

AVVERTENZE:

---se hai fretta si possono saltare le parti tra parentesi quadra []

---non puoi saltare nient'altro se non a tuo rischio

---alla fine c'è un'appendice che comprende:

1) "i licenziamenti", consigliati dal prof Romeo

2) aggiunte: "vacanza contrattuale" e "differenza RSA-RSU"

3) tabella delle principali leggi e in particolare: statuto lavoratori e 276/2003 (cd. dlgs Biagi)

finito a ottobre 2010

by ziopippo

IL LAVORATORE E IL DATORE DI LAVORO

CAP 1 IL LAVORO SUBORDINATO (pagg 307-324)

La prima distinzione da fare è quella tra lavoratore subordinato, o dipendente, e lavoratore autonomo: questa distinzione è particolarmente importante perchè, nel nostro paese, la legge garantisce al lavoratore subordinato una serie di protezioni inderogabili, mentre il lavoratore autonomo gode di pochi dispositivi protettivi.

Chi è dunque il lavoratore subordinato?

Il pensiero va subito all'operaio di fabbrica o all'impiegato di bassa o media qualifica, per i quali alla debolezza economico-sociale si aggiunge la debolezza giuridica: tuttavia questa regola trova numerose eccezioni, basti pensare ad es a un piazzista che è considerato lavoratore autonomo ma che dipende economicamente da un imprenditore che è l'unico committente; e d'altra parte la Cassazione ha stabilito + volte che ogni attività lavorativa può essere resa tanto in forma autonoma, quanto subordinata (un idraulico può lavorare in proprio o come dipendente di una ditta).

Occorre quindi fare riferimento alla nozione giuridica di lavoratore subordinato, espressa dall'art 2094 cc che definisce il prestatore di lavoro subordinato come colui che "si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore".

Vediamo questa definizione nei dettagli:

1) si obbliga: stabilisce che il rapporto di lavoro è un rapporto di natura obbligatoria e contrattuale

2) a collaborare nell'impresa: significa lavorare assieme agli altri per realizzare gli scopi dell'impresa

3) prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale: si tratta di una svolta storica importante perchè per la prima volta si stabilisce una normativa unica per operai e impiegati eliminando i privilegi di cui questi ultimi avevano goduto fino ad allora.

4) alle dipendenze dell'imprenditore: significa senza alcuna assunzione del rischio connesso all'attività imprenditoriale

5) sotto la direzione dell'imprenditore: significa che l'attività lavorativa del subordinato è "eterodiretta", cioè è diretta dall'imprenditore il quale decide cosa, come, dove e quando fare il lavoro; invece il lavoratore autonomo si obbliga a compiere una determinata opera ma è lui che decide tempi e modi, semmai l'imprenditore può dargli delle direttive molto generali. Questo è il punto + caratterizzante ai fini della distinzione.

6) l'imprenditore: per imprenditore si intende il "datore di lavoro", indipendentemente dal fatto che eserciti una attività imprenditoriale o meno

7) mediante retribuzione: si escludono quindi il lavoro volontario prestato a fini di solidarietà sociale e il lavoro familiare: d'altra parte esiste anche una differenza tra la retribuzione del subordinato, di solito in misura fissa e basata sul tempo (un tanto al mese o alla settimana o al giorno), e quella dell'autonomo, di solito basata sul risultato del lavoro non sul tempo impiegato.

LA SUBORDINAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA

L'intervento della legge si verifica di solito nei casi in cui il lavoratore, qualificato come autonomo dall'imprenditore, contesta questa qualificazione richiedendo l'accertamento del suo effettivo stato di subordinazione con tutte le conseguenze (cioè tutti quei diritti che non gli spetterebbero se fosse autonomo); tali contestazioni possono venire anche dagli enti previdenziali (INPS, INAIL) a fini fiscali.

Su quali elementi si baserà il giudice per stabilire se un lavoro è autonomo o subordinato?

1) il NOMEN IURIS attribuito al contratto: cioè le dichiarazioni formali di volontà espresse nel contratto dove ad es può essere scritto: “questo contratto non deve intendersi di lavoro subordinato bensì di lavoro autonomo”. E' chiaro che queste dichiarazioni contrattuali non possono avere un gran peso: se fossero decisive sarebbe facile eludere tutte le leggi a protezione del lavoratore subordinato

2) il giudice quindi è tenuto prima di tutto a controllare se nel contratto ci siano delle clausole che contrastano con il nomen iuris cioè ad es clausole che stabiliscano un controllo stretto da parte dell'imprenditore che sarebbero indice di eterodirezione, quindi di subordinazione.

3) in secondo luogo è tenuto a indagare come si è svolto REALMENTE il rapporto di lavoro con particolare riguardo all'eterodirezione: se il lavoratore operava sotto le strette direttive del datore, se aveva rigidi vincoli di orario, se era tenuto a giustificare le assenze ecc; oltre a questi criteri, se ne possono usare altri detti sussidiari ad es se sono stati usati strumenti di lavoro dell'impresa (compresa l'auto di servizio), se il lavoro svolto era in esclusiva o si facevano altre attività lavorative. Come si vede si tratta di un contenzioso molto complesso che la legge ha cercato di evitare con il dlgs 276 del 2003 che istituisce la cd certificazione dei contratti di lavoro

In sostanza le due parti chiedono una dichiarazione che certifichi che la qualificazione del contratto è corretta: gli organi preposti alla concessione della certificazione sono gli enti bilaterali (associazioni sindacali delle due parti), direzioni provinciali del lavoro e Province, Università, Consigli provinciali dei consulenti del lavoro.

