione da svolgere riguarda la non tassatività dell'elenco sopra indicato.
Con l'art.4 della L.604/66 e poi l'art.15 della L.300/70 (Statuto dei Lavoratori), con le integrazioni introdotte dall'art.13 della L.903/77 (Legge di Parità), e l'art.4 della L.125/1991 (Azioni Positive),

poteva probabilmente sostenersi che le ragioni discriminatorie che rendevano illecito il licenziamento fossero solo quelle specificamente indicate dalla legge (sindacali, politiche, religiose, razziali, di lingua e di sesso).
Ma l'introduzione nell'ordinamento delle disposizioni di cui ai D.Lgs. 215 e 216 del 2003 hanno allargato il campo delle discriminazioni sino a ricomprendervi handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali, dilatando gli atti vietati fino a ricomprendere qualunque finalità diversa da quelle positivamente ammesse dall'ordinamento.
E pertanto qualunque causa giustificativa diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento, come tale collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa, è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente.
Bisogna poi osservare che le direttive europee hanno modificato profondamente negli anni la nozione di discriminazione, superando il giudizio di tipo comparativo e introducendo quello di natura assoluta. La nozione di discriminazione accolta dalle direttive europee tende a superare la struttura tradizionale della tutela antidiscriminatoria che presuppone una comparazione con altri soggetti; non è più necessario ormai prendere in considerazione il gruppo, cioè il numero di persone colpite da un certo atto, ma è sufficiente guardare solo alla situazione dei singoli individui.
In questa logica, per fare un esempio, un lavoratore sessantenne licenziato per motivi economici potrebbe sostenere, a prescindere da qualsiasi comparazione con altri lavoratori licenziati o altri lavoratori mantenuti in organico, che la ragione sottesa alla sua eliminazione è quella anagrafica.
Il confronto con il gruppo di riferimento potrebbe essergli utile per giovarsi dell'inversione dell'onere della prova di cui all'art.28 D.Lgs. 150/2011, ma l'azione sarebbe esperibile anche a prescindere dal riferimento al gruppo, dimostrando la propria utilità tecnico-organizzativa e quindi l'incomprensibilità della sua estromissione, se non per un atto discriminatorio in ragione della sua età anagrafica. L'esempio è probabilmente estensibile a tutte le discriminazioni indicate nella scheda precedente: a prescindere dalla comparazione con la platea di riferimento (che, appunto, consentirebbe l'inversione dell'onere della prova), ogni licenziamento attuato in danno di un soggetto che faccia parte di una delle categorie di cui alla scheda, che possa dimostrare la propria utilità tecnico-organizzativa, deve essere annullato in quanto discriminatorio, con la conseguenza della reintegrazione nel posto di lavoro.
Ma la vera novità di questa riforma è il fatto di costringere gli operatori del diritto a ragionare in termini radicalmente nuovi e diversi dal passato. è infatti indispensabile dare inizio a un'operazione culturale e giuridica che costringa tutti gli operatori del diritto a utilizzare fino in fondo tutte le possibilità offerte dalle norme antidiscriminatorie. Il concetto di discriminazione è, diciamolo francamente, un concetto che ci è praticamente ignoto: solo una vicenda grossolana e esageratamente sproporzionata può essere colta da chi ha sino ad oggi ignorato il problema. Se escludiamo le donne che ancora una volta sono avanti anni luce rispetto ai maschi e che hanno sollevato e sollevano le questioni di genere sin dal 1977 (L.903), gli avvocati maschi (e anche diverse avvocate) non hanno la percezione dell'esistenza del problema. Quante volte è capitato che avvocati pur aperti e sensibili abbiano affrontato un licenziamento provando a immaginare se vi sia stata una discriminazione?
Quante volte hanno verificato se i loro assistiti facessero parte o meno di una categoria che potrebbe essere discriminata? Quante volte hanno provato a immaginare che l'inesistenza di una causale a sostegno di un licenziamento poteva nascondere una discriminazione? Quante volte hanno

seriamente intervistato i propri assistiti onde verificare l'esistenza di caratteristiche o convinzioni personali che potessero avere scatenato una reazione illecita discriminatoria?
La riforma Fornero, con la sanzione reintegratoria collegata al licenziamento discriminatorio, costringe tutti gli operatori a ripensare al proprio modo di lavorare e di istruire le cause: sostenendo la discriminazione ci si incanala in un sistema che ha come sbocco la reintegrazione nel posto di lavoro e non solo una indennità risarcitoria.

## IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

di *Gianni Sozzi*

***Sintesi delle novità***

Il licenziamento disciplinare può essere intimato in presenza di una giusta causa (art. 2119 cod. civ.), vale a dire una condotta del lavoratore di tale gravità da non consentire la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro, o di un giustificato motivo soggettivo (art. 3, legge 604/1966), vale a dire un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore.
Il licenziamento disciplinare deve essere preceduto dallo svolgimento della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori (legge n. 300 del 20 maggio 1970), che prevede: 1) la preventiva conoscenza delle norme disciplinari («che devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti»); 2) la preventiva contestazione e il diritto di difesa del lavoratore («il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa»); 3) l'assistenza sindacale al lavoratore nel corso della procedura («il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato»); 4) un termine minimo di tempo per l'esercizio del potere disciplinare («in ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa»).
Le regole procedurali dell'art. 7, Statuto dei Lavoratori, costituiscono espressione di principi fondamentali di ogni sistema penale, ché tale è, in effetti, il potere disciplinare del datore di lavoro.
L'esigenza di assicurare al datore di lavoro l'esercizio del potere disciplinare ai fini del corretto e buon funzionamento dell'impresa deve essere necessariamente contemperata da un rigoroso sistema di garanzie procedurali a tutela del lavoratore.
La Corte Costituzionale (sentenza n. 204, del 30 novembre 1982) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell'art. 7, Statuto dei Lavoratori, se «interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro».
La Corte Costituzionale (sentenza n. 427, del 25 luglio 1989) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dei commi secondo e terzo dell'art. 7, Statuto dei Lavoratori, «nella parte in cui è esclusa la loro applicazione al licenziamento per motivi disciplinari irrogato da imprenditore che abbia meno di sedici dipendenti».
In altre parole, alla luce delle due importanti sentenze della Corte Costituzionale, la procedura di cui all'art. 7, Statuto dei Lavoratori, deve precedere l'intimazione di un licenziamento disciplinare, sempre e comunque (anche qualora non sia richiamata da altra fonte legislativa o contrattuale o dal codice disciplinare applicato dal datore di lavoro) e deve essere applicata anche nelle cosiddette piccole imprese (quelle fino a quindici dipendenti).
Le pronunzie della Corte Costituzionale confermano il valore inderogabile della procedura, posta a presidio di valori fondamentali dell'ordinamento, quale il diritto di difesa.

Nella materia disciplinare, altra fondamentale norma è quella posta dall'articolo 2106 del codice civile, secondo cui il Giudice può graduare la sanzione disciplinare secondo la gravità dell'infrazione.
Si tratta del cosiddetto principio di proporzionalità in forza del quale il Giudice non dovrà soltanto accertare l'effettiva sussistenza del fatto contestato, ma anche valutare se questo fatto sia così grave da determinare l'applicazione della sanzione irrogata dal datore di lavoro (nel caso di specie, il licenziamento disciplinare con la conseguente risoluzione del rapporto di lavoro).
L'onere di provare l'effettiva sussistenza del fatto contestato (posto alla base del licenziamento disciplinare) ricade sul datore di lavoro, ai sensi dell'articolo 5 della legge 604/1966 («L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro»). Il fatto contestato consiste nel fatto materiale (azione o omissione, nesso di causalità, evento) e nel cosiddetto elemento soggettivo (dolo, colpa, intensità di entrambi, eccetera).
Il Giudice dovrà poi compiere il giudizio di proporzionalità ex art. 2106 cod. civ. (di cui si è detto) e, a tale fine, potrà tenere conto anche delle previsioni dei contratti collettivi senza però esserne vincolato (cfr. la recente sentenza della Cassazione, sezione lavoro, n. 10337 del 21 giugno 2012, secondo cui la previsione di ipotesi di giusta causa contenuta in un contratto collettivo non vincola il giudice, in quanto tale elencazione ha valenza esemplificativa e non già tassativa; pertanto il giudice deve sempre verificare, stante l'inderogabilità della disciplina dei licenziamenti, se quella previsione sia conforme alla nozione di giusta causa, di cui all'art. 2119 cod. civ., e se, in ossequio al principio generale di ragionevolezza e proporzionalità, il fatto addebitato sia di entità tale da legittimare il recesso, tenendo anche conto dell'elemento intenzionale che ha sorretto la condotta del lavoratore).
Nell'ambito delle imprese con almeno sedici addetti, la tutela del licenziamento disciplinare ingiustificato (quello per il quale non risulti sussistente il fatto posto alla base del licenziamento) è stata fino ad ora la cosiddetta tutela reale ai sensi dell'articolo 18, Statuto dei Lavoratori (nel testo previgente alla legge n. 92 del 28 giugno 2012, cosiddetta "legge Fornero"): reintegrazione del lavoratore e risarcimento pieno del danno (con il pagamento delle retribuzioni e della contribuzione dal licenziamento e fino all'effettiva reintegrazione, e comunque nella misura minima di cinque mensilità della retribuzione globale di fatto).
La tutela reale trovava applicazione anche nel caso di licenziamento disciplinare viziato per violazione della procedura ex art. 7, Statuto dei Lavoratori.
In altre parole, la tutela per il lavoratore era unitaria, indipendentemente che il licenziamento fosse annullabile (per insussistenza del fatto contestato o comunque per inidoneità dello stesso a integrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo) ovvero fosse inefficace (per violazione della procedura dell'art. 7 dello Statuto).

***Scheda di approfondimento***

La cosiddetta "legge Fornero" modifica le regole applicabili al licenziamento disciplinare sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie applicabili nel caso in cui il Giudice lo dichiari annullabile o ne accerti l'inefficacia.
Così come per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche per il licenziamento disciplinare si passa da una tutela unitaria (quella cosiddetta "reale"), applicata indipendentemente dal vizio riscontrato, a una tutela differenziata.

In particolare, dopo l'entrata in vigore della "legge Fornero" (e, in particolare, in forza delle previsioni dell'art. 1, comma 42, che modifica i primi sei commi dell'articolo 18, testo previgente) il Giudice potrebbe applicare in caso di licenziamento disciplinare:
- la "tutela reale attenuata", prevista dal 4° comma dell'art. 18, nuovo testo (reintegrazione nel posto di lavoro; indennizzo commisurato alla retribuzione dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione, ma con il limite di dodici mensilità; versamento dei contributi previdenziali per tutto il periodo dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione; possibilità per il lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione);
- la "tutela obbligatoria standard", prevista dal 5° comma dell'art. 18, nuovo testo (mero indennizzo con pagamento di un'indennità risarcitoria tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione ad anzianità del lavoratore, numero dei dipendenti, dimensione dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti);
- la "tutela obbligatoria ridotta", prevista dal 6° comma dell'art. 18, nuovo testo (mero indennizzo con pagamento di un'indennità risarcitoria tra sei e dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro).
Prima di esaminare i presupposti applicativi delle varie tutele, occorre ricordare che il 1° comma, articolo 18, nuovo testo, espressamente prevede che in caso di licenziamento discriminatorio, il Giudice dovrà applicare la "tutela reale piena", «indipendentemente dal motivo formalmente addotto». In altre parole, sulla base delle domande del lavoratore, potrebbe accertare che un licenziamento qualificato dal datore di lavoro come disciplinare è stato, in realtà, determinato da un motivo discriminatorio o altro motivo illecito determinante (ex art. 1345 cod. civ.). In tal caso, il licenziamento è nullo e trova applicazione la "tutela reale piena". Questa regola si applica «quale che sia il numero dei dipendenti» (e quindi anche nelle piccole imprese), nonché ai dirigenti.
Inoltre, le ulteriori regole del licenziamento disciplinare (art. 2119 cod. civ.; art. 3, legge 604/1966; art. 5, legge 604/1966; art. 2106 cod. civ.) non sono state modificate.
Il comma 41 dell'articolo 1 della "legge Fornero" ha modificato invece il termine di efficacia del licenziamento disciplinare, che «produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento (ex art. 7, Statuto dei Lavoratori) è stato avviato, salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva». Precisato che il preavviso (o la relativa indennità sostitutiva) spetta soltanto nel caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo (e non nel caso di giusta causa), la previsione di retroattività degli effetti del licenziamento costituisce una autentica aberrazione giuridica: perché contrasta con la procedura disciplinare (per la cui valenza costituzionale si rimanda alle considerazioni sopra espresse); perché contrasta con la regola fondamentale degli atti unilaterali (ché tale è il licenziamento) secondo cui gli effetti si producano nel momento in cui l'atto perviene nella sfera di conoscenza del destinatario. La regola introdotta dalla legge 92/2012 (il cosiddetto "comma 41") stravolge questi fondamentali principi giuridici e appare viziata di incostituzionalità.
Tornando alle "tutele applicabili", i presupposti applicativi sono i seguenti:

- ❖ nell'ipotesi in cui il Giudice accerti che non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo addotti dal datore di lavoro, «per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» si dovrà applicare la "tutela reale attenuata" (comma 4° , articolo 18, nuovo testo);

❖ nelle altre ipotesi in cui il Giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro troverà applicazione la "tutela obbligatoria standard" (comma 5°, articolo 18, nuovo testo);

❖ nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione della procedura ex art. 7, Statuto dei Lavoratori, troverà applicazione la "tutela obbligatoria ridotta" (comma 6°, articolo 18, nuovo testo);

❖ in tale ultima ipotesi, qualora il Giudice accerti, sulla base della domanda del lavoratore, che vi è anche un difetto di giustificazione si applicheranno, in luogo di quelle previste dal comma 6° (tutela obbligatoria ridotta), le tutele di cui al 4° comma (tutela reale attenuata) o al 5° comma (tutela obbligatoria standard) in funzione del grado di ingiustificatezza;

❖ nel caso in cui il licenziamento sia stato formalmente intimato per giustificato motivo oggettivo, ma nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, risulti determinato da ragioni disciplinari (cosiddetto licenziamento cripto-disciplinare) si applicherà, ai sensi del comma 7°, ultima parte, la relativa tutela (che sarà quella di cui al 4° comma, cosiddetta "tutela reale attenuata", in ragione del fatto che in tale caso risulta insussistente, prima ancora del fatto contestato, la stessa contestazione).

La normativa è estremamente complessa e i problemi interpretativi che la giurisprudenza sarà chiamata ad affrontare sono assai numerosi.

Particolarmente grave appare la scelta del legislatore di "svalorizzare" la procedura ex art. 7, applicando ai vizi procedurali, almeno in prima approssimazione, la "tutela obbligatoria ridotta" (comma 6°, art. 18, nuovo testo).

A tale proposito, occorre osservare che una interpretazione costituzionalmente orientata della norma (o, al limite, l'intervento del giudice delle leggi) potrà porre rimedio alle scelte del legislatore del 2012.

Tuttavia, occorre ricordare che, al di fuori delle tecniche di tutela, le regole sostanziali applicabili alla fattispecie del licenziamento disciplinare sono rimaste inalterate. Senza contare che l'interprete potrà fare affidamento sul diritto vivente che si è formato nel corso degli ultimi decenni.

Ad esempio, il licenziamento tardivo (quello in cui la contestazione avviene a distanza di tempo dal momento in cui il datore di lavoro ha avuto conoscenza dei fatti di asserita rilevanza disciplinare) non costituisce soltanto una violazione del diritto di difesa, ma incide direttamente sul legittimo esercizio del potere disciplinare (il tempo trascorso fa venire meno l'interesse del datore di lavoro a sanzionare una condotta illegittima del lavoratore), oltre a lasciar sospettare un possibile motivo illecito (in quanto fatti lontani nel tempo, non contestati, possono essere tenuti da conto per essere poi utilizzati in chiave ritorsiva). Sulla base di questi elementi, un licenziamento tardivo non potrebbe essere agevolmente sanzionato con la "tutela obbligatoria ridotta" (per inefficacia da vizio procedurale), ma potrebbe "approdare", sulla base della domanda del lavoratore, alla annullabilità (per insussistenza del presupposto dell'atto, in quanto l'interesse del datore di lavoro a sanzionare condotte lontane nel tempo è venuto meno, con conseguente applicazione della tutela reale attenuata, ai sensi del 4° comma, articolo 18, nuovo testo) o quantomeno all'ingiustificatezza (rientrando così nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, con conseguente applicazione della tutela risarcitoria standard, ai sensi del 5° comma, articolo 18, nuovo testo). Ma si potrebbe persino pervenire, in presenza di ulteriori indici, alla declaratoria di nullità per motivo illecito determinante (comma 1°, articolo 18, nuovo testo), con conseguente applicazione della tutela reale piena. In ogni

caso, è agevole ritenere che la domanda del lavoratore sarà volta a far dichiarare l'insussistenza del fatto contestato, allargando così l'oggetto del processo al "merito" del procedimento disciplinare.
Per quanto riguarda il licenziamento disciplinare ingiustificato, l'applicazione della tutela reale attenuata (4° comma) o della tutela obbligatoria standard (5° comma) dovrà tenere conto che, nel nostro ordinamento, la tutela in forma specifica (quale la reintegrazione nel posto di lavoro) è comunque da preferirsi a quella per equivalente (quale l'indennità risarcitoria omnicomprensiva ex art. 18, comma 5°, nuovo testo), in particolare quando vi è coinvolta la persona del lavoratore la cui posizione è protetta da norme di rango costituzionale (artt. 2, 4, 35, 41, 2° comma, Cost.).
Tali principi trovano applicazione in numerosissime sentenze (per tutte Cass., Sezioni Unite, n. 141, del 10 gennaio 2006).
Inoltre, il principio di proporzionalità ex art. 2106 cod. civ. non potrà non valutare l'idoneità del fatto contestato a produrre l'effetto tipico del licenziamento (la risoluzione del rapporto di lavoro).
Qualora il Giudice ritenesse "non proporzionato" il fatto contestato, si dovrebbe dare applicazione alla "tutela reale" ai sensi del comma 4°; in caso contrario, si avrebbe il paradosso che un fatto ritenuto inidoneo a produrre la risoluzione del rapporto, in realtà, realizzerebbe tale effetto tipico (applicando la "tutela obbligatoria", infatti, il Giudice «dichiara risolto il rapporto di lavoro»).