La certificazione è valida anche nei confronti di terzi (ad es INPS) e può essere impugnata davanti al giudice ordinario del lavoro quando, nonostante la certificazione, il lavoro si è svolto realmente in maniera diversa: tale legge non ha avuto gli effetti sperati, cioè quelli di ridurre il contenzioso.

CAP 2 IL LAVORO NON SUBORDINATO (pagg 325-339)

[Come abbiamo già detto, il lavoratore non subordinato non è tutelato dalla legge nello stesso modo del lavoratore subordinato e questo oggi non è ammissibile: ci sono lavoratori non subordinati che sono caratterizzati da identica, se non superiore, debolezza economico-sociale, dipendendo da un'unica fonte (dipendenza economica, non giuridica).

Certo sarebbe auspicabile in futuro l'istituzione di uno Statuto dei Lavori, di TUTTI i lavori, che superi questa distinzione storica, redistribuendo le tutele in rapporto all'effettivo bisogno (cosa che d'altra parte si inserirebbe nel + ampio disegno del Welfare inteso come tutela del cittadino), ma per prima cosa bisognerebbe scegliere come procedere:

1) si potrebbero estendere i diritti del lavoro subordinato a vaste aree di lavoro autonomo (ma i costi a carico del sistema produttivo sarebbero elevati)

2) si potrebbe procedere ad una estensione + limitata di alcuni principali diritti in favore dei lavoratori autonomi in condizioni di maggiore bisogno (progetto elaborato negli anni '90 dal governo Amato)

3) si potrebbero infine estendere un nucleo centrale di diritti fondamentali agli autonomi riducendo alcune delle tutele previste per i lavoratori subordinati, questo allo scopo di ridurre i costi (Libro Bianco del 2001)

Questi progetti tuttavia sono stati frustrati dalla situazione finanziaria del bilancio pubblico.]

Il LAVORO AUTONOMO è definito dall'art 2222 cc come quel contratto con cui “una persona si obbliga a compiere, verso un corrispettivo, un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente”.

Gli art successivi dal 2223 al 2228 si occupano solo di come si svolge questo rapporto (vizi dell'opera, recesso ecc) : di conseguenza la disciplina dei contratti di lavoro autonomo è affidata esclusivamente all'autonomia contrattuale delle parti.

Col tempo è emerso un altro tipo di lavoro intermedio tra il subordinato e autonomo, regolato da una specifica disciplina: si tratta della co.co.co. COLLABORAZIONE COORDINATA E CONTINUATIVA, definita dall'art 409 L 533/1973 “prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato” e dunque caratterizzata dal coordinamento (inteso come inserimento funzionale, non strutturale, nell'impresa e senza eterodirezione), dalla continuità (come nel lavoro subordinato) e dal fatto di essere eseguita con lavoro personale ad es con mezzi propri (a differenza del subordinato).

Si tratta in sostanza di lavoratori, detti parasubordinati, che operano nell'ambito dei rapporti di agenzia (in cui una parte si impegna a PROMUOVERE la conclusione di un contratto a favore della controparte) e di rappresentanza commerciale (in cui il rappresentante CONCLUDE un contratto per conto di altri) ma anche contratti di scrittura artistica, attività di procacciatore di affari, attività di consulenza.

Per questa categoria di lavoratori, la legge ha via via previsto delle disposizioni simili a quelle del lavoro subordinato come ad es diritto a percepire una indennità alla cessazione del rapporto (simile al TFR), assicurazione obbligatoria, gestita dall'INPS , per un importo del 25% della retribuzione (per i lavoratori subordinati è del 33%) a carico del committente per i 2/3; imposta sul reddito con prelievo alla fonte, assicurazione obbligatoria contro infortuni e malattie professionali ecc.

D'altra parte questi collaboratori non godono di ferie, assistenza malattie, TFR vero e proprio.

Le co.co.co hanno avuto un notevole successo e il motivo diventa chiaro se si pensa che i costi per il datore di lavoro sono pur sempre inferiori a quelli di un lavoratore subordinato: perciò si è avuta una proliferazione di collaborazioni + o – fasulle; e d'altra parte la co.co.co permetteva alle amministrazioni pubbliche di assumere liberamente, aggirando il blocco delle assunzioni di ruolo. Per tale motivo, nel 2003 con il dlgs n° 276 (decreto Biagi) è stato istituito il lavoro a progetto: l'art 61 della suddetta legge recita: “le collaborazioni coordinate e continuative devono essere

riconducibili a uno o + progetti specifici, o programmi di lavoro, o fasi di essi”; in mancanza di questo progetto il rapporto di lavoro viene considerato rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto (art 69): si tratta in sostanza delle co.co.co con l'aggiunta del progetto.

[Proprio la nozione di progetto o programma dà luogo a incertezze: infatti mentre il termine progetto sembra alludere all'obiettivo da raggiungere, il termine programma indicherebbe le modalità organizzativo-temporali con cui si raggiunge l'obiettivo; ma nel linguaggio pratico il termine programma è stato accantonato per cui si parla solo di progetto.]