## I LICENZIAMENTI INEFFICACI

di *Cosimo Francioso*

***Sintesi delle novità***

Nei sistemi giuridici moderni gli atti negoziali dei privati sono generalmente liberi ma talvolta la loro efficacia dipende, per volontà della legge, dal rispetto di apposite formalità, sancite caso per caso. Conseguentemente la violazione delle formalità previste dalla legge comporta l'inefficacia dell'atto negoziale, cioè l'inidoneità dello stesso a realizzare gli effetti voluti.
Il licenziamento è un tipico atto negoziale del datore di lavoro, finalizzato a porre nel nulla il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con un proprio dipendente.
Come si vedrà meglio nella scheda di approfondimento, la nuova legge sui licenziamenti non segue con coerenza questo schema giuridico "violazione di formalità = inefficacia = inutilità dell'atto privato" ma, al contrario, sanziona di fatto questo tipo di anomalie, almeno in prima battuta, con la sanzione economica meno grave tra tutte quelle previste, consentendo al licenziamento di realizzare ugualmente il suo scopo.
Per approfondire il tema è necessario uno schema riassuntivo delle diverse sanzioni che la nuova legge prevede, schema riassuntivo che potrebbe essere il seguente:
A) licenziamenti vietati, perché illeciti, con conseguente pronuncia di nullità ad opera del giudice: tutela reintegratoria piena (posto di lavoro e retribuzioni dal licenziamento alla reintegrazione);
B) licenziamenti intollerabili, perché ingiustificati (e quindi annullabili per carenza dei fatti indicati a sostegno della giusta causa o del giustificato motivo nella lettera di licenziamento): tutela reintegratoria ridotta (posto di lavoro e retribuzioni intermedie ma con il limite massimo di 12 mensilità);
C) licenziamenti tollerati, perché ritenuti non del tutto ingiustificati (e perciò indennizzabili con somme che vanno da 12 a 24 mensilità, ma previa dichiarazione di risoluzione del rapporto ad opera del giudice): tutela economica forte;
D) licenziamenti formalmente scorretti, con conseguente dichiarazione di inefficacia ad opera del giudice, ma con differenziato sistema sanzionatorio, alternativamente finalizzato – sulla base della domanda del dipendente licenziato – a sanzionare o soltanto il vizio di forma, con somme che vanno da 6 a 12 mensilità, oppure a sanzionare l'eventuale difetto di giustificazione sostanziale:

tutela economica debole, oppure (secondo gli esiti della verifica giudiziaria) una delle precedenti tre forme di tutela maggiore.

***Scheda di approfondimento***

I tre casi ricondotti dalla legge nell'ambito dell'inefficacia, cioè all'ultimo dei quattro gradini dello schema riassuntivo che precede, sono i seguenti:

1) la violazione del requisito della motivazione che si vuole contestuale all'intimazione del licenziamento, requisito introdotto da questa stessa legge al comma 37 dell'art. 1;

2) la violazione del requisito della preventiva contestazione degli addebiti disciplinari, requisito da tempo previsto dall'art. 7 della legge n. 300/70;

3) la violazione del requisito della preventiva procedura nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, i licenziamenti c.d. "economici", requisito introdotto da questa stessa legge al comma 40.

Cominciamo da quest'ultimo caso.

La nuova legge ha introdotto la novità consistente nel fatto che i licenziamenti motivati per ragioni aziendali, quindi per profili "oggettivi" che prescindono da fatti del lavoratore, "devono essere preceduti" da una comunicazione alla Direzione territoriale del Lavoro, che a sua volta deve convocare le parti per esaminare i motivi e, con "partecipazione attiva della commissione", deve tentare la conciliazione delle parti, "esaminando anche soluzioni alternative al licenziamento".

Ebbene, dopo avere previsto questa importante novità, poi però ne sanziona l'omissione con una "penale" (che può andare da 6 a 12 mensilità) a carico del datore di lavoro inosservante. Tuttavia la nuova legge subito dopo aggiunge: "… a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è un difetto di giustificazione del licenziamento"; nel qual caso applica, in luogo della tutela economica debole, una delle altre tre tutele maggiori, a seconda delle risultanze finali della causa.

L'altro caso, procedendo a ritroso rispetto all'elencazione, è quello "storico" del licenziamento per mancanze, quindi per fatti gravi commessi dal lavoratore, licenziamento che dopo il 1970 (Statuto dei Lavoratori) non poteva essere convalidato dal giudice se quei fatti, posti a base del licenziamento disciplinare (o per mancanze), non erano stati preventivamente contestati al lavoratore per dargli la possibilità di difendersi dalle accuse prima ancora del licenziamento.

Se il datore di lavoro ometteva di contestare prima i fatti e se non consentiva all'incolpato di replicare entro cinque giorni (termine minimo a difesa), il licenziamento era nullo per violazione di legge e i fatti commessi, gravi o meno che fossero, non avevano più alcun rilievo per il giudice, tenuto comunque a reintegrare il dipendente.

Ora, invece, se il datore di lavoro dovesse procedere al licenziamento per mancanze, indicando direttamente e per la prima volta nella stessa lettera di licenziamento i fatti dei quali il lavoratore viene incolpato (o non consentendo il regolare svolgimento della procedura), la reintegrazione non scatterà più in automatico, per la sola violazione del dovere di preventiva contestazione, che pure rimane scritto nell'art. 7 della L. 300/70, ma potrà scattare (di sicuro) la sanzione economica "debole" (quella cioè da 6 a 12 mensilità). Inoltre, ma solo se il lavoratore lo richiederà in causa, potrà scattare una delle altre tre forme di tutela maggiore, sempre che il giudice poi accerti il "difetto di giustificazione del licenziamento", accerti cioè che il lavoratore non ha commesso i fatti di cui viene incolpato, oppure che ha commesso fatti non sanzionabili con il licenziamento. Il lavoratore dovrà decidere dunque se fermarsi alle formalità violate, avendo in cambio con certezza e subito poche mensilità, oppure addentrarsi oltre per chiedere la maggiore tutela, con i conseguenti tempi più lunghi.

Il terzo e ultimo caso è quello del licenziamento che non venga motivato contestualmente all'intimazione: il c.d. "licenziamento muto".
Prima della nuova legge, in casi come questi, il lavoratore poteva richiedere la specificazione dei motivi e, se il datore di lavoro non provvedeva entro un certo termine, il licenziamento diventava (ancora) inefficace, ma la sanzione dell'inefficacia era quella della reintegrazione in sevizio del dipendente, con tutte le retribuzioni intermedie. Ora invece, in prima battuta, la sanzione è quella della tutela economica debole, cioè da 6 a 12 mensilità, ma (anche in questo caso) "a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore" accerti che vi è anche un difetto di giustificazione sostanziale del licenziamento. Il lavoratore dovrà dunque decidere, anzi questa volta il suo avvocato, come far emergere la motivazione effettiva, ma tuttavia dovendosi difendere al buio, valutando anche l'opportunità di un ricorso parimenti "muto", ma completo nelle conclusioni.

## CONTRASTO ALLE DIMISSIONI IN BIANCO

di *Velia Addonizio*

***Sintesi delle novità***

Con il termine "dimissioni in bianco" si indica una pratica, in realtà molto più diffusa di quanto correntemente si pensi e si dica, per la quale il datore di lavoro induce la lavoratrice/lavoratore a sottoscrivere le proprie dimissioni dal rapporto di lavoro a prescindere dalla sua reale volontà, senza l'indicazione della data, spesso al momento dell'assunzione.
Si ricorre, tra l'altro, a tale prassi fraudolenta nei casi di eventi "sgraditi", che dovessero verificarsi durante il rapporto di lavoro quali malattie, infortuni, ma soprattutto gravidanze. L'ISTAT con i rapporti annuali ha raccolto dati numerici sull'incidenza delle c.d. "dimissioni in bianco" nei casi di interruzioni del lavoro per la nascita di un figlio: negli anni 2008-2009 800 mila lavoratrici madri hanno dichiarato di essere state indotte a dimettersi dal loro posto di lavoro a seguito della gravidanza.
L'articolo 55 del disegno di legge governativo n. 3249 nella stesura originale, (prima delle modifiche apportate dal Senato) s'intitolava "Tutela della maternità e paternità e contrasto del fenomeno delle dimissioni in bianco".
Il provvedimento poi approvato dal Parlamento vede applicata quella tecnica normativa, invalsa negli ultimi anni, che compone le norme in pochi articoli poi suddivisi in decine (a volte centinaia) di commi. Così, è sparito il titolo "Tutela della maternità e paternità e contrasto del fenomeno delle dimissioni in bianco", che quantomeno dava un riconoscimento formale all'esistenza di un fenomeno grave e fraudolento.
Il testo oggi in vigore è ricompreso nei commi da 16 a 23 dell'articolo 4 della c.d. legge Fornero. Il sedicesimo comma modifica il quarto comma dell'art.55 del Decreto legislativo 26 marzo 2001 n.151, disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, che prevedeva che le dimissioni rassegnate dalla lavoratrice, durante il periodo di gravidanza e dalla lavoratrice o dal lavoratore durante il primo anno di vita del bambino o nel primo anno di accoglienza del minore adottato o in affidamento, dovessero essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro, competente per territorio e che la risoluzione del rapporto di lavoro era condizionata alla convalida.
Il nuovo comma quarto dell'art. 55 del d.lgs n.151/2001 prevede che la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro ovvero le dimissioni (oggi equiparati), presentate dalla lavoratrice durante il periodo di gravidanza, dalla lavoratrice-madre ed esteso al lavoratore-padre, durante i primi tre anni di vita del bambino o nei primi tre anni di accoglienza del minore adottato o in affidamento, o, in caso di adozione internazionale, nei primi tre anni dall'ingresso del minore nel nucleo familiare,

devono essere convalidate dal servizio ispettivo del Ministero del lavoro e delle politiche sociali competente per territorio. La convalida è espressamente prevista quale condizione sospensiva dell'efficacia della risoluzione del rapporto di lavoro.
Il diciassettesimo comma dell'art. 4 regolamenta le dimissioni/risoluzione consensuale presentate dalle lavoratrici e dai lavoratori in generale, "al di fuori dell'ipotesi di cui all'art. 55, comma 4 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n.151": viene introdotta la convalida e questa dovrà effettuarsi davanti la Direzione territoriale del lavoro o il centro per l'impiego territorialmente competenti, ovvero presso le sedi individuate dai contratti collettivi nazionali stipulati dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative a livello nazionale.
In alternativa (comma diciottesimo) l'efficacia delle dimissioni/risoluzione consensuale del rapporto di lavoro è sottoposta alla condizione sospensiva della sottoscrizione di apposita dichiarazione da parte della lavoratrice/lavoratore, apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro ex art. 21 Legge n. 264/1949 e successive modificazioni. Il Ministro del Lavoro e delle politiche sociali potrà con decreto non regolamentare individuare ulteriori e più semplificate modalità di accertamento dell'autenticità della data e della volontà dimissionaria della lavoratrice o del lavoratore.
Dunque, nei casi di cessazione del rapporto di lavoro per dimissioni, ovvero per risoluzione consensuale, il rapporto si intende risolto (perché si considera avverata la condizione sospensiva dell'efficacia):
1) per inerzia della lavoratrice/lavoratore, qualora questi non proceda alla convalida nei modi previsti dai commi 17 e 18;
2) qualora la lavoratrice/lavoratore non aderisca entro sette giorni, dalla ricezione, all'invito a presentarsi presso le sedi stabilite (Direzione territoriale del lavoro, Centro per l'impiego, sedi individuate dai Contratti Collettivi Nazionali);
3) qualora la lavoratrice/lavoratore non aderisca entro sette giorni, dalla ricezione, all'invito trasmesso dal datore di lavoro con comunicazione scritta (al domicilio della lavoratrice o del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio formalmente comunicato al datore di lavoro, ovvero consegnata a mani della lavoratrice o del lavoratore, sottoscritta da questi per ricevuta) a sottoscrivere la dichiarazione in calce alla comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro ex art. 21 Legge n. 264/1949 e successive modificazioni;
4) qualora la lavoratrice/lavoratore non effettui la revoca delle dimissioni o della risoluzione consensuale entro sette giorni dalla ricezione dell'invito a convalidare.

***Scheda di approfondimento***
Il comma 21 introduce la possibilità per la lavoratrice/lavoratore di revocare le dimissioni o la risoluzione consensuale: entro sette giorni, che possono sovrapporsi al periodo di preavviso, dal ricevimento dell'invito a convalidare le dimissioni o la risoluzione consensuale, la revoca può essere comunicata in forma scritta; dal giorno successivo alla comunicazione della revoca si ricostituisce il rapporto di lavoro e per il periodo intercorrente tra il recesso e la revoca, se non vi è stata prestazione lavorativa, non matura alcun diritto retributivo.
Eventuali pattuizioni stabilite al momento delle dimissioni o risoluzione consensuale in caso di revoca perdono efficacia con conseguente obbligo in capo alla lavoratrice/ lavoratore di restituire tutto quanto eventualmente percepito in forza di esse.
Infine, il comma 23 prevede a carico del datore di lavoro che abusi del foglio firmato in bianco dalla lavoratrice/ lavoratore al fine di simulare le dimissioni o la risoluzione consensuale una

sanzione amministrativa da €5.000,00 ad €30.000,00, il cui accertamento è di competenza delle Direzioni territoriali del lavoro.

**<u>Integrazioni al Cap. IX, Sez. C</u> - IL CONTRATTO DI APPRENDISTATO** di *Lorenzo Giasanti*

***Sintesi delle novità***

La legge n. 92/2012 interviene con diversi correttivi anche in materia di apprendistato, nonostante la recente riforma dell'istituto del settembre 2011. Nel disegno del governo Monti l'apprendistato dovrebbe diventare il canale privilegiato di accesso dei giovani al mondo del lavoro (art. 1, comma 1, lett. b, l. n. 92/2012).

Tra le modifiche più significative due sono vere e proprie novità per l'istituto in questione. In particolare è stata prevista una durata minima del contratto di apprendistato, che non può ora essere inferiore a 6 mesi, con una specifica eccezione per i lavoratori stagionali per i quali viene lasciata alla contrattazione collettiva la possibilità di provvedere altrimenti (art. 1, comma 16, lett. a). Viene altresì inserita la condizione, per poter assumere nuovi apprendisti, che almeno il 50% (30% nei primi tre anni di attuazione della legge) degli apprendisti alle dipendenze di un datore di lavoro prosegua il rapporto di lavoro al termine del periodo di apprendistato, anche se nel corso dell'*iter* di approvazione è stata poi prevista l'applicazione di tale norma ai soli datori di lavoro con dieci o più dipendenti (art. 1, comma 16, lett. d). Tale ultima innovazione anticipa quale necessario requisito di legge quella "possibilità di forme e modalità per la conferma in servizio" che il Testo unico del 2011 lasciava alla libera determinazione della contrattazione collettiva, che quindi avrebbe anche già potuto introdurre quale clausola di stabilizzazione un meccanismo simile a quello previsto dalla legge Fornero.

La legge ha poi provveduto a modificare il rapporto tra apprendisti e lavoratori dipendenti. Mentre nel Testo Unico del 2011, in continuità con quanto previsto in materia di apprendistato fin dalla legge n. 25/1955, era previsto un rapporto massimo di 1 a 1 tra apprendisti e maestranze specializzate, con la necessaria presenza di un tutor per ogni apprendista, la legge n. 92/2012 aumenta il numero di apprendisti assumibili stabilendo un rapporto di 3 apprendisti ogni 2 dipendenti qualificati per le imprese con dieci o più dipendenti, mentre per le piccole imprese rimane la necessità di un rapporto 1 a 1 (art. 1, comma 16, lett. c). Peraltro dopo il passaggio in Senato è stata esplicitamente esclusa la possibilità di assumere apprendisti con contratto di somministrazione a tempo determinato, superando un generico rinvio contenuto nella prima versione del provvedimento che aveva portato a ritenere possibile tale eventualità.

Si è infine provveduto a chiarire un riferimento all'art. 2118 c.c., applicabile al termine del ciclo formativo, per cui anche durante il periodo di preavviso è ora previsto che continui ad applicarsi la disciplina dell'apprendistato.

***Scheda di approfondimento***

Come è noto con il Testo Unico del 2011 in materia di apprendistato (D.Lgs. n. 167/2011), con cui è stata data attuazione alla specifica delega contenuta nella legge n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro) che aveva a sua volta modificato, introducendo un nuovo termine di attuazione, l'analoga delega contenuta nella l. n. 247/2007, si è provveduto a ridisegnare l'istituto dell'apprendistato con il precipuo intento di superare le principali problematiche a cui aveva dato luogo la riforma introdotta dal D.Lgs. n. 276/2003, abrogando al contempo tutte le norme previgenti che ancora regolavano il contratto di apprendistato (l. n. 25/1955, artt. 21 e 22 l. n. 56/1987, art. 16 l. n. 196/97, artt. 47-53 D.Lgs. n. 276/03). Uno tra i punti più critici era stato il delicato rapporto tra normativa statale e

normativa regionale, che aveva portato in diverse occasioni a vere e proprie censure ad opera della Corte costituzionale dell'impianto normativo disegnato dal legislatore del 2003 (Corte cost. n. 176/2010; Corte cost. n. 50/2005). Proprio per tale motivo nel percorso con cui si è arrivati all'approvazione della riforma in materia di apprendistato si è cercata una maggiore condivisione rispetto a quanto avvenuto in passato da parte di tutti coloro che hanno un ruolo attivo nell'implementazione dell'istituto. Vi è quindi stato il coinvolgimento sia della conferenza Stato-regioni (accordo in data 7.7.2011), che delle parti sociali, le quali hanno condiviso il testo con un'ampia partecipazione e l'unica dissociazione ad opera delle associazioni datoriali artigiane (accordo in data 11.7.2011).

La nuova riforma dell'apprendistato, pur formalmente non discostandosi più di tanto dall'approccio regolativo utilizzato dal legislatore del 2003, introduce diverse modifiche sostanziali. Il D.Lgs. n. 167/2011 è un testo stringato che contiene la definizione delle tre tipologie di apprendistato riadattate dal testo del 2003, rimandando alla contrattazione collettiva, attraverso appositi accordi interconfederali o contratti collettivi nazionali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative, la disciplina generale dell'istituto, prevedendo in ogni caso alcuni principi basilari da rispettare, tra cui: la necessità della forma scritta del contratto, del patto di prova e del relativo piano individuale, che andrà poi definito entro 30 giorni dalla stipulazione del contratto; la possibilità di inquadramento fino a due livelli inferiori; la necessaria presenza di un tutor aziendale (art. 2, comma 1, D.Lgs. n. 167/2011).

Le tipologie di apprendistato restano tre. Una prima figura di base, apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale, che si rivolge ai giovani dai 15 ai 25 anni e mira al conseguimento di una formale qualifica. Una seconda figura, apprendistato professionalizzante, rivolta ai giovani dai 18 ai 29 anni che dovrebbe mirare alla formazione on the job e puntare all'apprendimento di un particolare mestiere. Una terza e più elevata tipologia, apprendistato di alta formazione, rivolta anch'essa ai giovani dai 18 ai 29 anni che dovrebbe mirare al conseguimento di una qualifica più elevata, compresi i dottorati di ricerca o l'accesso alle professioni ordinistiche.

Innanzitutto il nuovo testo unico prevede esplicitamente che l'apprendistato sia un contratto di lavoro a tempo indeterminato, caratterizzato da una prima parte temporalmente definita del rapporto configurata dalla formazione quale elemento caratterizzante e necessario requisito causale.

Non si tratta certo di una novità assoluta, se nell'approccio dottrinale era già ampiamente diffusa tale proposta ricostruttiva, ma l'esplicita formulazione normativa potrebbe introdurre qualche novità sul piano interpretativo.

Durante il periodo in cui sussiste anche l'obbligo formativo il Testo unico prevede che entrambe le parti non possano recedere se non per giusta causa o giustificato motivo. Se la scelta di prevedere una regolamentazione sul licenziamento è un dato acquisito nel nostro ordinamento fin dalla sentenza della Corte costituzionale n. 169/1973, non del tutto comprensibile appare quella di estendere la giustificazione del recesso anche all'apprendista. Si tratta di una regola simile a quella in vigore per il contratto a termine, che prevede la facoltà di recesso *ante tempus* per entrambe le parti solo per giusta causa, ma che difficilmente trova una giustificazione in una fattispecie contrattuale normativamente definita a tempo indeterminato, se non, forse, nella volontà di non disperdere lo sforzo formativo compiuto dall'azienda.

Tale modifica potrà, in alcuni casi, porre problemi seri al lavoratore, a maggior ragione considerato il fatto che, secondo le previsioni dei contratti collettivi, il contratto di apprendistato può avere durate anche molto elevate. Potrà dunque capitare che in corso di contratto il lavoratore trovi alternative occupazionali, magari più stabili e meglio retribuite di quella in atto, e sia

giuridicamente impedito a coltivarle. D'altra parte, il lavoratore che, o per inconsapevolezza del vincolo di stabilità oggi introdotto o per scelta deliberata decida comunque di dimettersi dal contratto di apprendistato, per cogliere la nuova opportunità di impiego, rischia di rimanere esposto ad azioni risarcitorie del datore di lavoro. Sembra in ogni caso proponibile anche in questo caso l'approccio giurisprudenziale restrittivo riscontrabile in materia di recesso *ante tempus* nel contratto a termine, con la conseguenza che sarà il datore di lavoro a dover provare il danno concretamente subito da un eventuale recesso illegittimo.

Al termine del periodo di formazione è però data facoltà ad entrambi di recedere liberamente a norma dell'art. 2118 del codice civile, con la specificazione, introdotta dalla legge Fornero, che anche durante il periodo di preavviso continua ad applicarsi la disciplina dell'apprendistato. Si tratta di una modifica che risolve un problema a lungo sollevato dalle imprese, che aveva portato nella pratica a preferire l'indennità sostitutiva del preavviso anche a dispetto della volontà del singolo lavoratore. Se la facoltà di recesso non viene esercitata nello specifico termine di legge il rapporto prosegue quale ordinario rapporto di lavoro di scambio, in cui il solo datore di lavoro troverà una limitazione alla facoltà di recedere.

Secondo il testo unico del 2011 l'apprendistato è oggi "finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani". Tale esplicito riferimento anche alla vocazione occupazionale dell'istituto è stato particolarmente enfatizzato da parte di qualche commentatore, che sottolinea come l'apprendistato abbia perso parte della sua iniziale inclinazione formativa. È probabilmente anche per rispondere a tali preoccupazioni e ribadire la centralità della formazione che, su richiesta delle parti sociali, la legge n. 92/2012 ha inserito la necessaria durata minima di 6 mesi dell'apprendistato.

Alle regioni è demandata in via generale la funzione formativa, integralmente per quanto concerne la tipologia base di apprendistato, in cui il monte ore di formazione, esterna od interna all'azienda, dovrà essere comunque "congruo al conseguimento della qualifica", e quella per l'apprendistato di alta formazione, in accordo con gli specifici soggetti che si occupano di alta formazione. Anche in merito alla tipologia più diffusa di apprendistato, quella professionalizzante, è previsto un diverso ruolo delle regioni, chiamate ora a prevedere un'offerta formativa integrativa nei limiti delle 120 ore nel triennio. Rispetto alla significativa differenza con la disciplina precedente, in cui erano previste almeno 120 ore annuali minime, comprensive però di qualunque attività formativa offerta all'apprendista, più che una ulteriore spinta al carattere occupazionale dell'istituto, nel nuovo testo sembra esservi una separazione più netta dei compiti formativi, con la contrattazione collettiva chiamata a disciplinare "la durata e le modalità di erogazione della formazione" e le regioni, a cui è demandata l'"offerta formativa pubblica" finalizzata all'acquisizione di competenze di base, e che potranno altresì prevedere modalità di certificazione delle competenze acquisite dall'apprendista. Va peraltro sottolineato che nel Testo unico del 2011 è significativamente stata eliminata del tutto la possibilità di una formazione esclusivamente aziendale, ipotesi particolarmente contestata in passato ed al centro dell'intervento censorio della Corte costituzionale nel 2010.

La riforma è altresì intervenuta per chiarire un punto fin qui oggetto di discussione, la possibilità cioè di utilizzare l'apprendistato nell'ambito di una somministrazione a tempo determinato, che la legge n. 92/2012 ha definitivamente escluso. Se nel Testo unico del 2011 (art. 2, comma 3) vi è un esplicito riferimento all'art. 20, comma 3, del D.Lgs. n. 276/03, che rende possibile l'utilizzo dell'apprendistato nell'ambito della somministrazione a tempo indeterminato, parte della dottrina, e un accordo separato siglato nei primi mesi del 2012, riteneva che tale possibilità valesse anche per la somministrazione a termine, tenuto conto del generico richiamo contenuto nell'art. 2, comma 1,

lett. e) del D.Lgs. n. 167/11 agli enti bilaterali che si occupano di formazione per tutte le figure di somministrazione, anche a termine. Nel primo testo della riforma Fornero tale ultima soluzione sembrava essere stata accolta, posto il richiamo anche al comma 4 dell'art. 20 D.Lgs. n. 276/03 previsto dal primo disegno di legge. Nella stesura finale, invece, il testo che ha sostituito il comma 3, art. 2 del D.Lgs. n. 167/11, contiene un chiaro ed esplicito divieto ad utilizzare l'apprendistato per la somministrazione a tempo determinato (art. 1, comma 16, lett. c). Tale intervento rientra probabilmente nella scelta del legislatore di separare nettamente una fattispecie prettamente formativa quale l'apprendistato da altre figure contrattuali, come il contratto a termine o la somministrazione a tempo determinato, il cui primo contratto non deve peraltro neanche più essere giustificato da ragioni oggettive.
Per quanto infine concerne l'apparato sanzionatorio, il Testo unico del 2011 non appare del tutto esauriente, e la legge Fornero avrebbe certamente potuto intervenire in modo più incisivo.
Ai sensi dell'art. 7, comma 1, del D.Lgs. n. 167/11, che riprende il medesimo precetto stabilito dall'art. 53, 3° comma, D.Lgs. n. 276/03 nel testo riformulato dal D.Lgs. n. 251/04, "in caso di inadempimento nella erogazione della formazione di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro e che sia tale da impedire la realizzazione delle finalità di cui agli articoli 3, 4 e 5" (ove è prevista la definizione delle tre tipologie di apprendistato) è previsto il mero versamento del doppio della differenza contributiva tra i contributi versati e quella dovuta in relazione all'inquadramento finale previsto per l'apprendista, "con esclusione di qualsiasi altra sanzione per omessa contribuzione". Inoltre, secondo la novità introdotta dal 2° comma dell'art. 7, "per ogni violazione delle disposizioni contrattuali collettive" relative alla forma, all'inquadramento retributivo e alla presenza di un tutor è disposta a carico del datore di lavoro "la sanzione amministrativa pecuniaria da 100 a 600 euro".
Tali disposizioni sanzionatorie, pur essendo prevista la necessità della forma scritta tra i requisiti a cui i contratti collettivi dovranno conformarsi, hanno portato qualche primo commentatore a dubitare della natura sostanziale di tale atto formale e a ritenere che l'unica sanzione ora proponibile nel caso di inadempienze relative al contratto di apprendistato sia quella economica.
Non pare si possa accogliere appieno una tale soluzione interpretativa.
Per quanto concerne il dato formale, la essenziale funzione causale dell'apporto formativo rende certamente preferibile continuare a ritenere *ad substantiam* la forma scritta richiesta dalla legge, anche in relazione al piano formativo individuale, che, se può essere definito nel dettaglio entro 30 giorni, deve pur sempre essere previsto per iscritto immediatamente nei suoi dati essenziali per sorreggere la stessa ragione causale del contratto di apprendistato. Ma anche perché secondo l'orientamento dominante in mancanza di specifica previsione in senso contrario si presume che la forma sia voluta per la validità del contratto.
Stesso discorso appare proponibile nel caso di completa assenza di qualunque requisito formativo, con la possibilità per il lavoratore di rivendicare comunque in giudizio il riconoscimento di un normale rapporto di lavoro. Questo perché le sanzioni economico-amministrative sono previste, da un lato, in relazione al peculiare aspetto degli incentivi economici e con riferimento alle modalità di erogazione pratica degli aspetti formativi, che vengono però implicitamente dati per esistenti e genericamente operanti, e dall'altro, nello specifico caso di violazione delle ulteriori disposizioni previste dalla contrattazione collettiva, diverse da settore a settore. In sostanza sembra potersi affermare che la sanzione economica debba colpire le violazioni "minori", come la mancata erogazione di qualche ora formativa, e non l'utilizzo completamente abusivo dell'istituto.

Per quelle violazioni, come la completa e totale mancanza dell'aspetto formativo, che incidono sulla stessa speciale natura causale del contratto, come individuata dalla legge, sembra invece più coerente continuare ad applicare la classica sanzione civilistica della nullità relativa di cui all'art. 1419, 2° comma, c.c. con la conversione in un normale rapporto di lavoro subordinato.
Tale approccio interpretativo può certamente desumersi sia dall'esplicito riferimento normativo alla natura a tempo indeterminato del contratto di apprendistato, che impone di interpretare restrittivamente tutto ciò che si discosta da tale riferimento, sia dalla definizione ora accolta quale principio generale del lavoro subordinato a tempo indeterminato quale "contratto dominante" e "forma comune di rapporto di lavoro", secondo la nuova accezione contenuta nell'art. 1, comma 1, lett. a, l. n. 92/2012.
Ma anche in virtù di una specifica modifica introdotta alla disciplina dell'apprendistato proprio con la legge Fornero. Non solo la durata minima di sei mesi del contratto di apprendistato, che comunque induce a ritenere si voglia evitare di utilizzare tale strumento per ragioni meramente temporanee delle imprese che impediscano una seppur minima attività formativa. Ma soprattutto per la sanzione correlata al nuovo art. 2 comma 3-bis del D.Lgs. n. 167/11, come modificato dall'art. 1, comma 16, lett. d, l. n. 92/2012, secondo cui l'assunzione di nuovi apprendisti è subordinata alla prosecuzione del rapporto di almeno il 50% (30% nei primi 3 anni dall'entrata in vigore) degli apprendisti già in servizio da 36 mesi in azienda. Si tratta di una modalità di incentivo alla stabilizzazione già utilizzata sia per il contratto di formazione e lavoro che per l'ormai abrogato contratto di inserimento. Ma per la prima volta, posto che sia nel caso dei CFL sia in quello dell'inserimento non erano indicate sanzioni in relazione alla violazione delle percentuali, il legislatore prevede specificamente che "gli apprendisti assunti in violazione dei limiti di cui al presente comma sono considerati lavoratori subordinati a tempo indeterminato, al di fuori delle previsioni del presente decreto, sin dalla data di costituzione del rapporto". Si tratta di una previsione di una certa rilevanza se si considera, ad esempio, che una tale sanzione nel caso di violazione delle clausole di contingentamento nel contratto a termine non ha trovato unanime conforto giurisprudenziale. Per di più si tratta dell'unica disposizione del Testo unico dell'apprendistato che esplicitamente preveda la "conversione" del contratto in un normale contratto di lavoro subordinato. Ed una tale incisiva sanzione non avrebbe senso se, come affermato da parte di qualcuno, le violazioni relative al nuovo apprendistato dovrebbero essere caratterizzate unicamente da sanzioni economiche.
Sembra quindi che l'unica modalità per inserire la norma in questione in un coerente quadro normativo, sia ritenere che nulla sia cambiato in merito alla necessaria natura sostanziale del requisito formale, e che anche nel caso di mancanza in toto di qualunque requisito formativo la conseguenza non possa che essere la nullità relativa del contratto e la sua conversione *ex tunc* in un normale rapporto di lavoro subordinato.

## **Integrazioni al Cap. XI, Sez. A - IL CONTRATTO A TERMINE** di *Stefano Chiusolo*

***Sintesi delle novità***

Il contratto a termine è un contratto di lavoro subordinato caratterizzato dal fatto di essere soggetto a un termine di durata, scaduto il quale il rapporto cessa automaticamente. Si tratta di un rapporto di lavoro di tipo eccezionale, in quanto nel nostro ordinamento giuridico la regola è piuttosto quella del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (privo cioè di una data di scadenza).