Il progetto non necessariamente deve avere un contenuto originale ma deve essere cmq nettamente individuabile e ne devono essere predeterminati l'inizio e la fine (con possibilità di rinnovo del progetto o affidamento per un nuovo progetto): per il resto valgono le leggi vigenti per le vecchie co.co.co (quindi assenza di eterodirezione) fatta eccezione per la continuità temporale che qui evidentemente perde il suo peso: si tratta quindi di un contratto a tempo determinato (non sono + consentite le precedenti collaborazioni a tempo indeterminato) che si risolve nel momento in cui il progetto viene realizzato: salva la possibilità di recesso del committente o del collaboratore per giusta causa o ad nutum (cioè senza un motivo) e con adeguato preavviso, a patto che questa clausola sia inclusa espressamente nel contratto

A questo tipo di contratto è connessa una disciplina di tutela che comporta:

---forma scritta con obbligo di indicare gli elementi caratterizzanti del progetto e in particolare il termine finale: la forma scritta serve ad probationem (a fini di prova) non per la validità dell'atto

---diritto a un corrispettivo proporzionato a quantità e qualità del lavoro eseguito (art 63)

---diritto ad una sospensione temporanea del rapporto, senza che il committente possa recedere, in caso di malattia, infortunio o maternità (in quest'ultimo caso con possibilità di proroga del termine finale per un periodo di 180 gg)

---diritto alle misure di tutela della salute se il lavoro viene eseguito in locali del committente

Tutta la normativa del dlgs 276 /2003 non si applica a:

agenti e rappresentanti di commercio, professionisti intellettuali iscritti in appositi albi, pensionati di vecchiaia, pubbliche amministrazioni e i collaboratori occasionali impiegati dallo stesso committente per meno di 30 gg complessivi all'anno e cmq per un reddito da lavoro non superiore ai 5000 € l'anno: per queste categorie sopravvivono le vecchie co.co.co

Accenniamo infine ai CONTRATTI DI TIPO ASSOCIATIVO che comportano una certa partecipazione del lavoratore al rischio dell'impresa: l'esempio è il socio di una cooperativa di produzione e lavoro (cooperative di facchinaggio o di pulizie) il quale pur essendo eterodiretto, giuridicamente non è un lavoratore subordinato in quanto come socio è “padrone” di una quota dell'impresa, partecipa alle assemblee e di solito ha una qualche partecipazione agli utili. Per questi lavoratori la legge ha da tempo previsto norme di tutela della salute e della sicurezza, della maternità, della pensione, manifestando così una certa tendenza all'assimilazione di questi lavoratori ai lavoratori subordinati: questa tendenza si è accentuata con la legge 142 del 2001, la quale introduce il principio del doppio rapporto (associativo e di lavoro), secondo il quale c'è una stretta connessione tra rapporto associativo e rapporto di lavoro nel senso che il socio rimane tale solo se mantiene anche il rapporto di lavoro: lavoro che, a seconda del regolamento della cooperativa, può essere autonomo o subordinato

Un altro tipo di contratto associativo è” il contratto di associazione in partecipazione” in cui il lavoratore fornisce un apporto di lavoro (non di capitale) ad una associazione e ne riceve in cambio una partecipazione agli utili: a differenza di quanto detto in precedenza qui il lavoratore non è socio e infatti non partecipa automaticamente alle perdite tranne che questo sia previsto dal contratto

CAP 3 I LAVORATORI SUBORDINATI (pagg 341- 346)

[Il lavoratore subordinato non è una figura unitaria: in primo luogo sono sempre esistite figure “speciali” regolate da una disciplina diversificata da quella normale (lavoro dei minori, giornalistico, o dei ferotranvieri) come pure esisteva il contratto di lavoro a tempo determinato e il contratto di apprendistato; ma è a partire dagli anni '80 che si diffonde un numero elevato di contratti “atipici” che ha portato alla trasformazione del diritto del lavoro da blocco monolitico a disciplina articolata e plurale: il termine atipico non è inteso in senso giuridico (cioè non appartenente a tipi disciplinati specificatamente dalla legge), ma in senso economico-sociale: cioè ci sono forme di lavoro non subordinato che rientrano nell'art 2094 ma se ne differenziano per alcune particolarità; ad es il lavoro a tempo determinato si distingue per la durata del rapporto. Orbene, questi contratti atipici hanno discipline parzialmente diversificate e queste differenze sono dovute a:

- condizioni e caratteri del lavoratore: ad es disabili, donne (con particolare riguardo alla condizione di maternità), giovani (contratti di apprendistato), lavoratori anziani, tutte categorie unificate dalla legge 276 nella nozione di “lavoratori svantaggiati”
- tempo di prestazione: è il caso del lavoro a tempo parziale
- durata del rapporto: contratti a tempo determinato
- datore di lavoro: questo argomento verrà trattato nel prossimo capitolo.]

CAP 4 IL DATORE DI LAVORO (pagg 347-357)

Va subito precisato che il già citato art 2094 non prende in considerazione un datore di lavoro qualsiasi ma un datore di lavoro che ha i requisiti dell'imprenditore, posti dall'art 2082. Ma in virtù dell'art 2239, quasi tutte le norme del diritto del lavoro sono state estese anche al rapporto di lavoro subordinato con datori di lavoro NON imprenditori, fatta eccezione per le cd organizzazioni di tendenza, ossia quella particolare categoria di datori di lavoro non imprenditori che svolgono, senza fini di lucro, un'attività connessa a tendenze politiche, sindacali, religiose ecc(esse ad es sono esenti dall'applicazione dell'art 18 Stat Lav in tema di licenziamenti).