Proprio perché si tratta di un rapporto di lavoro eccezionale, la legge prevede alcuni requisiti di forma e di sostanza, che dovrebbero prevenire l'uso distorto o abnorme di questo istituto. In particolare, è innanzi tutto previsto che il rapporto di lavoro a termine possa legittimamente sorgere solo in presenza di una valida giustificazione. Inoltre, la legge dispone la conversione a tempo indeterminato del rapporto nel caso in cui il contratto a termine prosegua per un certo periodo dopo la sua scadenza. Infine, è vietato stipulare un nuovo contratto a termine prima che sia trascorso un certo lasso di tempo dalla scadenza di quello precedente.
La riforma del lavoro del Governo Monti, in tema di contratto a termine, ha riguardato in particolare gli aspetti da ultimo indicati. Le modifiche introdotte non sempre combattono gli abusi ma, al contrario, talvolta rendono più semplice il ricorso a questo istituto. Più precisamente, le novità più importanti sono le seguenti:
• viene escluso l'obbligo di giustificare l'apposizione del termine nel caso di primo contratto di durata non superiore a 12 mesi;
• viene elevato il termine di prosecuzione del rapporto, dopo la scadenza del termine, necessario alla conversione a tempo indeterminato del rapporto;
• viene elevato l'intervallo che deve intercorrere tra un contratto a termine e l'altro;
• viene maggiorata l'aliquota contributiva, con parziale restituzione in caso di trasformazione del rapporto a tempo indeterminato.

***Scheda di approfondimento***
La riforma più importante introdotta dalla nuova legge con riferimento al contratto a termine è quella che, in alcuni casi, esclude l'obbligo di giustificare l'apposizione del termine.
Com'è noto, la regola generale (che, prima della riforma, incontrava eccezioni marginali, come nel caso dei dirigenti o dei contratti di durata massima fino a 12 giorni) è che il datore di lavoro, che intenda assumere a termine un lavoratore, deve indicare il motivo per cui il contratto di lavoro viene stipulato - appunto - a termine e non a tempo indeterminato. Il D.Lgs. 368/01, al riguardo, prescrive che deve trattarsi di una ragione di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo di altri lavoratori. Sul punto, la giurisprudenza è ormai consolidata nel senso di ritenere che la giustificazione non può essere generica ma deve, sia pur succintamente, dar conto della specifica ragione invocata dal datore di lavoro; inoltre, la ragione deve far riferimento a un'esigenza di carattere temporaneo (altrimenti, non si capirebbe perché quel lavoratore è stato assunto a termine).
Il motivo per cui è richiesta la giustificazione è semplice: nel nostro ordinamento giuridico, il contratto di lavoro normale è quello a tempo indeterminato, con la conseguenza che il datore di lavoro, se vuole invece stipulare un contratto a termine, deve indicarne la ragione. Il principio appena indicato - come ha da sempre riconosciuto la giurisprudenza pacifica sul punto - è insito nei principi generali del nostro diritto del lavoro e, più recentemente (a seguito di una riforma del 2007), è diventata un'espressa previsione del D.Lgs. 276/01 (art. 1 c. 01).
La riforma di cui si sta ora parlando ha modificato anche l'art. 1 c. 01, ma non si deve pensare che la deroga al principio generale della necessità di motivare il contratto a termine stia in questa modifica. Infatti, prima di questa riforma, la norma disponeva che il contratto di lavoro subordinato "è stipulato di regola a tempo indeterminato"; a seguito della riforma, invece, si afferma che il contratto di lavoro subordinato "costituisce la forma comune di rapporto di lavoro". Come si vede, si tratta di una modifica che non tocca la sostanza delle cose: non fa differenza a seconda che il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato sia la regola, ovvero la forma comune; in

ogni caso, il datore di lavoro deve spiegare perché esca dalla regola, piuttosto che dalla forma comune.
Tanto più grave, e inspiegabile, è dunque la deroga contemplata dalla riforma. Più precisamente, si dispone che il requisito della giustificazione non sia richiesto nell'ipotesi del primo contratto a tempo determinato, di durata non superiore a 12 mesi. Il fatto di circoscrivere l'eccezione al primo contratto comporta l'illegittimità del contratto a termine non giustificato, se preceduto (per esempio) da un contratto a progetto dichiarato illegittimo dal giudice, con conseguente accertamento della natura subordinata del rapporto. Lo stesso deve dirsi per qualsiasi contratto atipico (per esempio, stage) stipulato prima del contratto a termine privo di giustificazione. Del resto, la giurisprudenza già ritiene che il datore di lavoro non possa legittimamente convertire a termine un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.
La norma riformata precisa che la deroga si applica tanto nei confronti del datore di lavoro, quanto nei confronti dell'utilizzatore nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine. Ciò evidentemente significa che il datore di lavoro, se aveva già utilizzato un lavoratore nell'ambito di una somministrazione a termine, non potrà successivamente assumere a termine quello stesso lavoratore senza indicare la relativa giustificazione.
In ogni caso, il contratto a termine stipulato senza giustificazione non può essere prorogato.
La riforma prevede che le parti sociali possano in alcuni casi, e a determinate condizioni, addirittura ampliare la portata della deroga appena illustrata. Infatti, i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi sul piano nazionale possono escludere l'obbligo di giustificazione, invece che nel caso contemplato dalla norma e già illustrato, nei casi in cui l'assunzione a tempo determinato (o la missione nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine) avvenga nel contesto di un processo organizzativo caratterizzato: dall'avvio di una nuova attività; dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente. Come si vede, in un simile caso la deroga all'obbligo di motivazione non è più giustificata dalla durata del contratto (non oltre 12 mesi), ma dal fatto che l'assunzione a termine è riconducibile a un "processo organizzativo" del tipo contemplato dalla legge. L'aspetto negativo di questa eccezione è che, per questa via, si può sortire un contratto senza giustificazione per un periodo di tempo addirittura più lungo di 12 mesi, e forse anche per i contratti successivi al primo. D'altra parte, il fatto che il datore di lavoro possa fruire di questa deroga solo a condizione che l'assunzione sia riferibile a uno di quei processi organizzativi, di fatto, riconduce l'assunzione a una causale. In ogni caso, queste assunzioni a termine non possono eccedere il limite del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'unità produttiva.
La modifica sul punto è – come si diceva – particolarmente grave. Il fatto di poter assumere a termine un lavoratore senza alcuna giustificazione di fatto comporterà un prolungamento del periodo di prova (ben oltre il termine massimo previsto dal contratto collettivo). In altre parole, prima di assumere un lavoratore a tempo indeterminato, il datore di lavoro stipulerà con quel lavoratore un contratto a termine di 12 mesi senza alcuna giustificazione, procedendo poi alla conversione a tempo indeterminato del rapporto solo a condizione che quel lavoratore l'abbia soddisfatto.
Un'altra modifica apportata dalla riforma riguarda l'ipotesi del contratto a termine che duri oltre la scadenza originariamente pattuita (ovviamente in assenza di alcuna proroga), nonché l'intervallo minimo che deve intercorrere tra un contratto a termine e l'altro.

Procedendo con ordine, prima della riforma l'art. 5 c. 2 D.Lgs. 368/01 prevedeva la conversione a tempo indeterminato del rapporto solo nel caso in cui il rapporto sorto a termine proseguisse oltre il ventesimo giorno, ovvero oltre il trentesimo giorno dopo la scadenza, a seconda che il rapporto originariamente prevedesse un termine inferiore a 6 mesi, ovvero pari o superiore a 6 mesi. Nel caso di prosecuzione per un periodo inferiore, non opera la conversione del rapporto, ma una semplice maggiorazione della retribuzione. A seguito della riforma, la durata della prosecuzione del rapporto oltre la scadenza originariamente pattuita viene elevata, rispettivamente, a 31 e a 51 giorni. Si tratta, come si vede, di una modifica che penalizza i lavoratori, perché aumenta la durata della utilizzabilità del lavoratore, dopo la scadenza del termine originariamente pattuito, senza che ciò comporti la conversione del rapporto.
La modifica è tanto più grave e inspiegabile se letta congiuntamente alla deroga all'obbligo di giustificazione di cui si è già parlato. In altre parole, come s'è visto il datore di lavoro può per la prima volta assumere a termine un lavoratore, senza giustificazione, per 12 mesi; per effetto di questa ulteriore modifica, si potrebbe sostenere che, di fatto, quel lavoratore possa essere utilizzato a termine, senza giustificazione, per un periodo superiore a 12 mesi, ovvero per 12 mesi e 50 giorni, senza che ciò comporti la conversione a tempo indeterminato del rapporto. In realtà, in senso contrario si può sostenere che se il rapporto, di fatto, è durato oltre 12 mesi, il datore di lavoro non aveva titolo per assumere a termine senza giustificazione e che pertanto, e per ciò solo, il termine è stato illegittimamente apposto. Se invece il contratto senza giustificazione era stato stipulato per meno di 12 mesi, il fatto che sia proseguito oltre la scadenza originariamente pattuita comporta di fatto una proroga, inammissibile per un contratto a termine a causale, che per questo motivo dovrà essere considerato illegittimo.
Quanto all'intervallo minimo che deve intercorrere tra un contratto a termine e quello successivo, prima della riforma l'art. 5 c. 3 D.Lgs. 368/01 disponeva che, nel caso di stipulazione di un nuovo contratto a termine entro 10 giorni dalla scadenza di un contratto a termine della durata fino a 6 mesi, ovvero entro venti giorni dalla scadenza di un contratto a termine della durata di oltre 6 mesi, il rapporto si converte a tempo indeterminato. A seguito della riforma, l'intervallo minimo è stato aumentato, rispettivamente, a 60 e 90 giorni.
La riforma da ultimo indicata – certamente ispirata dalla volontà di contrastare il fenomeno dei contratti a termine fraudolenti – lascia aperto un problema, sia pur transitoriamente. Infatti, la legge di riforma prevede anche – da un lato – che il termine di decadenza per impugnare i contratti a termine sia elevato da 60 a 120 giorni dal momento della cessazione del contratto (mentre il termine per la successiva azione giudiziaria è diminuito da 270 a 180 giorni); tuttavia, e dall'altro lato, si prevede anche che questa riforma diventerà operativa solo dall'1/1/2013 (fino a quella data, dunque, continueranno a operare i termini, rispettivamente, di 60 e di 270 giorni).
Tutto ciò comporta che, una volta che la riforma sarà a regime, il lavoratore a termine disporrà di un sufficiente spazio temporale per impugnare il contratto a termine. Al contrario, fino al 31/12/2012 la riforma, nel suo complesso, è destinata a penalizzare i lavoratori. Infatti, è evidente che, prima di impugnare il contratto a termine, il lavoratore aspetterà di verificare la possibilità di una nuova assunzione presso lo stesso datore di lavoro. Tuttavia, e poiché il nuovo contratto non potrà essere stipulato se non dopo che siano trascorsi 90 giorni, mentre (fino al 31/12/12) il termine per impugnare è di 60 giorni, il lavoratore sarà posto di fronte al dilemma se impugnare (con la certezza che il contratto non verrà rinnovato), oppure non impugnare (con il rischio che il contratto non verrà ugualmente rinnovato e, comunque, con la preclusione di qualsiasi azione giudiziaria).

In ogni caso, i contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi possono stabilire la riduzione dei termini di 60 e 90 giorni fino a 20 e, rispettivamente, fino a 30 giorni, nel caso in cui l'assunzione a termine avvenga nell'ambito di un processo organizzativo determinato da una delle caratteristiche già indicate in tema di contratto a termine privo di giustificazione.
Altra riforma riguarda il termine di 36 mesi ex art. 5 c. 4 bis D.Lgs. 368/01. Più precisamente, la norma dispone che (fatte salve diverse disposizioni da parte dei contratti collettivi), il rapporto sorto a termine si converte a tempo indeterminato se il rapporto, per effetto della successione di contratti a termine per lo svolgimento di mansioni equivalenti con lo stesso datore di lavoro, è complessivamente durato oltre 36 mesi, compresi proroghe e rinnovi. A seguito della riforma, è stato opportunamente previsto che nel calcolo di 36 mesi si debba tener conto anche dei periodi lavorati, per quel datore di lavoro e sempre per mansioni equivalenti, nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine.
La legge di riforma fornisce un'interpretazione autentica in merito all'indennità dovuta, ex art. 32 c. 5 L. 183/10, nei casi di conversione a tempo indeterminato. Più precisamente, si dispone che l'importo (variabile tra un minimo di 2,5 mensilità e un massimo di 12 mensilità) ha la funzione di ristorare per intero ogni pregiudizio subito dal lavoratore, ivi comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia della sentenza con cui il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto. Il legislatore utilizza una terminologia inappropriata: poiché sul punto si sta formando una giurisprudenza che dispone la condanna all'indennità in questione in tutti i casi di conversione del rapporto e a prescindere dal fatto che il rapporto fosse cessato oppure no, parlare di sentenza che ordina la ricostituzione del rapporto di lavoro è in contrasto con la lettera dell'art. 32 c. 5, che invece contempla i casi di conversione del contratto a tempo determinato (a meno di sostenere che l'interpretazione autentica della riforma disponga anche che l'indennizzo è dovuto solo nel caso di conversione del contratto a termine con rapporto di lavoro cessato). Resta infine da segnalare una modifica relativa agli aspetti contributivi. Più precisamente, la riforma dispone, per i rapporti di lavoro subordinato non a tempo indeterminato, un contributo addizionale a carico del datore di lavoro, pari all'1,4% della retribuzione imponibile ai fini previdenziali. La riforma prevede anche alcune eccezioni: l'addizionale non si applica, tra l'altro, alle assunzioni a termine sostitutive o per lo svolgimento di attività stagionali. Il contributo addizionale è destinato a essere restituito, nel limite delle ultime sei mensilità, nel caso di trasformazione a tempo indeterminato del rapporto e, comunque, se il datore di lavoro procede alla assunzione a tempo indeterminato entro il termine dei sei mesi dalla cessazione del contratto a termine. La riforma precisa che la restituzione è dovuta successivamente al decorso del periodo di prova. Poiché ciò contrasta con la giurisprudenza che ritiene illegittima la prova nel caso di un precedente rapporto di lavoro per lo svolgimento di analoghe mansioni, si deve ritenere che la precisazione troverà concreta applicazione nel solo caso (peraltro poco probabile in concreto) in cui la conversione a tempo indeterminato del rapporto avvenga durante il periodo di prova apposto al contratto a termine.

## **Integrazioni al Cap. XI, Sez. C - IL CONTRATTO A TEMPO PARZIALE** di *Maurizio Borali*

***Sintesi delle novità***

Già ripetutamente modificata negli anni passati, la normativa in tema di lavoro a tempo parziale è interessata solo in modo marginale da questa riforma, che si limita ad intervenire su aspetti secondari, relativi alla flessibilità nella gestione degli orari di lavoro. Innanzitutto, nella versione

originaria del D.Lgs. 61/00 era prevista la possibilità per il lavoratore, che si fosse dichiarato disponibile all'inserimento di clausole flessibili ed elastiche nel contratto di lavoro, di revocare tale consenso, al ricorrere di determinate condizioni (esigenze familiari, necessità di reperire un'ulteriore occupazione, ecc.). Tale facoltà è stata abrogata dal D.Lgs. 276/03; ora, pur senza reintrodurre il diritto menzionato, viene quanto meno affidato alla contrattazione collettiva il compito di stabilire "condizioni e modalità che consentono al lavoratore di richiedere l'eliminazione ovvero la modifica delle clausole flessibili e delle clausole elastiche".
In secondo luogo, viene prevista la possibilità di revocare il consenso dato alla flessibilità nella gestione del proprio tempo di lavoro a due specifiche categorie di lavoratori: quelli affetti da patologie oncologiche (per i quali l'art. 12 bis del D.Lgs. 61/00 prevede tutele specifiche) e gli studenti, di cui all'art. 10 della L. 300/70.

***Scheda di approfondimento***

La fissazione degli orari e la flessibilità; il contratto deve contenere la puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa, e la collocazione temporale della stessa, con riferimento al giorno, alla settimana, al mese ed all'anno.
Trattasi di una previsione di fondamentale importanza: il lavoratore deve sapere con precisione quando tenersi a disposizione del datore di lavoro, e ciò al fine di poter attendere, nel tempo restante, alle proprie occupazioni di carattere personale, oppure per poter reperire una diversa attività lavorativa.
L'attuale normativa ha consentito di risolvere il dibattito sorto in passato riguardo le conseguenze della mancata indicazione, in sede contrattuale, dell'orario di lavoro o della distribuzione dello stesso; l'art. 8 del D.Lgs. 61/00 prevede infatti che:
a) la mancata indicazione delle ore lavorative o della loro collocazione non determina la nullità del contratto
b) in caso di mancata indicazione della durata della prestazione (ovvero del numero di ore da effettuare) il lavoratore può chiedere la conversione del contratto a tempo pieno;
c) in caso di mancata indicazione della distribuzione temporale il lavoratore può: I) chiedere al Giudice di determinare le modalità temporali della prestazione, sulla base di quanto previsto dalla contrattazione collettiva ovvero delle esigenze familiari del lavoratore nonché del datore di lavoro; II) rivendicare per il passato un risarcimento del danno.
Si intendono per clausole flessibili quelle pattuizioni che consentono al datore di lavoro di modificare la collocazione temporale dell'orario di lavoro (ossia di decidere in quali giorni e/o orari la prestazione a tempo parziale debba essere resa); vengono invece definite clausole elastiche quelle che prevedono il diritto del datore di lavoro di aumentare la durata della prestazione lavorativa a tempo parziale (verticale o mista). La materia è regolata dall'art. 3, comma 7 e seguenti, del D.Lgs. 61/00, che ha subito nel corso degli anni ripetute modifiche, di cui le ultime risalgono alla L. 183/2011. Attualmente la norma prevede la possibilità per i contraenti di pattuire clausole flessibili e/o elastiche, purché ciò sia previsto dalla contrattazione collettiva e nel rispetto dei termini previsti dalla contrattazione stessa, alla quale è affidato il compito di stabilire le condizioni e le modalità in relazione alle quali il datore può modificare o incrementare l'orario di lavoro, il limite massimo di tale aumento ed ora anche le condizioni alle quali il consenso alla flessibilità può essere revocato. Tali modifiche devono essere precedute da un preavviso, che la legge indica ora in almeno due giorni lavorativi (erano dieci nella versione originaria del D.Lgs. 61/00, poi ridotti a cinque nel 2003), salvo diversi accordi, e danno diritto, dice la legge, "a specifiche compensazioni", forma ed entità delle quali deve parimenti essere stabilita dalla contrattazione collettiva.

In ogni caso, perché al lavoratore si applichino tali clausole, è necessario il suo consenso espresso per iscritto; per la stipulazione di tale patto il lavoratore può chiedere l'assistenza di un rappresentante sindacale. Tale consenso può peraltro essere richiesto contestualmente all'assunzione, ed è dunque facile ipotizzare che sempre più spesso l'assunzione con contratti a tempo parziale venga condizionata all'accettazione, da parte del lavoratore, di tali clausole; in tal modo viene di fatto vanificata la disposizione di cui all'art. 3 c. 9, secondo cui il rifiuto del lavoratore di accettare l'applicazione delle clausole elastiche non può costituire giustificato motivo di licenziamento.
L'eventuale applicazione di clausole elastiche senza il consenso del lavoratore o al di fuori dei limiti legali o contrattuali comporta il diritto ad un risarcimento del danno (art. 8 comma 2 bis). Non integra un'ipotesi di clausola flessibile la previsione, recepita nel contratto individuale, di un orario di lavoro articolato su turni collocati in diverse fasce orarie, purché puntualmente predeterminate.
Si intende per lavoro supplementare quello reso in aggiunta all'orario (ridotto) di lavoro concordato ma entro i limiti dell'orario a tempo pieno; trattasi di istituto che riguarda dunque il solo part time orizzontale (e quello misto orizzontale – verticale), dal momento che nel part time verticale puro (prestazione in alcune giornate, alcune settimane o alcuni mesi nell'anno) l'orario di lavoro giornaliero è già a tempo pieno.
L'attuale normativa consente al datore di lavoro di ricorrere ampiamente al lavoro supplementare, sia pur nel rispetto di determinate regole.
Innanzitutto la legge precisava, nella versione originaria, che il lavoratore era libero di accettare o meno la richiesta di svolgere lavoro supplementare. La formulazione risultante dalla novella del 2003 prevede invece che per l'effettuazione di lavoro supplementare è richiesto il consenso del lavoratore "ove non prevista e regolamentata dal contratto collettivo"; il che significa che la libertà del lavoratore è in realtà condizionata dalle previsioni del CCNL che, entro certi limiti, possono rendere obbligatorie le prestazioni supplementari.
Deve essere la contrattazione collettiva a fissare il numero massimo di ore supplementari effettuabili, e ciò sia con riferimento all'anno che alla singola giornata. Sempre ai contratti collettivi è demandato il compito di individuare le causali, ovvero le ragioni oggettive, che giustificano l'utilizzo di tali prestazioni.
Ancora, la legge dispone che i contratti collettivi possano prevedere una maggiorazione da applicarsi alle ore di lavoro supplementare prestate, che può anche costituire una forma di forfetizzazione dell'incidenza della retribuzione corrisposta per tali ore sugli istituti retributivi indiretti (ferie, festività, Tfr, ecc.), il che è quello che di fatto già prima della legge molti contratti stipulati alla fine degli anni '90, e quindi dopo la Direttiva 97/81/Ce, ma prima dell'emanazione del D.Lgs. 61/2000, prevedevano.
L'art. 3 c. 2 demanda infine alla contrattazione collettiva il compito di stabilire le conseguenze derivanti dal superamento del numero massimo di ore di lavoro supplementare previsto dal CCNL; è stato invece abrogato il comma 6 del D.Lgs. 61/00 che, nella sua versione originaria, demandava alla contrattazione collettiva l'individuazione dei criteri per il consolidamento, nell'orario di lavoro, delle ore supplementari svolte in modo abituale.
Incentivazione del lavoro a tempo parziale e altre disposizioni; manca da sempre nella normativa italiana la previsione di un diritto, quanto meno per alcune categorie di lavoratori, alla trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, vigendo dunque il principio secondo cui la trasformazione può avvenire solo in presenza dell'accordo delle parti.

L'unica deroga a tale principio, prevista dall'art. 12 bis, è limitata ad un'ipotesi quanto mai specifica, ossia quella relativa a lavoratori affetti da patologie oncologiche con ridotta capacità lavorativa; in tale ipotesi il diritto alla trasformazione non può essere negato, neppure sulla base di contrastanti esigenze aziendali.
Eventuali ipotesi ulteriori posso essere previste dalla contrattazione collettiva (è il caso, ad esempio, del part time post maternità previsto dal CCNL Commercio).
Per il resto la legge, in virtù delle ultime modifiche apportate nel 2007, si limita a prevedere una serie di ipotesi al ricorrere delle quali è riconosciuta la "priorità" nella trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale: patologie oncologiche che riguardino familiari; assistenza a familiare portatore di handicap grave; assistenza a figlio convivente portatore di handicap. In sostanza, allorché si versi in una delle condizioni indicate, si avrà diritto ad ottenere la trasformazione del rapporto, con priorità rispetto alle richieste provenienti da altri lavoratori, ma sempre e solo nel caso in cui il datore di lavoro intenda accogliere almeno in parte tali richieste.
A tal fine, la legge prevede che, in caso di assunzione di lavoratori a tempo parziale, il datore di lavoro è tenuto a darne comunicazione ai lavoratori in servizio (anche a mezzo di avviso affisso in luogo accessibile) ed a "prendere in considerazione le eventuali richieste di trasformazione" del rapporto provenienti dai lavoratori a tempo pieno. Si tratta di una terminologia generica e che sicuramente non introduce uno specifico diritto, che peraltro sarebbe limitato all'ipotesi di nuove assunzioni a tempo parziale. Anche per quanto riguarda l'ipotesi inversa (conversione del rapporto a tempo pieno), la legge prevede ora un diritto di priorità nelle assunzioni a tempo pieno per i lavoratori che abbiano trasformato il rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, purché si tratti di assunzioni relative a mansioni quanto meno equivalenti, che avvengano "nello stesso ambito comunale". La legge precisa peraltro che l'eventuale violazione del diritto di prelazione spettante al lavoratore determina solo un risarcimento del danno, commisurato nella differenza tra la retribuzione percepita e quella che sarebbe spettata in caso di trasformazione a tempo pieno, per un periodo di sei mesi.

## IL CONTRATTO DI LAVORO INTERMITTENTE (A CHIAMATA)

di *Lorenzo Giasanti*

***Sintesi delle novità***

Anche il lavoro intermittente, tra le fattispecie contrattuali introdotte dal D.Lgs. n. 276/03, viene fatto oggetto di rivisitazione ad opera dell'art. 1, commi 21 e 22, l. n. 92/2012.
La riforma si occupa innanzitutto di ridefinire l'ambito soggettivo a cui l'istituto si riferisce, prevedendo che possa essere concluso con soggetti con meno di 24 anni e con più di 55 anni (il limite precedente era meno di 25 e più di 45 anni), con l'implicita volontà, quindi, di valorizzarne le caratteristiche di strumento occupazionale per soggetti deboli del mercato del lavoro, quali giovani e anziani. È poi stata introdotta la necessità per il datore di lavoro, prima dell'inizio della prestazione lavorativa, di comunicarne la durata alla direzione territoriale del lavoro "mediante sms, fax o posta elettronica".
Ma la più significativa modifica introdotta è certamente l'abrogazione dell'art. 37 D.Lgs. n. 276/03, che prevedeva il caso del lavoro intermittente per periodi predeterminati, con la necessità per il lavoratore di restare comunque a disposizione del datore di lavoro ma con diritto alla relativa indennità limitato al solo caso di effettiva chiamata da parte del datore di lavoro.

***Scheda di approfondimento***

Come è noto per lavoro intermittente si intende quella figura contrattuale, che il D.Lgs. n. 276/03 aveva introdotto con gli artt. da 33 a 40, che prevedeva la possibilità di utilizzare un lavoratore da parte di un qualunque datore di lavoro soltanto nel momento e per il tempo strettamente necessario alle proprie esigenze per "lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente", nei limiti stabiliti dalla contrattazione collettiva, ovvero in ogni caso con soggetti con meno di 25 o con più di 45 anni di età. Da qui l'utilizzo della formula di "lavoro a chiamata", cioè di una forma lavorativa senza alcun riferimento temporale predeterminato, che nel nostro ordinamento è stata prevista in una duplice variante. Una prima versione in cui non sussiste un obbligo contrattuale a rispondere alla chiamata del datore di lavoro, ed una seconda versione in cui invece il lavoratore si obbliga a rimanere a disposizione, ricevendo in cambio un'indennità di disponibilità, ma la cui mancata ed ingiustificata risposta alla chiamata del datore di lavoro può comportare significative conseguenze: risoluzione del contratto, restituzione di parte dell'indennità ricevuta ed, addirittura, la possibilità di dover versare un "congruo risarcimento" alla controparte datoriale. La legge, che per tale fattispecie contrattuale stabilisce la forma scritta a fini di prova, prevede che il trattamento economico e previdenziale sia strettamente correlato alla prestazione effettivamente eseguita, mentre nel periodo in cui il lavoratore resta disponibile alla chiamata "non è titolare di alcun diritto riconosciuto ai lavoratori subordinati né matura alcun trattamento economico e normativo, salvo l'indennità di disponibilità", che il Decreto Ministeriale 10.3.2004 aveva quantificato nel 20% della retribuzione prevista dal contratto collettivo di riferimento.
Tale fattispecie contrattuale è stata particolarmente criticata, tanto da spingere il legislatore del 2007 ad abrogarla interamente (art. 1, comma 45, l. n. 247/2007). Successivamente con d.l. n. 112/2008, conv. in 1. 133/2008, si è invece deciso di ripristinare interamente l'istituto, attraverso una modalità tecnica che non può che destare qualche perplessità – l'abrogazione della norma abrogante con un inciso che si limitava a far riferimento per relationem al testo del 2003 – soprattutto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 13/2012 secondo cui "il fenomeno della reviviscenza di norme abrogate non opera in via generale e automatica e può essere ammesso soltanto in ipotesi tipiche e molto limitate", che insinua nell'interprete il dubbio sull'utilizzo di tale modalità di tecnica legislativa per introdurre nell'ordinamento una specifica tipologia contrattuale, considerata anche la valenza costituzionale della materia lavoristica. È opportuno ovviamente specificare che, allo stato e fino ad un eventuale intervento del giudice costituzionale, l'istituto del lavoro intermittente non può che essere considerato in vigore. Il legislatore del 2012, che abrogando il solo art. 37 D.Lgs. 276/03 lo considera tale, avrebbe però potuto eliminare qualunque residuo dubbio in merito, decidendo di regolare ex novo la materia.
Il lavoro intermittente, per la particolare disciplina che lo caratterizza, ha provocato diverse discussioni tra gli interpreti, a cominciare dalla stessa qualificazione, autonoma o subordinata, del rapporto, in virtù della complessa configurazione normativa e della non unanime valutazione del requisito della continuità della prestazione. Appare più convincente, in realtà, aderire a quella parte della dottrina che, ponendo l'accento sul requisito della disponibilità funzionale alle esigenze dell'impresa, richiesta comunque al lavoratore, configurano il lavoro intermittente quale fattispecie contrattuale univoca appartenente all'area della subordinazione.
Se la contrattazione collettiva ha fin qui evitato di regolamentare tale istituto, il legislatore con Decreto Ministeriale 23.10.2004 ne aveva ammesso l'utilizzo con riferimento ad una serie di figure professionali (come custodi, guardiani, portinai, fattorini, camerieri.. etc), contenute in un regio decreto del 1923 (r.d. n. 2657/1923), che richiedono un lavoro discontinuo. La circolare ministeriale

n. 4/2005 aveva poi successivamente specificato che in caso di lavoro intermittente a termine non si applicano le disposizioni relative al contratto e tempo determinato, né in relazione alle ragioni causali né per quanto concerne i periodi di intervallo tra un contratto e un altro.
La scelta del governo Monti non appare del tutto lineare e coerente, posto che nel disegno di legge iniziale era prevista l'abrogazione anche dell'art. 34, comma 2, mentre nella versione finale si è scelto di intervenire solo su una delle norme più controverse, quella per cui, nel caso di lavoro intermittente per prestazioni da rendersi nel fine settimana, nei periodi delle ferie estive o delle vacanze natalizie, l'indennità di disponibilità sarebbe stata versata soltanto in caso di effettiva chiamata. L'unica norma concretamente abrogata dalla legge n. 92/2012 è stato quindi l'art. 37 D.Lgs. n. 276/03. Rimane pertanto la possibilità di utilizzare il lavoro intermittente per ragioni oggettive ove previsto dalla contrattazione collettiva o negli stretti limiti di cui al DM 23.10.2004, ed "in ogni caso" per ragioni soggettive, per giovani con meno di 24 anni, ma con la possibilità di svolgere le prestazioni contrattualmente assunte fino al compimento del 25° anno, e per soggetti con più di 55 anni.
Per l'istituto è stata predisposta una forma di controllo più incisiva rispetto al passato. Il datore di lavoro è infatti ora obbligato ad informare la direzione territoriale del lavoro, prima dell'inizio della singola prestazione lavorativa ovvero prima "di un ciclo integrato di prestazioni di durata non superiore a trenta giorni", tramite una procedura semplificata mediante sms, fax o posta elettronica.
Sarà un decreto ministeriale a dover specificare le modalità con cui regolamentare la procedura di comunicazione. E a dire il vero appare curioso come si sia passati dalla necessità di utilizzare la posta certificata, come previsto dalla prima versione del ddl, a modalità quali l'sms, oggetto di riferimento normativo già nel codice della privacy (art. 130 D.Lgs. 196/03), o la posta elettronica non certificata. Al di là dell'apprezzabile tentativo di semplificazione operato dal legislatore, desta in effetti perplessità che una disposizione di legge, la cui violazione comporta una sanzione amministrativa da 400 a 2.400 euro in relazione a ciascun lavoratore per cui è stata omessa la comunicazione, non preveda chiaramente le conseguenze giuridiche dell'utilizzo degli strumenti indicati. Si ricordi, infatti, che se in giurisprudenza è diffuso l'orientamento che nega qualunque valenza probatoria alla posta elettronica non certificata e quindi priva di qualunque "caratteristica oggettiva di qualità, sicurezza, integrità ed immodificabilità, e quindi di attendibilità del relativo documento" (Trib. Roma 27.5.2010), ancora più problemi potrebbero derivare dall'utilizzo non regolato di sms.

## Integrazioni al Cap. XI, Sez. D - IL LAVORO A PROGETTO

di *Daniela Manassero*

***Sintesi delle novità***

La legge 28.6.2012 n. 92/2012 modifica le norme che il D.Lgs. 276/2003 dedica al lavoro a progetto, cioè gli artt. da 61 a 69, e aggiunge una norma alla legge del 2003 (che diventa l'art. 69bis del D.Lgs. 276/2003) dedicata ai liberi professionisti titolari di partita IVA, che a determinate condizioni devono considerarsi collaboratori coordinati e continuativi ai quali va applicata la normativa sul lavoro a progetto (cfr. art. 1, commi 23-27 L. 92/2012).
La L. 92/2012 conferma quanto già previsto nella legge precedente sulle tipologie di collaboratori coordinati e continuativi escluse dalla disciplina del lavoro a progetto: sono gli agenti e rappresentanti di commercio, i componenti di organi di amministrazione e controllo delle società (amministratori, sindaci o revisori), i titolari di pensione di vecchiaia e i collaboratori la cui attività lavorativa sia utilizzata per i fini istituzionali di associazioni e società sportive dilettantistiche. Anche i professionisti iscritti agli albi professionali rimangono, come in precedenza, esclusi dalla

disciplina sul lavoro a progetto, ma la legge precisa ora che ciò vale solo quando gli stessi svolgono attività lavorativa per la quale l'ordinamento richiede l'iscrizione all'albo (ad es. attività giornalistica per chi è iscritto all'Albo dei giornalisti). L'iscrizione del collaboratore all'albo non basta dunque, da sola, ad escludere dall'obbligo di applicazione del progetto, richiedendosi che l'attività svolta per il committente sia proprio quella per la quale si deve iscrivere all'albo professionale.
L'aspetto qualificante del contratto a progetto nella legge del 2003 era la sua riconducibilità ad un "progetto specifico" o a "programmi di lavoro o fasi di esso": nella nuova legge è stato eliminato il riferimento al programma di lavoro e alle sue fasi e rimane la sola riconducibilità del contratto ad un progetto specifico, così rendendo più precisa l'indicazione legislativa e più determinato l'oggetto del contratto. Va segnalata da subito e in particolare la modifica della disposizione della legge del 2003 relativa al diritto del collaboratore al corrispettivo la quale, pur con qualche difficoltà applicativa, costituisce un notevole progresso per il riconoscimento di corrispettivi minimi (mentre, fino ad oggi, la regola vigente rinviava ai compensi di mercato, rendendo difficile contrastare prassi di collaborazioni nelle quali il lavoratore riceveva corrispettivi di bassissimo livello).
Al collaboratore/collaboratrice a progetto la nuova legge mantiene i diritti in materia di invenzioni, gravidanza, malattia ed infortunio già previsti nella legge del 2003 e aggiunge, sulla base di determinate condizioni (cfr. art. 2, commi 51-56 L. 92/2012), il diritto di percepire una indennità una tantum in caso di disoccupazione. è previsto inoltre un aumento progressivo degli oneri contributivi per i collaboratori iscritti alla Gestione Separata INPS (cfr. art. 2, comma 57 L. 92/2012) che dall'aliquota del 27% nel 2012 dovrebbe portare ad una trattenuta previdenziale del 33% a decorrere dal 2018, per due terzi a carico del committente e per un terzo a carico del collaboratore.
La legge vieta infine i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa per i quali non sia individuabile uno specifico progetto e ricollega a questo divieto determinate conseguenze che verranno illustrate nella scheda di approfondimento.