Il datore di lavoro è, come dice Del Punta, il grande assente del diritto del lavoro in quanto viene considerato un elemento impersonale cioè come impresa.

Nonostante la sua rilevanza si sia accresciuta negli ultimi anni in seguito alla privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico (in pratica gli enti pubblici hanno dovuto sdoppiarsi, da una parte rimanendo pubblici negli aspetti organizzativi e trasformandosi dall'altra in datori di lavoro identici a quelli privati), il datore di lavoro viene preso in considerazione solo in rapporto alle dimensioni della sua azienda misurata in termini di numero dei dipendenti: ad es l'art 18 St.lav. non si applica ai datori di lavoro con meno di 16 dipendenti, l'assunzione obbligatoria dei disabili è rapportata al numero dei dipendenti ecc.

IL TRASFERIMENTO DELL'AZIENDA (art 2112)

La disciplina concernente il trasferimento dell'azienda è contenuta nell'art 2112 e mira a tenere indenni i lavoratori dalle conseguenze del trasferimento.

Ma cosa si intende per trasferimento dell'azienda?

Si intende “qualsiasi operazione che comporti il mutamento di titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopi di lucro, finalizzata alla produzione o allo scambio di beni, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalle modalità con cui il trasferimento avviene”.

Riguardo questa definizione bisogna chiarire che per “attività economica organizzata”, si intende non solo l'azienda (intesa come insieme di beni, macchinari ecc) ma anche l'impresa (che produce servizi ad es la gestione di un servizio di mensa aziendale).

Inoltre si ritiene che la stessa disciplina sia applicabile anche al trasferimento non di tutta l'azienda ma di un ramo di essa: per ramo di un'azienda si intende non una parte qualsiasi di essa ma una parte che sia dotata di una certa autonomia funzionale, un segmento di attività dell'azienda quale potrebbe essere ad es la gestione del centralino telefonico.

Tornando alla legge 2112, bisogna sottolineare i segg punti:

1) ”in caso di trasferimento d'azienda il rapporto di lavoro continua con l'acquirente e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano”: il che comporta che il lavoratore non può essere licenziato a causa del trasferimento ma, entro 3 mesi, può dimettersi se le sue condizioni di lavoro hanno subito una sostanziale modifica

2) Il lavoratore conserva tutti i diritti maturati nella pregressa fase del rapporto, quindi anzianità di servizio e anche le condizioni previste nel contratto di lavoro; ma può succedere che nella “nuova azienda “ si possano applicare dei contratti collettivi diversi: questi allora prevarranno sui primi anche se dovessero comportare una retribuzione inferiore (di solito in questi casi si opera una contrattazione aziendale che adegui gradualmente il trattamento fino a raggiungere l'attuale)

3) Se al momento del trasferimento il lavoratore vanta dei crediti dal precedente datore di lavoro, per essi sono obbligati, in solido, sia il cedente che il cessionario: tale regola non si applica al TFR perchè tale diritto si considera perfezionato solo a fine rapporto: in sostanza il cessionario si accolla anche l'onere della somma accantonata negli anni precedenti al trasferimento.

4) Esistono infine delle norme di garanzia procedurale (legge 428/1990) che stabiliscono l'obbligo per il cedente e il cessionario di comunicare almeno 25 giorni prima, alle rappresentanze sindacali e alle associazioni sindacali di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo:

la data del trasferimento, i motivi e le conseguenze per i lavoratori; una volta ricevuta questa comunicazione, i soggetti sindacali possono richiedere all'azienda un esame congiunto della situazione che può protrarsi al massimo per 10 gg.

La violazione di tali norme procedurali costituisce comportamento antisindacale ma NON può portare all'invalidazione del contratto di trasferimento.

Oltre al lavoro autonomo e a quello subordinato, esiste un terzo tipo di lavoro in cui il lavoratore presta la sua opera in un'impresa tramite la mediazione di un'altra impresa con la quale, e solo con essa, egli ha il rapporto di lavoro; cioè la prima impresa ricorre ad un lavoro esterno.

In sostanza un'impresa ha 2 possibilità:

1) produrre tutti i beni che servono per produrre il bene finale (opzione make, tipica dell'impresa fordista) ricorrendo ad acquisti esterni solo per approvvigionarsi di materie prime

2) nel periodo post-fordista, la crescente specializzazione ha costretto le aziende a concentrarsi sul prodotto finale, sul core business, affidando ad altri la produzione di “parti” specializzate o di servizi accessori, ad es i trasporti (opzione buy, esternalizzazione): questi “altri” possono essere posti anche all'interno della stessa azienda ma operano in maniera autonoma rispetto ad essa (esternalizzazione intra moenia).

Di solito la procedura è questa:

1) un'azienda cede un ramo ad un'altra (naturalmente non è necessario che l'azienda fornitrice sia nata da una costola dell'azienda madre, può anche essere nata per conto suo ad es un'impresa di trasporto o di pulizie).

2) la prima azienda acquista i prodotti che le servono dalla seconda tramite la stipulazione di contratti commerciali che rispondono allo schema dell'APPALTO

Con il contratto di appalto, l'appaltatore si impegna a fornire un bene o un servizio ad un'impresa “con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio” art 1665: ciò vuol dire che l'impresa appaltatrice opera con propri mezzi e propri capitali e gestisce autonomamente la produzione o il servizio, cioè i dipendenti della ditta appaltatrice rispondono solo ad essa.

La legge 1369 del 1960 distingueva un appalto esterno, riferito a prestazioni accessorie o comunque ben distinte dal processo produttivo dell'azienda appaltante (ad es l'appalto dei trasporti) e un appalto interno riferito invece a prestazioni relative alla produzione dell'azienda appaltante (ad es la produzione di un semilavorato): questa distinzione era importante ai fini retributivi poiché era stabilito che i lavoratori interni venissero pagati come i lavoratori dell'azienda appaltante di pari livello, mentre quelli esterni venivano pagati secondo il contratto con la ditta appaltatrice (di solito meno): questa legge è stata abolita dal decreto Biagi del 2003 per cui i lavoratori della ditta appaltatrice vengono pagati in base al contratto che hanno con essa.

A questo punto io imprenditore faccio questo ragionamento: licenzio un gruppo di miei operai, li riassumo come lavoratori di un'impresa fasulla con la quale stipulo un contratto di appalto: così gli operai mi fanno lo stesso lavoro con la differenza che, non essendo “miei” operai, essi sono pagati secondo la retribuzione dell'impresa fasulla, cioè di meno.

Questa situazione in cui un lavoratore formalmente dipendente di una ditta appaltatrice, lavora con i mezzi e soprattutto sotto le direttive dell'impresa appaltante e quindi in realtà si comporta come un vero e proprio dipendente della ditta appaltante, è considerata ILLECITA dalla legge: il lavoratore che intende denunciare questa situazione di illecito deve dimostrare che l'appalto non è genuino: il problema è quello di stabilire i criteri per distinguere con sicurezza un appalto vero da uno finto: la legge 1369 del 1960 faceva affidamento sulla proprietà dei mezzi della ditta appaltatrice, ma se pensiamo ad es ad un appalto di tipo informatico è chiaro che il lavoratore della ditta appaltatrice deve per forza di cose lavorare sui computer della ditta appaltante senza che per questo si possa parlare di appalto finto: per tali motivi l'art 29 della legge Biagi stabilisce che oltre al criterio dell'organizzazione dei mezzi bisogna anche tener conto del tipo di lavoro effettuato, di chi organizza e dirige i lavoratori in appalto e dell'assunzione del rischio di impresa da parte dell'appaltatore: in altre parole, l'appaltatore può in certi casi lavorare con mezzi altrui, ma perchè si possa parlare di appalto genuino, è necessario che conduca l'appalto con autonomia organizzativa e gestione a proprio rischio.

Una volta stabilito che si tratta di appalto non genuino, il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro con la ditta appaltante con effetto retroattivo a partire dall'inizio della prestazione, art 29 (in altre parole il lavoratore può farsi assumere dalla ditta appaltante). Da rilevare anche che lo stesso art 29 stabilisce che appaltante e appaltatore sono obbligati in solido a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti; tale responsabilità è stata successivamente estesa ai contributi INAIL e ai danni biologici patiti dai lavoratori e non indennizzati dall'INAIL.

IL LAVORO INTERINALE

Come abbiamo visto la legge 1369 del 1960 vieta tassativamente l'appalto di manodopera; nel corso degli anni '70 la crisi petrolifera e il cambiamento dei mercati determinarono un cambiamento di strategie delle aziende volto alla riduzione dei costi e alla flessibilità cioè alla capacità di rispondere rapidamente alle variazioni della domanda: in questo panorama nacque in quasi tutta Europa il lavoro interinale: esso si caratterizza per la presenza di una azienda che fornisce un certo numero di lavoratori a quelle aziende che di volta in volta li richiedono: il vantaggio per le aziende, a fronte di un costo del lavoro + alto, è quello di aumentare la propria flessibilità e di risparmiare sui costi di ricerca e di selezione del personale.

Come si vede siamo di fronte a un appalto di manodopera in piena regola che in Italia si scontrava con la legge 1369, con l'opposizione di quanti si trinceravano dietro il motto "il lavoro non è una merce" e quanti diffidavano di un tipo di lavoro nel quale il lavoratore rischia di rimanere un precario cronico

Questi ostacoli furono superati con la legge 196 del 1997, detta legge Treu, successivamente inserita con qualche modifica non sostanziale nella legge Biagi che quindi regola questo istituto chiamandolo "somministrazione di lavoro": il contratto di somministrazione di lavoro è quello stipulato tra somministratore e utilizzatore, in forza del quale il lavoratore svolge la sua opera nell'interesse e sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore (art 20);

Perchè il contratto tra somministratore e utilizzatore sia legittimo occorrono i seguenti requisiti:

1)il somministratore deve essere un'IMPRESA AUTORIZZATA dal Ministero del Lavoro e iscritta in un apposito albo articolato in 5 sezioni:

---agenzie di somministrazione abilitate a svolgere tutte le attività previste (l'iscrizione in questa sezione comporta automaticamente l'iscrizione alle altre)

---agenzie abilitate a svolgere specifiche attività

---agenzie di intermediazione

---agenzie di ricerca e selezione del personale

---agenzie di supporto alla ricollocazione professionale

I requisiti necessari a conseguire l'autorizzazione sono la disponibilità di idonee attrezzature organizzative, garanzie finanziarie, consistenza del capitale.

La procedura prevede un'autorizzazione provvisoria rilasciata entro 60 gg dalla richiesta, previo accertamento dei requisiti: decorsi due anni ed entro i 90 gg successivi è rilasciata un'autorizzazione a tempo indeterminato previo accertamento dell'attività svolta.