***Scheda di approfondimento***

Il contratto di lavoro a progetto è un tipo di collaborazione che rientra nell'ambito del lavoro autonomo, perché disciplina un rapporto nel quale la prestazione di lavoro è svolta senza vincolo di subordinazione anche se l'attività prestata è "continuativa" e "coordinata" (cioè integrata nell'organizzazione del committente).
Quel che distingue la collaborazione coordinata e continuativa a progetto dal contratto d'opera libero professionale (lavoro autonomo) è il fatto che nel contratto d'opera la durata non ha alcun rilievo giuridico (poiché quel che conta è solo l'opera o il servizio in sé) e la prestazione resa non ha alcun elemento di integrazione o coordinamento con l'organizzazione del committente (poiché il professionista si serve della propria organizzazione per realizzare l'opera dedotta in contratto).
Come già esposto, nella nuova legge è venuto meno il riferimento al programma di lavoro e alle sue fasi e rimane la sola riconducibilità del contratto ad un progetto specifico.
La modifica sembra tener conto, in modo positivo, dell'esperienza di questi anni. Infatti, dal 2003 ad oggi, sostenendo che il riferimento al programma di lavoro consentiva al committente di attribuire al collaboratore un segmento, anche minimo, della propria organizzazione produttiva, le imprese hanno cercato di legittimare il frequente ricorso a contratti a progetto anche quando l'attività da svolgere coincideva con l'oggetto sociale dell'impresa e/o consisteva in compiti di scarso profilo professionale. Questo atteggiamento delle imprese è stato stigmatizzato dai giudici

del lavoro e la nuova legge sembra voler tener conto del fatto che la giurisprudenza prevalente ha negato la legittimità di contratti a progetto nei quali l'attività del collaboratore non era distinguibile dal normale ciclo produttivo aziendale o aveva scarsissimo contenuto professionale, o ancora di contratti nei quali il progetto era descritto con estrema genericità.
Oltre ad aver ricondotto il contratto ad uno specifico progetto, la legge 92/2012 modifica la disciplina precedente con riferimento al corrispettivo, alla cessazione del rapporto e alle conseguenze di un contratto a progetto non conforme al modello legale.
La legge precisa che la nuova disciplina sul contratto a progetto si applichi ai contratti di collaborazione stipulati successivamente al 18 luglio 2012, data della sua entrata in vigore.
*Il progetto*
L'attività di collaborazione coordinata e continuativa prestata dal lavoratore o dalla lavoratrice dev'essere riconducibile ad uno o più progetti specifici che spetta al committente individuare e all'incaricato/a realizzare.
La legge prevede che il progetto sia descritto nel contratto (che va stipulato per iscritto) in modo tale da comprenderne il "contenuto caratterizzante"; nel contratto deve essere indicato anche il risultato finale che si intende conseguire e al quale il progetto va collegato.
La legge 92/2012 pone inoltre alcuni vincoli ai contraenti, vietando di far coincidere il progetto con l'attività d'impresa (cioè l'attività che ne costituisce l'oggetto sociale, dato rilevabile dalla visura camerale) e di stipulare contratti a progetto per lo svolgimento di compiti "meramente esecutivi o ripetitivi", attribuendo ai contratti collettivi a livello nazionale la facoltà di individuare i compiti così caratterizzati (un ulteriore vincolo alle parti contraenti riguarda la determinazione del compenso, che verrà illustrata nel paragrafo relativo).
In buona sostanza, i contratti a progetto dovranno essere sottoscritti per lo svolgimento di attività di un certo livello professionale, non coincidenti con l'attività normalmente svolta dall'impresa.
Connaturato al concetto di progetto rimane l'elemento della temporaneità, visto che la legge 92/2012, come la legge precedente, prevede che il contratto si risolva al momento della realizzazione del progetto. Tuttavia potrebbe non esser chiaro alle parti, all'inizio del rapporto, il momento della realizzazione del progetto: per questo motivo la legge ha mantenuto quanto già previsto in precedenza, e cioè "l'indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro". La legge sottolinea in diversi punti che il lavoro a "progetto" (termine che allude ad una "ideazione" accompagnata da uno studio di attuazione oppure ad uno studio preparatorio di un'opera) deve essere collegato ad un determinato risultato finale: la nuova norma enfatizza la fase finale proprio per sottolineare che il progetto deve avere una sua specificità, e di conseguenza un inizio, una fine e quindi un risultato, a prescindere dalle fasi del ciclo produttivo aziendale.
Primo e fondamentale elemento di verifica sarà pertanto la lettura del contratto sul punto ed il confronto con l'attività in concreto svolta dal collaboratore e con l'attività dell'impresa.
Il progetto deve essere reale, cioè avere una corrispondenza precisa con l'attività di collaborazione prestata. Per valutare l'effettiva sussistenza del progetto occorrerà dunque porre attenzione all'organizzazione aziendale. Già dal testo contrattuale, infatti, potrà emergere la mancanza o (più frequentemente) la genericità del progetto indicato; anche l'eccessiva specificità del progetto, tuttavia, e soprattutto l'enunciazione particolareggiata di molti e diversi progetti potrà essere contestata come espressione di un vincolo di disponibilità richiesto al lavoratore/trice ad essere impiegato/a secondo le diverse esigenze organizzative di cui i molti progetti sono espressione (vincolo tipico e proprio di un rapporto di lavoro subordinato).

*Le modalità di esecuzione del rapporto di lavoro a progetto ed il coordinamento del committente*
Gli elementi della personalità, della continuità e della professionalità della prestazione sono comuni sia al lavoro subordinato sia al lavoro a progetto che implica una prestazione di lavoro la quale, in quanto coordinata e continuativa, è integrata nell'attività e nell'organizzazione del committente.
Per distinguerlo dal rapporto di lavoro subordinato, è di grande importanza capire in che termini il committente può esercitare un potere di intervento e di coordinazione dell'attività prestata dal collaboratore. Mentre il lavoratore o lavoratrice subordinato/a è sottoposto/a al potere direttivo del datore di lavoro, che comporta la disponibilità del/della dipendente ad adeguare nel tempo la prestazione lavorativa alle mutevoli esigenze del datore di lavoro, nel lavoro a progetto il potere direttivo da parte del committente si deve esprimere all'inizio del rapporto, nel momento in cui il committente fornisce nel contratto la descrizione del progetto individuato nel suo contenuto caratterizzante ed illustra alla persona il risultato finale che intende conseguire.
La legge consente al committente di prevedere "forme di coordinamento (…) sulla esecuzione anche temporale, della prestazione" lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicare l'autonomia nell'esecuzione "dell'obbligazione lavorativa": questo significa che il committente ha il potere di stabilire le coordinate spaziali e temporali della prestazione (la coordinazione avrà pertanto ad oggetto sia il tempo che il luogo dell'adempimento dell'obbligazione) ma non il potere di conformare le mansioni, cioè di stabilire nel dettaglio e momento per momento i compiti da svolgere e neppure il potere di variare i compiti richiesti a seconda del mutare delle esigenze organizzative. Lo si ricava anche dall'art. 62, 1° comma lett. d) che impone di indicare le forme di coordinamento sulla esecuzione anche temporale della prestazione lavorativa e dall'art. 66, 4° comma, dal quale si ricava che lo svolgimento dell'attività lavorativa nei luoghi di lavoro del committente possa essere eventuale e non necessaria.
Il ritenere la coordinazione, sia pure nei termini sopra indicati, oggetto di uno specifico potere attribuito al committente, comporta il dover ritenere a carico del committente stesso il rischio che la prestazione non sia utile e non abbia conseguito il risultato perché inserita in modo imperfetto nella sua organizzazione: questo elemento va tenuto ben presente soprattutto da quando, con la L. 92/2012, è previsto espressamente che sia individuato il risultato finale che con il contratto a progetto si intende conseguire.
Saranno quindi legittime da parte del committente verifiche periodiche sull'andamento del lavoro, ma non controlli e direttive più stringenti, o regolamenti su modalità e tempi dell'attività lavorativa del collaboratore (ad es. obbligo di rispetto degli orari stabiliti dal committente, modi e tempi delle pause, autorizzazione ad assentarsi per ferie o permessi) perché sono proprio le disposizioni sulle mansioni da svolgere e sulle regole da osservare all'interno dell'organizzazione predisposta dal datore di lavoro a connotare una prestazione lavorativa come subordinata.
*Il compenso e i criteri per la sua determinazione*
L'art. 63 del D.Lgs. 276/2003, dedicato al corrispettivo, è stato modificato dalla legge 92/2012. Viene mantenuto il principio di proporzionalità del compenso alla quantità e qualità del lavoro prestato, già previsto nella legge precedente, ma viene eliminato, quale parametro per il giudizio di proporzionalità, il riferimento ai compensi "normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto".
Nella nuova legge i parametri di riferimento sono altri.
La legge delega innanzi tutto la contrattazione interconfederale, nazionale o, su loro delega, la contrattazione decentrata a definire i minimi di compenso dei collaboratori a progetto per ciascun settore di attività, dando impulso all'attività dei contraenti collettivi che per il lavoro autonomo e

coordinato e continuativo dal 2003 ad oggi non hanno sottoscritto un gran numero di accordi (se si esclude l'accordo nazionale 14.3.2004 per i collaboratori operanti in outsourcing per società di call center e taluni contratti a livello aziendale per istituti di ricerca, società di orientamento, cooperative sociali ecc., vale a dire nei settori dove è più frequente il ricorso a questa tipologia contrattuale).
Se esiste contrattazione specifica relativa al settore di attività, la legge impone dunque alle parti individuali di indicare nel contratto compensi non inferiori ai minimi stabiliti dalla contrattazione stessa.
Se invece non esiste per quel determinato settore una specifica contrattazione collettiva, la legge impone alle parti di indicare nel contratto compensi non inferiori alle "retribuzioni minime previste dai contratti nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto". La legge sancisce il principio secondo cui sono i contratti collettivi nazionali di categoria la fonte normativa delle retribuzioni minime: finora, infatti, le retribuzioni dei CCNL hanno costituito un parametro di riferimento per il Giudice per la verifica della retribuzione dovuta (solo ai lavoratori subordinati o a chi chiedeva in giudizio di accertare la natura subordinata del suo rapporto lavorativo) non direttamente perché previsto dalla legge ma solo attraverso il principio di retribuzione sufficiente e proporzionata di cui all'art. 36 Cost.
L'art. 63, come l'art.69 – di cui si dirà più avanti - è una norma destinata al Giudice, il quale sarà chiamato a pronunciarsi ogni qual volta dovesse essere allegata dal collaboratore – che da adesso in poi ha questo diritto – la non corrispondenza del suo compenso ai minimi previsti dalla contrattazione specifica di settore per le collaborazioni autonome o dalla contrattazione collettiva dei subordinati con riferimento a figure professionali analoghe, al fine di richiedere in giudizio l'adeguamento del suo trattamento retributivo a quanto previsto dai contratti collettivi.
*La cessazione del rapporto di lavoro a progetto*
L'art. 67 del D.Lgs. 276/2003, come modificato dalla L. 92/2012, prevede che il contratto venga a cessare automaticamente al momento della realizzazione del progetto che ne costituisce l'oggetto, ma che possa cessare anche prima della scadenza del termine per giusta causa, cioè per una causa che non consenta la prosecuzione, neppure provvisoria, del rapporto, in applicazione della regola generale secondo cui il termine apposto ad un contratto è vincolante per entrambe le parti fino alla scadenza, fatta salva appunto l'ipotesi della giusta causa.
La legge 92/2012 introduce poi due ulteriori ipotesi di estinzione del rapporto, una per il collaboratore e l'altra per il committente.
Il collaboratore può recedere anche prima della scadenza del termine dando un preavviso, purché questa possibilità sia stata prevista nel contratto individuale.
Il committente invece è vincolato al contratto fino alla sua scadenza, ma può recedere prima solo quando siano "emersi oggettivi profili di inidoneità professionale del collaboratore tali da rendere impossibile la realizzazione del progetto".
La modifica introdotta sembra in primo luogo escludere la possibilità che il contratto a progetto preveda, come invece è avvenuto normalmente nella prassi sino ad oggi, un diritto di recesso da parte del committente condizionato al solo obbligo di un preavviso. Tale possibilità è oggi ammessa per il collaboratore, se prevista in contratto, ma esclusa per il committente che con la stipulazione del contratto, e salvo l'insorgere di una giusta causa o dell'inidoneità del collaboratore, si vincola alla prosecuzione del rapporto sino alla scadenza convenuta, o sino alla realizzazione del progetto se questa si verifica in precedenza. Un recesso anticipato, fuori dai casi previsti, darà dunque diritto al collaboratore a pretendere il risarcimento del danno da mancato guadagno del compenso pattuito.

Peraltro, va segnalato che anche per il collaboratore, ove il contratto non preveda il diritto a recedere con preavviso, sussiste un obbligo di completare la prestazione fino al termine o alla realizzazione del progetto, e che lo stesso si esporrà dunque ad eventuale pretesa risarcitoria del committente ove risolva il contratto senza una giusta causa. Per quanto riguarda l'ipotesi dell'emersione di profili di inidoneità del collaboratore, la novità introdotta dal legislatore potrà prestarsi a dubbi interpretativi e applicativi. Il parallelo con il caso, previsto dalla disciplina del lavoro subordinato, della inidoneità fisica alle mansioni, può operare solo parzialmente, poiché in quel caso può essere rimessa a un soggetto terzo (come ad esempio il medico del lavoro) la valutazione tecnica dell'inidoneità fisica. D'altronde non è immaginabile che il recesso possa fondarsi su una valutazione di inidoneità professionale meramente discrezionale da parte del committente, non solo per ragioni sistematiche ma anche per il preciso riferimento che la norma fa a profili "oggettivi". Ciò significa che in caso di recesso del committente per tale motivo, il collaboratore avrà la facoltà di agire in giudizio per contestare il recesso anticipato e chiedere il compenso che avrebbe ottenuto fino alla scadenza naturale del contratto. In giudizio il committente dovrà dare la prova della oggettiva inidoneità del collaboratore e della impossibilità di realizzare il progetto, mentre il collaboratore, oltre a contestare nel merito quanto sostenuto dal committente, potrà eventualmente sostenere che il progetto non è stato realizzato per motivi organizzativi imputabili al committente ed in particolare per l'integrazione imperfetta della prestazione del collaboratore nell'organizzazione produttiva del committente stesso.

Ancor più che nella precedente disciplina, l'indeterminatezza temporale di un progetto dovrà ritenersi equivalente alla sua inesistenza, così come la reiterazione e ripetizione dello stesso progetto si potranno tradurre nella mancanza di progetto per indeterminatezza dell'elemento temporale. La legge non disciplina l'ipotesi di proroga del contratto, tuttavia anche proroghe reiterate e indefinite possono essere contestate, in quanto rivelatrici della mancanza dell'elemento temporale.

*Le conseguenze di un contratto a progetto non conforme al modello legale e l'azione giudiziale*

Le conseguenze di un contratto a progetto non conforme al modello legale sono contenute nell'art. 69 del D.Lgs. 276/2003, anch'esso modificato dalla L. 92/2012.

Al 1° comma, l'art. 69 sancisce che i "rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto" siano "considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto".