2)la somministrazione è ammessa a fronte di RAGIONI di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore (questo punto ha portato una serie infinita di discussioni sull'interpretazione dell'attività ordinaria; cioè: o la somministrazione è ammessa anche in assenza di straordinarietà oppure vuol dire che la somministrazione è ammessa per attività inerenti il normale ciclo produttivo)

3)la somministrazione originariamente era prevista o a tempo determinato o a tempo indeterminato ma quest'ultima possibilità è stata annullata dalla legge 247 del 2007, quindi è possibile solo la somministrazione a tempo determinato

4)La somministrazione non è ammessa per sostituire lavoratori in sciopero o quando l'utilizzatore sino a 6 mesi prima ha proceduto a licenziamenti collettivi o sospensioni del lavoro e quando si è omessa la valutazione dei rischi sulla salute e la sicurezza del lavoratore.

Esiste anche un limite di numero all'utilizzazione di lavoratori somministrati, definito in percentuale dell'organico complessivo.

5) Infine il contratto di somministrazione deve essere in forma scritta e contenere una serie di elementi specificati (l'autorizzazione, le ragioni, il numero, la valutazione dei rischi per la salute e la sicurezza, durata, mansioni ecc).

Per quel che riguarda il rapporto somministrato, cioè il contratto tra lavoratore e agenzia:

1) alle agenzie è vietato effettuare indagini che portino ad un comportamento discriminatorio in ordine a credo religioso o politico, sesso, razza, handicap, stato matrimoniale ecc a meno che non incidano sullo svolgimento dell'attività lavorativa

2) alle agenzie è vietato esigere o percepire compensi dal lavoratore (tranne che per specifiche categorie di lavoratori altamente specializzati)

3) i lavoratori hanno il diritto di indicare i soggetti cui possono essere comunicati i dati personali.

Si tratta di un contratto di lavoro subordinato di cui sono previste due tipologie una a tempo determinato che finisce al momento del completamento del lavoro somministrato e una a tempo indeterminato in cui il lavoratore somministrato può essere destinato a + missioni successive, rimanendo negli intervalli a disposizione dell'agenzia che gli versa una indennità di disponibilità nella misura fissata dal contratto collettivo.

L'utilizzatore ha la facoltà di assumere il lavoratore al termine del contratto di somministrazione.

Il potere direttivo compete all'utilizzatore (che dunque assegna e varia le mansioni), il potere disciplinare spetta invece al somministratore che è titolare anche dell'obbligo retributivo (fermo il rimborso dei relativi oneri da parte dell'utilizzatore): la retribuzione non può essere inferiore a quella dei pari livello dell'utilizzatore (al contrario di quello che avviene negli appalti) ma è possibile anche un tipo di retribuzione “variabile” cioè correlata ai risultati conseguiti.

E' prevista la responsabilità solidale utilizzatore-somministratore.

L'utilizzatore è tenuto a osservare tutti gli obblighi di protezione di salute e sicurezza previsti per i propri dipendenti.

LE SANZIONI:

In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore

Se la somministrazione è irregolare (perchè mancano le cause, o l'agenzia non ha l'autorizzazione, o ha violato l'obbligo di valutazione dei rischi, o è stata effettuata fuori dei termini del contratto) il lavoratore può chiedere al giudice la costituzione di un rapporto lavorativo a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione.

Sono previste anche sanzioni pecuniarie e penali per il somministratore e l'utilizzatore abusivi, con pena aggravata se c'è sfruttamento dei minori; e infine c'è il reato di somministrazione fraudolenta se la somministrazione è stata fatta con lo scopo di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo.

IL DISTACCO DEL LAVORATORE

Si ha quando un datore di lavoro, per proprio interesse, pone temporaneamente uno o + suoi dipendenti a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di un'attività lavorativa.

Perchè il distacco sia ammesso occorre

---l'interesse dell'imprenditore distaccante, interesse collegato a motivi di produzione o di organizzazione ecc

--la temporaneità del distacco.

Una volta avvenuto il distacco il potere direttivo spetta al datore presso cui il lavoratore è distaccato, ma la retribuzione spetta al distaccante che può chiedere un rimborso all'utilizzatore.

Il distacco che comporti un trasferimento superiore ai 50 Km deve essere giustificato da comprovate ragioni; quello che comporti un mutamento sostanziale delle mansioni necessita dell'assenso del lavoratore.

Infine, nell'ipotesi di distacco irregolare, il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del beneficiario del distacco.

SEZIONE QUARTA . IL RAPPORTO DI LAVORO

CAP 1 CONTRATTO E AUTONOMIA (pagg 385-393)

Il contratto di lavoro è un contratto anomalo: come sappiamo, principio fondamentale di un contratto è l'autonomia contrattuale che stabilisce come il contraente è libero di stipulare o meno un contratto, libero di scegliere la controparte, libero di stabilirne il contenuto.

Nel contratto di lavoro è evidente come uno dei contraenti (il lavoratore) sia in condizioni di debolezza nei riguardi dell'altro (il datore di lavoro) e per questo necessita di tutela da parte della legge che interviene con norme spesso inderogabili, limitando di fatto l'autonomia contrattuale: si parla così di contratto a prevalente integrazione eteronoma dove per eteronoma si intendono gli elementi esterni che influiscono sul contratto e che sono la legge e i contratti collettivi.