Con norma di interpretazione autentica, l'art. 1, comma 24 della L. 92/2012 precisa che l'individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Viene dunque meno la possibilità di sostenere, come avvenuto da parte di taluno dopo la legge del 2003, che il 1° comma dell'art. 69 contenga una presunzione relativa con possibilità per il committente di opporsi all'effetto sanzionatorio dimostrando la natura comunque autonoma del rapporto. La norma equipara la "mancanza" del progetto alla "individuazione non specifica": ne consegue che sia in caso di assenza del progetto sia in caso di formulazione generica dello stesso vi è quale conseguenza la "conversione" del rapporto nei termini sopra indicati, che dovrà essere dichiarata dal Giudice, al quale la norma di legge è diretta e al quale la legge impone di pervenire ad un certo risultato processuale. Al 2° comma, l'art. 69 stabilisce che, ove venga accertata la natura subordinata di un rapporto di lavoro inizialmente qualificato come rapporto di lavoro a progetto, al medesimo debba essere attribuita la "tipologia negoziale" corrispondente a quella "di fatto realizzatasi tra le parti". Col termine "tipologia negoziale" si intende la durata della

prestazione lavorativa (rapporto a tempo pieno o rapporto a tempo parziale), la misura della retribuzione, l'indicazione delle mansioni e del relativo inquadramento. La legge 92/2012 ha arricchito il valore anti-elusivo dell'art. 69, inserendovi nel 2° comma la prescrizione a considerare rapporti di lavoro subordinato quei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, nei quali l'attività lavorativa del collaboratore e dei dipendenti dell'impresa committente siano svolte con modalità "analoghe": viene così recepito un principio largamente emerso in giurisprudenza secondo cui è dalla fase esecutiva del rapporto, e cioè dall'analisi delle modalità con cui la persona lavora all'interno dell'impresa, che si può risalire alla natura giuridicamente autonoma o subordinata di un rapporto di lavoro. Sono fatte salve da questa disposizione le prestazioni di elevata professionalità (che possono essere individuate dai contratti collettivi) ed è fatta salva la prova contraria da parte del committente, che in caso di contestazione dovrà dimostrare che le modalità di lavoro dei propri collaboratori non sono analoghe a quelle dei propri dipendenti, ad es. perché non ha assegnato ai collaboratori orari vincolanti, non richiede loro il rispetto tassativo degli orari di entrata e uscita, non impone loro i tempi della pausa pranzo o della pausa caffè, non provvede a controlli stringenti e quotidiani sulle mansioni svolte, non provvede a modificare i compiti da svolgere a sua discrezione ecc.

## PRESTAZIONI DI LAVORO OCCASIONALE ACCESSORIO

di *Lorenzo Giasanti*

***Sintesi delle novità***

La riforma Fornero ha ridisegnato i confini del lavoro occasionale accessorio, figura introdotta con il D.Lgs. n. 276/03 con lo specifico intento di intervenire su quelle forme di lavoro marginali spesso caratterizzate da pagamenti in nero. Dopo diversi aggiustamenti che hanno portato a modifiche anche radicali in corso d'opera (si pensi che la prima versione del ddl prevedeva l'esclusione totale dei committenti imprenditori commerciali o professionisti) la versione entrata in vigore ha in ogni caso riscritto integralmente l'art. 70 D.Lgs. n. 276/03, eliminando i requisiti soggettivi od oggettivi precedentemente previsti dalla norma.

Secondo la nuova formulazione introdotta dall'art. 1, comma 32, lett. a, l n. 92/2012, "per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura meramente occasionale che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso dell'anno solare", con un ulteriore limite di 2.000 euro per ogni singolo committente quando si tratti di imprenditori o professionisti.

La norma ha previsto condizioni più restrittive per il lavoro agricolo, con la possibilità di utilizzare tale istituto solo per i giovani sotto i 25 anni, per i pensionati o nel quadro di attività svolte a favore dei produttori agricoli.

Il ricorso al lavoro accessorio è ora esplicitamente previsto anche a favore dei pubblici committenti, con l'unico limite dei vincoli di spesa generalmente previsti dalla legge.

Il legislatore ha finalmente avuto modo di risolvere un'altra mancanza del testo del 2003, quella della mancata corrispondenza tra valore nominale del buono e tempo di lavoro.

Sul punto è intervenuta la legge n. 92/2012, inserendo all'art. 72 D.Lgs. 276/03, con riferimento ai carnet di buoni, la frase "orari, numerati progressivamente e datati" (art. 1, comma 32, lett. b, l n. 92/2012).

Infine, la norma ha risolto un problema, nato dall'esenzione a fini Irpef dei pagamenti in oggetto, che escludeva la possibilità di conteggiare i compensi ottenuti tramite tale istituto contrattuale a fini del permesso di soggiorno. La norma ha esplicitamente previsto la necessità che sia conteggiato a tali fini anche il compenso ottenuto tramite lavoro accessorio.

***Scheda di approfondimento***

L'istituto del lavoro accessorio, introdotto per la prima volta in Italia dal D.Lgs. n. 276/03 sulla base di analoghi modelli già esistenti in Europa, si caratterizza per un particolare meccanismo di liquidazione del compenso, fondato sul sistema dei buoni che cartolarizzano il credito dovuto al lavoratore. Attualmente il valore nominale di ciascun buono, pari a 10 euro, comprende una quota previdenziale destinata alla gestione separata Inps (13%), una quota per l'assicurazione Inail (7%) ed una quota ulteriore a favore dell'Inps per la gestione del servizio (5%), con un valore netto di 7,5 euro a favore del lavoratore, che rimane esente da qualunque ulteriore trattenuta Irpef. Una delle più gravi distonie contenute nel testo iniziale era stata la non corrispondenza tra il valore nominale del buono e il tempo lavorato. Il legislatore ha finalmente riconosciuto che anche in Italia 1 buono equivale necessariamente ad 1 ora di lavoro. Fino ad oggi, infatti, non erano isolate gli episodi che portavano a pagare con 1 buono del valore nominale di 10 euro e netto di 7,5, parecchie ore di lavoro.

La riforma Fornero ha provveduto ad eliminare l'elenco tassativo delle attività per cui era possibile utilizzare l'istituto del lavoro accessorio, peraltro oggetto di modifica già nel 2008 insieme ai riferimenti alle caratteristiche soggettive dei prestatori di lavoro accessorio, preferendo prevedere un ampliamento a qualunque settore e per qualunque lavoratore, salvo le limitazioni previste per il solo settore agricolo, ma con il ripristino del limite massimo annuo dei compensi di 5.000 euro a prescindere dal numero dei committenti, con un ulteriore limite a 2.000 relativo a ciascun committente imprenditore o professionista.

Il mancato superamento della soglia dei 5.000 euro annuali sarà, con ogni probabilità, verificabile nella prassi attraverso una autodichiarazione del prestatore di lavoro. Nulla viene detto in merito alle conseguenze collegate ad un uso dell'istituto oltre tale soglia. Per quanto riguarda il prestatore di lavoro si avranno verosimilmente ripercussioni sullo stato di disoccupazione (art. 72, comma 3, D.Lgs. n. 276/03) e con riferimento ai trattamenti tributari e previdenziali. Per quanto concerne il committente si può pensare ad una sua eventuale responsabilità, anche ai fini di possibili conseguenze sul rapporto di lavoro, soltanto entro la soglia della conoscibilità dell'utilizzo irregolare.

Posta quindi la sempre necessaria occasionalità della prestazione, potrà certamente ritenersi giuridicamente responsabile il committente, imprenditore commerciale o professionista, che direttamente abbia utilizzato tale istituto per un singolo lavoratore oltre la soglia dei 2.000 euro annui, ovvero il committente non imprenditore oltre la soglia dei 5.000 euro annui. Nei restanti casi sarà invece necessario approfondire la concreta possibilità per il committente di conoscere il superamento della soglia stabilita dalla legge ad opera del singolo prestatore di lavoro.

Nulla viene detto in merito alla concreta disciplina dell'istituto, che continua a non essere oggetto di specifica regolamentazione ed a lasciare ampi dubbi in merito alla sua stessa qualificazione.

Infatti, se da un lato le modalità con cui sono previsti i versamenti previdenziali alla gestione separata Inps farebbero pensare al lavoro autonomo, è tuttavia sempre necessario valutare la concreta modalità di adempimento della prestazione e l'effettivo assetto di interessi sottostante al rapporto, che potrebbero non escludere del tutto l'area della subordinazione anche per tale fattispecie contrattuale.

La legge Fornero prevede in ogni caso che possano essere utilizzati i buoni già richiesti alla data di entrata in vigore "comunque non oltre il 31 maggio 2013" (art. 1, comma 33, l. n. 92/2012).

**<u>Integrazioni al Cap. XII, Sez. B</u> - IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO PER RIDUZIONE DEL PERSONALE** di *Franco Scarpelli*

***Sintesi delle novità***

Fin dal 1991 il nostro ordinamento, in attuazione di una Direttiva europea, prevede una disciplina legale specifica per i licenziamenti collettivi. Questi, alla pari del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, trovano la loro ragione in motivi che non riguardano la persona del lavoratore ma sono collegati a ragioni di carattere organizzativo, ristrutturazioni, conseguenze di crisi aziendali ecc.. Ad essi però, a differenza di quanto accade per il licenziamento per g.m.o., si applica una complessa disciplina che prevede il coinvolgimento delle organizzazioni e delle rappresentanze sindacali e lo stretto collegamento con specifici ammortizzatori sociali (il sistema della mobilità) e con misure di sostegno dei lavoratori sul mercato del lavoro.

Si può affermare che la disciplina dei licenziamenti collettivi si differenzia da quella del licenziamento individuale in ragione della maggiore rilevanza collettiva e sociale dell'operazione di riduzione del personale. Il campo di applicazione delle due discipline è infatti definito in relazione ad alcuni criteri numerici, temporali e territoriali: la disciplina della legge 223/1991 si applica (v. art. 24) ai datori di lavoro, imprenditori e non, che occupino alle loro dipendenze più di quindici lavoratori e i quali, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano licenziare almeno cinque lavoratori nell'arco di 120 giorni e nell'ambito del medesimo territorio provinciale. La stessa disciplina si applica, inoltre, quando il datore di lavoro abbia posto in essere un programma di ristrutturazione o riorganizzazione con utilizzo della cassa integrazione guadagni straordinaria e non sia in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi (c.d. messa in mobilità). Ove tali requisiti non sussistano, il datore di lavoro potrà invece procedere ad intimare uno o più licenziamenti individuali per g.m.o.

La disciplina, nell'assetto dato dalla legge 223/1991 (v. soprattutto artt. 4 e 5) prevede: l'avvio della procedura con una comunicazione nella quale il datore di lavoro deve dare alle organizzazioni sindacali analitiche informazioni sulla programmata riduzione del personale; lo svolgimento su richiesta delle oo.ss. di un esame congiunto, e la sua eventuale prosecuzione in sede amministrativa; l'applicazione, nel caso si proceda effettivamente ai licenziamenti, di criteri di scelta fissati dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, previsti dalla legge (art. 5).

L'impianto della legge si sviluppa poi con l'ammissione dei lavoratori licenziati alle liste di mobilità e a godere (a seconda dell'impresa di provenienza) dell'indennità di mobilità o dell'indennità di disoccupazione. Per i lavoratori aventi titolo all'indennità di mobilità la copertura economica è stata negli anni abbastanza significativa, sia per la durata (da uno a tre anni a seconda dell'età, ed anche maggiore in alcune aree territoriali) sia per gli importi e la corrispondente copertura figurativa a fini pensionistici. Ciò ha favorito in molti casi la stipulazione di accordi sindacali miranti a indirizzare i licenziamenti soprattutto sui lavoratori più anziani in grado di accedere, transitando per un periodo di mobilità, al pensionamento.

Il lavoratore licenziato ha ovviamente il diritto di impugnare il licenziamento (entro 60 giorni) e di far valere in giudizio gli eventuali profili di invalidità: l'inefficacia per vizi della procedura, l'illegittimità per la violazione dei criteri di scelta o l'insussistenza di un corretto collegamento causale tra l'operazione di riduzione del personale e l'individuazione dei lavoratori licenziati, il carattere discriminatorio del singolo licenziamento o dei criteri di scelta adottati. L'accertamento di uno qualsiasi di tali vizi dava sempre luogo, nel contesto vigente fino ad oggi, alla reintegrazione del lavoratore ex art. 18 l. 300/1970. In caso di violazione della procedura sindacale, poi, era sempre possibile l'azione delle associazioni sindacali ex art. 28 stat. lav.

La legge 92 del 2012 investe per diversi aspetti il quadro ora sintetizzato: sia con alcune modifiche della stessa disciplina dei licenziamenti collettivi, sia modificando il quadro degli istituti di contorno (ammortizzatori sociali).
Per il primo aspetto, come si illustrerà tra breve, la legge (art. 1, commi 44-46) incide su alcuni aspetti della procedura sindacale e, soprattutto, modifica il regime sanzionatorio del licenziamento eventualmente invalido (al fine di coordinarlo con i mutati contenuti del nuovo art. 18 dello statuto dei lavoratori). Il risultato, si può anticipare, è che d'ora innanzi anche per i licenziamenti collettivi l'esito dell'impugnazione del licenziamento, se accolta, potrà dar luogo a volte alla reintegrazione nel posto di lavoro a volte a un mero indennizzo risarcitorio.
Se, in questa scheda, ci si soffermerà in particolare sulle novità ora citate, vanno però segnalate le importanti novità che riguardano il contesto in cui si sviluppano le riduzioni del personale. L'istituto della mobilità sarà eliminato (sia pure non subito, ma a regime nel giro di qualche anno), per passare ad un regime unico caratterizzato dal nuovo istituto dell'Assicurazione sociale per l'impiego (Aspi), caratterizzato da minori differenze settoriali rispetto alla situazione odierna, ma anche da una minore copertura temporale del reddito dei lavoratori che rimangano disoccupati per effetto di una riduzione del personale. Tale modifica è ancora più rilevante per il fatto che di recente, come è noto, sono stati allungati i tempi di accesso alla pensione.
Per effetto delle due modifiche si ridurranno dunque i casi nei quali è possibile gestire le eccedenze di personale avviando i lavoratori, o parte di essi, al pensionamento tramite periodi di disoccupazione assistita.
La legge Fornero prevede invero alcune misure che, in futuro, potranno parzialmente compensare tale indebolimento dei sistemi di protezione sociale. L'art. 3 della legge prevede e promuove l'istituzione, da parte della contrattazione collettiva, di fondi di solidarietà bilaterali. L'art. 4 (commi 1 e ss.) prevede la possibilità di stipulare accordi di gestione delle eccedenze di personale diretti a incentivare l'esodo dei lavoratori più anziani, mediante l'accollo da parte del datore di lavoro dei costi di una prestazione reddituale e della copertura contributiva per consentire ai lavoratori di accedere alla pensione, ove ne raggiungano i requisiti nei quattro anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro.
Si tratta tuttavia di strumenti onerosi, e che certamente interesseranno una platea ridotta di lavoratori. Per molti altri, si apre una stagione nella quale l'impatto dei licenziamenti collettivi sarà sempre più critico, e nella quale è dunque necessario saper apprestare adeguate tutele per contestare le procedure e i licenziamenti non corretti.
Vi è infine da segnalare una modifica che finora ha avuto scarsa attenzione, ovvero l'abrogazione (con effetto dal 1° gennaio 2016: v. art. 2, comma 70) dell'art. 3 della stessa legge 223/1991, il quale oggi prevede l'accesso automatico alla cassa integrazione straordinaria, per 12 mesi, per le imprese assoggettate a fallimento o ad altra procedura concorsuale. Se pure sarà possibile per gli organi della procedura chiedere la cassa integrazione secondo le regole generali, pare probabile che in un numero sempre maggiore di casi – nei quali oggi si mettono in Cigs i lavoratori magari per il tempo necessario per reperire un compratore per l'azienda dell'impresa fallita – il curatore avvierà subito la procedura di licenziamento collettivo, con effetti negativi tanto per i lavoratori quanto per i creditori del fallimento (i quali ultimi vedranno diminuire la massa attiva disponibile, per la necessità di pagare prima di tutto i costi della procedura e il preavviso dei lavoratori).

***Scheda di approfondimento***

L'art. 1, commi 44-46 della legge 92 apporta alcune modifiche agli articoli 4 e 5 della legge 223 del 1991.
La ragione di tali disposizioni sembra essere quella di adeguare il regime sanzionatorio dei licenziamenti adottati all'esito di una riduzione di personale, ove risultino viziati, alla nuova disciplina dettata dall'art. 18 stat. lav. come modificato dalla medesima legge. Alcune ulteriori modifiche, poi, intervengono su specifici aspetti della procedura.
Per apprezzare la notevole rilevanza delle modifiche è opportuno ricostruire in sintesi l'attuale quadro della disciplina. La legge 223, che peraltro è attuazione di una Direttiva comunitaria, prevede che il datore di lavoro con più di quindici dipendenti che voglia ridurre il personale, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro (o all'esito di un periodo di crisi con accesso alla cassa integrazione) debba osservare una stringente procedura di informazione e consultazione con le rappresentanze aziendali e le associazioni sindacali.
La procedura costringe l'impresa a dare conto con dovizia di informazioni delle caratteristiche del contesto aziendale (organici e loro distribuzione), dei motivi della riduzione del personale, dei profili professionali interessati e di alcuni altri aspetti. Sul progetto di riduzione del personale si svolge una fase di consultazione in sede sindacale, ed eventualmente poi in sede amministrativa, all'esito della quale può essere raggiunto un accordo, il quale può anche individuare criteri di scelta dei lavoratori da licenziare alternativi a quelli previsti dalla legge. In mancanza di accordo, il datore di lavoro deve selezionare i dipendenti – tra tutti quelli astrattamente licenziabili in relazione alle ricadute della riorganizzazione sui profili professionali interessati – rispettando i criteri della minore anzianità di servizio, dei minori carichi di famiglia e della coerenza con specifiche (e dimostrate) ragioni tecniche e organizzative. L'art. 4, comma 9, della legge 223 prevede che, contestualmente ai licenziamenti, il datore di lavoro debba inviare all'Ufficio regionale del lavoro e alle organizzazioni sindacali un documento nel quale elenca i lavoratori licenziati e dà puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta (documento molto importante per valuta re, da parte del lavoratore e del giudice, la corretta applicazione dei medesimi criteri di scelta).
La giurisprudenza nel corso degli anni ha interpretato tali obblighi procedurali in maniera molto rigorosa, sulla base della lettura secondo la quale essi controbilanciano l'ampia libertà che la legge concederebbe alla valutazione imprenditoriale sull'opportunità di ridurre il personale. La stessa legge, peraltro, prevede(va) che la violazione degli obblighi procedurali determini di per sé l'inefficacia dei licenziamenti. Un secondo profilo di controllo, esplicitato dalla stessa disciplina legale, attiene al corretto rispetto dei criteri di scelta, della cui applicazione, come si visto, il datore di lavoro deve dare puntuale indicazione al termine della stessa procedura.
In buona sostanza, nel quadro previgente alla nuova legge, le principali tipologie di contenzioso in applicazione della legge 223, sviluppatesi in due decenni di abbondanti controversie, erano le seguenti:
• casi in cui il lavoratore contestava la completa omissione delle procedure sindacali (il datore di lavoro ha effettuato più licenziamenti individuali, invece che un licenziamento collettivo, al fine di sottrarsi agli obblighi di confronto con le oo.ss.): tale vizio, ove accertato, determinava l'inefficacia del licenziamento, con reintegrazione di tutti i lavoratori che avessero agito in giudizio, ex art. 18 stat. lav. (per espresso rinvio da parte dell'art. 5);
• casi in cui il lavoratore contestava vizi vari della procedura sindacale disciplinata dall'art. 4 (omissione delle informazioni ad alcuni dei soggetti previsti dalla legge; carenza o genericità delle informazioni fornite; violazione dell'obbligo di consultazione o mancanza di correttezza e buona fede nelle trattative; mancato invio della comunicazione prevista dal comma 9 o genericità della

stessa; ecc.): anche tali vizi determinavano l'inefficacia del licenziamento e la reintegrazione dei lavoratori;
• violazione o scorretta applicazione dei criteri di scelta: tale vizio determinava l'illegittimità (annullabilità) del licenziamento, con diritto alla reintegrazione del singolo lavoratore individuato in modo scorretto;
• emersione di profili discriminatori nell'individuazione del licenziando, o violazione di specifiche norme a protezione di particolari categorie dei lavoratori (lavoratori disabili; divieto di licenziare lavoratrici in percentuale superiore a quella delle lavoratrici occupate nell'ambito delle mansioni interessate alla riduzione del personale; divieto di licenziamento delle lavoratrici madri in periodo protetto): in questo caso il licenziamento deve considerarsi nullo, sempre con diritto alla reintegrazione;
• si è poi discusso, in dottrina e in giurisprudenza, se il lavoratore possa chiedere al giudice di verificare anche la ragione organizzativa della riduzione del personale e del licenziamento che ne è effetto (poiché sul punto la legge non si pronuncia): a fronte di un orientamento che tende a negare tale possibilità, riducendo il controllo alla sola verifica della correttezza della procedura (dove semmai il vizio potrà emergere sotto la specie di false informazioni fornite alle oo.ss.), vi sono posizioni che ritengono che, escluso ogni giudizio di merito sull'opportunità dell'operazione organizzativa dichiarata dall'impresa, sia però possibile sindacare la verità ed effettività delle circostanze dichiarate e, soprattutto, la sussistenza di un coerente nesso di causalità tra le stesse ragioni e l'insieme dei lavoratori o i singoli lavoratori destinatari della selezione e del recesso (che è profilo a monte rispetto a quello della corretta applicazione dei criteri di scelta): nei limiti in cui tale sindacato sia ammesso, l'effetto era ancora una volta l'illegittimità del recesso con diritto alla reintegrazione.
La materia, come si vede, è tecnicamente molto complessa. Peraltro, come già si è ricordato, è bene sottolineare che le dinamiche e gli equilibri della disciplina sulle riduzioni del personale sono strettamente connessi alle caratteristiche del sistema di ammortizzatori sociali che vi è collegato: dalla cassa integrazione al sistema della mobilità, graduato in relazione all'età dei lavoratori licenziati, ai vari strumenti di accompagnamento verso la pensione ecc.
Ciò, come è noto, ha consentito nei due decenni trascorsi una gestione dei processi di aggiustamento industriale con elevati livelli di consenso sociale e con frequente stipulazione di accordi sulle riduzioni del personale: accordi che, nella gran parte dei casi, hanno costruito percorsi di accompagnamento di quote di lavoratori più anziani verso il pensionamento di anzianità ovvero hanno guidato la selezione dei lavoratori secondo il criterio dell'accettazione del licenziamento a fronte dell'erogazione di incentivi economici (e, qualche volta, di servizi di ricollocazione sul mercato del lavoro). Tali accordi si sono avvalsi anche dell'incentivo rappresentato dalla regola che prevede una significativa riduzione degli oneri contributivi a carico dell'impresa per il finanziamento della mobilità in caso, appunto, di raggiungimento dell'accordo con le oo.ss.
Il contenzioso sui licenziamenti collettivi è stato comunque numeroso, ma percentualmente basso rispetto al numero di lavoratori interessati a tali processi (di solito il contenzioso si sviluppa soprattutto nelle imprese di minore dimensione, dove manchi un accordo sindacale o sia meno rilevante il condizionamento sindacale sulle procedure, o da parte di lavoratori che non accettano il percorso concordato tra imprese e oo.ss.).
Vediamo dunque le modifiche portate dalla legge 92.
L'art. 1 comma 44 modifica la previsione contenuta nell'art. 4, comma 9, della legge 223. L'obbligo di comunicare l'elenco dei lavoratori e le modalità di applicazione dei criteri di scelta

non va più adempiuto contestualmente ai recessi, ma entro sette giorni dai licenziamenti. Si tratta di una modifica formale, poiché la finalità della comunicazione non viene meno concedendo all'impresa un termine più comodo, che può rispondere anche ad esigenze di razionalità burocratica: in ogni caso, l'obbligo è confermato e la sua violazione, trattandosi comunque di un aspetto della procedura, darà luogo ad un vizio dei licenziamenti.
Molto più rilevante, e foriera di dubbi, è l'altra modifica apportata alla disciplina della procedura (comma 45) inserendo un periodo aggiuntivo all'articolo 4, comma 12 della legge 223/91, il quale recita: «Gli eventuali vizi della comunicazione di cui al comma 2 del presente articolo possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo».
La disposizione interviene su una tematica assai controversa in giurisprudenza, che riguarda proprio l'effetto sanante o meno di un accordo sindacale sui vizi della comunicazione con la quale viene avviata la procedura di riduzione del personale. Secondo la giurisprudenza prevalente la violazione delle disposizioni imperative sulla procedura può essere fatta valere dal lavoratore, al fine di dedurne l'inefficacia del licenziamento, anche se sia comunque intervenuto un accordo all'esito della stessa procedura, perché questa è diretta a soddisfare non solo l'interesse collettivo di cui sono portatrici le associazioni sindacali ma anche interessi e diritti individuali.
Peraltro, è importante distinguere la tipologia del vizio della comunicazione, che può andare dall'omissione della stessa, alla sua incompletezza, al mancato invio a tutte le associazioni destinatarie.
Tale diversità di situazioni dà ragione del fatto che talvolta (nei casi di violazioni meno rilevanti) i giudici hanno invece ritenuto che il vizio potesse ritenersi sanato dall'intervento di un accordo sindacale.
Proprio qui sta il carattere discutibile della modifica, ora introdotta dalla proposta di legge, la quale pretende di attribuire efficacia sanante all'accordo collettivo a prescindere dal merito dell'inadempimento della regola sull'obbligo di comunicazione, e senza specificare quale accordo possa avere simile rilievo taumaturgico.
É evidente infatti che, proprio perché la procedura tutela interessi anche di carattere individuale, si porrà ora un delicato problema di rappresentatività delle associazioni sindacali il cui consenso possa sanare il vizio della comunicazione datoriale. In sede interpretativa, inoltre, dovranno essere tracciati i limiti di un simile potere: per fare un esempio, il mancato invio della comunicazione ad alcune delle associazioni destinatarie per legge del diritto di informazione non potrà certamente essere sanato dall'accordo intervenuto con altre oo.ss. (pena la possibilità per l'impresa di scegliersi gli interlocutori sindacali più graditi escludendo del tutto dalla procedura altre associazioni pur rappresentative dei lavoratori coinvolti).
In realtà, la totale omissione della procedura non pare possa rientrare in un caso di semplice "vizio della comunicazione" (che sembra far riferimento appunto ad una comunicazione viziata, ma che c'è), e non pare dunque in alcun modo sanabile, determinando comunque il diritto di ogni lavoratore a far valere la conseguente inefficacia dei recessi, anche quando sia intervenuto un accordo collettivo.
L'impatto più forte sulla disciplina dei licenziamenti collettivi si produce senz'altro nella parte relativa al regime sanzionatorio, con scelte discutibili e idonee ad aprire nuove aporie nell'ordinamento.
Di fronte alle modifiche dell'art. 18, che ora distingue diversi regimi di sanzione del licenziamento individuale (reintegrazione per i licenziamenti discriminatori o nulli e per alcune tipologie di

licenziamenti disciplinari, risarcimento per altri casi di licenziamenti soggettivi, reintegrazione o risarcimento per i licenziamenti economici a seconda del vizio riscontrato, solo indennizzo per alcuni vizi formali o procedurali) è evidente che il rinvio che l'art. 5 della legge 223 faceva all'art. 18 necessitava di specificazione. Questa viene ora fatta secondo una linea che distingue tre possibili vizi:

• quello della mancanza di forma scritta del licenziamento (licenziamento orale, evento invero improbabile nelle riduzioni del personale), e quindi di nullità, per il quale si rinvia al regime della reintegrazione con pieno risarcimento (e limite minimo di cinque mensilità), prevista dal primo comma del nuovo art. 18; per quanto la legge non ne parli, è evidente che il rinvio a tale regime sanzionatorio varrà anche per il caso in cui emerga un vizio di nullità del licenziamento, per carattere discriminatorio o per violazione di norme imperative;

• quello della violazione delle procedure, per il quale (con formula invero un po' complessa) si rinvia al regime meramente indennitario previsto per i licenziamenti per motivi economici, e dunque alla sanzione del pagamento di una indennità risarcitoria tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto (tenuto conto dei criteri indicati dal 5° comma e dall'ultima parte del 7° comma del nuovo art. 18);

• infine quello della violazione dei criteri di scelta, per il quale si rinvia al regime del 4° comma del nuovo art. 18, e dunque dell'annullamento con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento del danno per il periodo di estromissione (risarcimento privo però di un limite minimo e limitato nel massimo a dodici mensilità).

La scelta operata dalla legge con riferimento ai vizi della procedura sindacale è molto discutibile, e introduce gravi contraddizioni nell'ordinamento.

L'applicazione di un regime meramente indennitario fa evidentemente venir meno l'inefficacia del recesso (che infatti non è più espressamente sancita dal nuovo art. 5 della 223). Esso si pone in contrasto con la linea, sopra richiamata, del rigore interpretativo degli obblighi di informazione e consultazione sindacale quale contraltare di una relativa maggiore libertà dell'impresa nella valutazione nel merito dell'operazione di riduzione del personale. Ne risulta perciò stravolta l'impostazione stessa della disciplina della legge 223 del 1991, la quale mette il fuoco della tutela – recependo l'impostazione della direttiva comunitaria in tema – proprio sulla procedura sindacale: risulta davvero inusitato che la violazione di un obbligo procedurale, posto da norme imperative di legge, dia luogo ad un regime sanzionatorio meramente obbligatorio.

Ciò comporta, tra l'altro, l'aprirsi di una possibile divergenza tra i piani sanzionatori collettivo e individuale per i vizi della procedura: è pacifico infatti che in questo caso possano agire le organizzazioni sindacali con il ricorso per condotta antisindacale ex art. 28 stat. lav., all'esito del quale l'ordine giudiziale di rimozione degli effetti della condotta illecita può consistere (e, si ritiene, potrà ancora consistere) nell'ordine di reintegrazione dei lavoratori licenziati all'esito di una procedura scorretta (o omessa del tutto). Con l'azione individuale sarà invece possibile ottenere il solo risarcimento del danno, con evidente disparità di trattamento tra i lavoratori di diverse imprese, a seconda se godano o meno della "copertura" di una attivazione sindacale.

In ogni caso, dall'insieme dell'operazione legislativa esce fortemente ridimensionato il ruolo delle organizzazioni sindacali nelle ristrutturazioni di impresa: sono con tutta evidenza ridotti gli spazi di negoziazione sulle conseguenze sociali dei licenziamenti, nel momento in cui (quando la riforma degli ammortizzatori sociali sarà a regime) si indebolisce la copertura fornita dalla mobilità ai lavoratori licenziati; ciò vale a maggior ragione a fronte delle recenti modifiche dei criteri di accesso alla pensione, che rendono sempre più improbabile la gestione dei processi di mobilità con

percorsi di accompagnamento alla pensione. Infine, l'attenuazione del regime sanzionatorio rischia di trasmettere alle imprese un messaggio di sottovalutazione del ruolo della tutela collettiva, e incentivare condotte di minore impegno nelle procedure e nella ricerca di soluzioni di protezione sociale dei lavoratori destinatari dei provvedimenti espulsivi.
La soluzione adottata in materia di criteri di scelta è invece in linea con l'attuale regolazione, pur scontando l'attenuazione della tutela risarcitoria connessa alla reintegrazione prevista dal quarto comma dell'art. 18 stat. lav.
Il lavoratore che ritiene di essere stato scorrettamente individuato come licenziando dovrà avvalersi del regime processuale accelerato previsto dai commi 48-68 dello stesso art. 1 della legge (controversie sui licenziamenti), in modo da ottenere la pronuncia di (eventuale) reintegrazione in tempi rapidi.
Il lavoratore licenziato potrà ovviamente far valere eventuali profili discriminatori del licenziamento, così come la violazione delle ricordate regole a tutela delle lavoratrici e dei disabili in sede di selezione del numero dei licenziandi appartenenti a tali categorie: in tal caso il rinvio sarà necessariamente al primo comma dell'art. 18, e dunque al regime di reintegrazione e pieno risarcimento del danno.
Ciò detto, la modifica che la legge va ad introdurre nella disciplina delle riduzioni del personale lascia aperto e incerto il problema del sindacato giudiziario sui profili sostanziali del recesso, ovvero sulla verifica dell'effettività delle ragioni addotte dal datore di lavoro e sulla corretta sussistenza del collegamento causale tra tali ragioni e i profili professionali destinatari della selezione e dei recessi: problema che peraltro si presenta ancora più complesso nel momento in cui, a differenza del passato, l'art. 18 presenta al suo interno regimi sanzionatori differenziati.
Chi scrive è convinto che tale controllo sia sempre possibile, ed anzi appare ancor più necessario nel momento in cui la legge indebolisce (attenuando la sanzione delle sue violazioni) la procedura e dunque il ruolo di controllo affidato alle oo.ss. D'altronde, verificare che le ragioni addotte dall'impresa siano reali (ad es. l'effettivo andamento negativo denunciato, la cessazione di alcune attività produttive, ecc.) non significa che il giudice si ingerisca nelle valutazioni di merito dell'imprenditore.
Ciò vale, a maggior ragione, per il tema spesso ricorrente della corretta individuazione dell'universo dei lavoratori interessati al licenziamento, ai quali applicare poi i criteri di scelta: ciò che significa, ad esempio, verificare che i profili professionali investiti dalla riduzione siano coerentemente individuati in relazione alle ragioni economiche e organizzative addotte dal datore di lavoro e che la selezione dei licenziandi sia operata, come indica l'art. 5 primo comma della legge 223, nell'intero complesso aziendale. In tali casi, la sanzione applicabile al licenziamento ritenuto viziato non è indicata dalla norma e dovrà dunque essere reperita nell'art. 18 stat. lav. in via interpretativa. Ove non risultino dimostrati i presupposti economici invocati dall'impresa dovrà probabilmente farsi riferimento al regime sanzionatorio previsto per il licenziamento individuale per motivi economici, e dunque al regime reintegratorio ove il giudice accerti "la manifesta insussistenza" dei fatti posti a base della riduzione del personale; al solo indennizzo in altri casi.
La scorretta individuazione dell'universo dei lavoratori interessati al possibile recesso si traduce, invece, in un caso di scorretta applicazione dei criteri di scelta, e dunque dovrà applicarsi lo stesso richiamo al regime della reintegrazione ex art. 18, quarto comma.