Cmq, sebbene ci sia una corrente di pensiero che afferma che in un contratto di lavoro non c'è nulla che ricordi il contratto civilistico tranne il consenso delle parti, la maggioranza della giurisprudenza considera il contratto di lavoro come un vero e proprio contratto e come tale soggetto alle norme generali sul contratto sia pure integrate da leggi speciali.

Nullità e annullabilità del contratto

Un contratto è nullo se viola disposizioni imperative, per altro si tratta di solito di nullità relativa a determinate clausole non a tutto il contratto.

Può essere annullabile per incapacità o per vizi della volontà e qui ci troviamo di fronte a una sostanziale differenza rispetto al diritto civile: infatti mentre in questo l'annullamento ha effetto retroattivo cioè è come se il contratto non fosse stato mai stipulato e le prestazioni già eseguite devono essere restituite, nel caso del rapporto di lavoro l'annullamento non produce effetti per il periodo in cui il lavoratore ha prestato la sua opera.

Rinunce e transazioni su diritti del lavoratore

Sempre in tema di tutela del lavoratore, la legge stabilisce (art 2113) che la rinuncia (cioè la dismissione unilaterale di diritti) e la transazione (cioè la pattuizione con il datore di lavoro per evitare una lite giudiziaria), entrambe portatrici di una deroga in peius, sono da considerarsi radicalmente e insanabilmente nulle: il lavoratore può impugnarle entro 6 mesi dalla data della rinuncia o della transazione se fatte dopo la cessazione del rapporto di lavoro; a partire dalla data della cessazione del rapporto se fatte prima.

Fanno eccezione rinunce e transazioni effettuate in sedi particolari quali Commissione provinciale di conciliazione, Commissioni di certificazione dei contratti, davanti a un giudice o con l'assistenza di associazioni sindacali dei lavoratori.

I SERVIZI PER L'IMPIEGO

Il collocamento

Lo stato repubblicano, fin dalla sua nascita, ha cercato di reprimere gli abusi dei mediatori: la legge 264 del 1949 stabilì che il collocamento fosse funzione pubblica e vietava qualsiasi attività di mediatori privati, sanzionata addirittura come reato.

A questo scopo venne creata un'imponente struttura amministrativa incentrata sui cd "uffici di collocamento" che tenevano le liste di collocamento alle quali erano iscritti i lavoratori che cercavano lavoro, per poi essere avviati al lavoro, quando perveniva la richiesta da parte di un'impresa: la richiesta era numerica, l'impresa quindi non poteva richiedere un determinato nominativo ma solo un lavoratore con delle determinate qualifiche; toccava poi all'ufficio in base ad alcuni criteri (anzianità di iscrizione, stato di necessità ecc) ad avviare i lavoratori con la conseguenza che il datore di lavoro si vedeva arrivare un lavoratore che non aveva scelto ma del quale aveva solo indicato il profilo professionale. Questo sistema non funzionò mai, nonostante tentativi da parte della legge di rivitalizzarlo ad es permettendo in alcuni casi l'assunzione diretta da parte delle imprese fino ad arrivare alla generalizzazione di essa: in sostanza un'impresa poteva assumere direttamente senza passare per l'ufficio di collocamento al quale doveva semplicemente inviare comunicazione con i dati concernenti l'assunzione; ma i lavoratori e le aziende continuarono a cercare strade alternative (inserzioni sui giornali, invio di curriculum ecc) e gli uffici di collocamento si ridussero a caselle postali con il compito di ricevere le comunicazioni.

La svolta avvenne nel 1997, quando una società milanese, la Job Centre, chiese provocatoriamente al Tribunale di Milano l'omologazione del proprio statuto con l'indicazione della attività che intendeva svolgere cioè l'intermediazione; in base alla legge 264/1949 che proibisce l'intermediazione privata, il tribunale non concesse l'omologazione e la Job Centre si rivolse alla Corte di Giustizia Europea che le diede ragione, affermando che la legge 264 era in contrasto con le norme sulla libertà di concorrenza, sancite dal trattato di Roma.

A questo punto fu necessario che la legge italiana si adeguasse alle norme europee e ciò avvenne con il dlgs 469 del 1997 che apportò 2 punti essenziali:

1)trasferimento delle funzioni relative al collocamento alle Regioni le quali operano tramite una Commissione tripartita regionale(funzionari pubblici, rappresentanti dei lavoratori e degli imprenditori) ,Commissioni tripartite provinciali e i Centri provinciali per l'impiego: l'obiettivo non era solo quello di gestire domanda e offerta di lavoro, ma anche quello di fornire ai lavoratori assistenza, corsi di orientamento e riqualificazione professionale ecc.

2)liberalizzazione delle attività relative al collocamento, non + monopolizzate dallo Stato; Queste disposizioni cmq non portarono grossi risultati: si giunge così alla legge Biagi del 2003 ritoccata nel 2004 (legge 251) che ha come obiettivo (art 3) la realizzazione di un sistema di strumenti che garantiscano trasparenza del mercato del lavoro e migliorino le possibilità di inserimento dei disoccupati e di quanti sono in cerca di prima occupazione; sancisce che questo sistema è aperto ai privati imprenditori e non imprenditori, a soggetti pubblici (Comuni, Camere di Commercio, Università, scuole secondarie, associazioni sindacali) e che TUTTI i soggetti che svolgono attività di somministrazione, intermediazione, ricerca e selezione del personale, siano soggetti a un unico sistema autorizzatorio (vedi agenzie di lavoro), con l'eccezione di associazioni sindacali o che abbiano come scopo l'assistenza alle attività lavorative e imprenditoriali.

Un altro punto qualificante della legge è l'istituzione della Borsa continua del lavoro che consente di mettere in rete tutte le informazioni relative a domanda e offerta di lavoro, in modo da permettere a ciascun cittadino di accedere al sistema e di cercarsi il lavoro che preferisce.

IL COLLOCAMENTO OBBLIGATORIO DEI DISABILI

In favore dei disabili la legge ha previsto tecniche di collocamento privilegiato che consistono nel collocamento obbligatorio e cioè nell'imporre al datore di lavoro l'assunzione di soggetti meritevoli di particolare tutela. L'art 38 della Costituzione prevede il diritto dei disabili all'educazione e

all'avviamento professionale, ma l'applicazione concreta deve tener conto di due fattori importanti:
1) da una parte le imprese tendono a limitare queste assunzioni supponendo che i soggetti siano meno produttivi

2) dall'altra non basta avviare al lavoro un disabile ma occorre anche aiutarlo a inserirsi effettivamente nell'ambiente di lavoro pena fenomeni di rigetto: a questo proposito la legge 68 del 1999 parla di "collocamento mirato" rilevando l'importanza di una accurata valutazione delle capacità lavorative del disabile e dei problemi relativi all'ambiente di lavoro in modo tale da inserirlo nel posto adatto alle sue capacità.

I soggetti beneficiari sono:

---invalidi civili con riduzione della capacità lavorativa sopra il 45%

---invalidi del lavoro con riduzione sopra il 35%

---altre categorie inserite di recente sono i familiari delle vittime di terrorismo o di criminalità organizzata.

Nella categoria dei disabili sono compresi anche i disabili psichici forniti di residui di capacità lavorativa.

L'accertamento dello stato di disabilità è affidato ad apposite commissioni costituite presso le USL: se risulta positivo i disabili devono iscriversi in appositi elenchi tenuti dai Centri per l'impiego, secondo graduatorie che tengono conto dell'anzianità di iscrizione, condizione economica ecc. Vigè ancora il principio della richiesta numerica con alcune eccezioni.

Il punto cruciale è cmq quello della quota di disabili da assumere obbligatoriamente, che è:

--il 7% per le imprese con + di 50 dipendenti

--2 disabili per imprese tra 36 e 50

--1 disabile per imprese da 15 a 35

--nessuno al di sotto dei 15 dipendenti

E poiché il numero dei dipendenti può oscillare, l'impresa ogni anno deve presentare al centro per l'impiego una relazione con i dati numerici del suo organico: se ci sono posti destinati a disabili che risultano scoperti, l'impresa deve rivolgere la richiesta di assunzione al Centro (pena sanzione amministrativa) che provvede all'avviamento obbligatorio (c'è tuttavia la possibilità di modulare in vario modo le assunzioni mediante stipula di convenzioni tra l'impresa e il Centro).

Il rapporto di lavoro del disabile è disciplinato in maniera identica a quello degli altri lavoratori, ma il datore di lavoro deve assegnargli mansioni compatibili con la sua condizione fisica e psichica: se questa dovesse aggravarsi, possono essere richieste nuove visite mediche che stabiliranno se il peggioramento impedisce la permanenza del disabile nell'azienda in maniera temporanea (in tal caso gli verranno assegnate mansioni inferiori) o definitiva

[La libera circolazione dei lavoratori comunitari

L'art 39 del trattato di Roma prevede la libertà di circolazione a livello comunitario, precisando che i lavoratori hanno il diritto di spostarsi liberamente nel territorio degli stati membri per rispondere a offerte di lavoro effettive o anche per la semplice ricerca di un posto di lavoro.

Prescrive anche il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro.

I cittadini extracomunitari

Allo straniero presente sul territorio italiano sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme interne, dalle convenzioni internazionali e dai principi di diritto internazionale (legge 286 del 1998): inoltre lo straniero che soggiorni regolarmente nel territorio dello Stato gode dei diritti civili attribuiti al cittadino italiano. La Carta di Nizza sancisce inoltre che i cittadini dei paesi terzi autorizzati a lavorare negli stati membri, hanno diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione.

Detto questo, il problema del lavoratore extracomunitario è quello dell'accesso al mercato del lavoro, accesso tenuto sotto stretto controllo dagli stati europei per timore di potenziali implicazioni destabilizzanti dal punto di vista sociale e culturale.

In Italia la legge di riferimento è la 286 del 1998 (Testo unico sull'immigrazione) che giustifica

l'ingresso e la permanenza dello straniero solo in relazione all'effettivo svolgimento di un'attività lavorativa sicura e lecita.

Il sistema si basa sul principio della programmazione dei flussi: il Presidente del consiglio determina, in genere annualmente, le quote massime di ingresso, sentito il parere delle regioni. Si pone poi il problema dell'extracomunitario come straniero e come lavoratore nel senso che, come cittadino straniero che entra in Italia ha bisogno del permesso di soggiorno rilasciato dalla questura, mentre come lavoratore ha bisogno di una autorizzazione al lavoro.

La legge Bossi-Fini 189 del 2002 prevede la costituzione di uno Sportello unico per l'immigrazione presso le prefetture: il datore di lavoro che intende assumere uno straniero deve farne richiesta a questo sportello presentando domanda di nulla osta al lavoro, documentazione sull'alloggio, proposta di contratto di lavoro con soggiorno, impegno al pagamento delle spese di ritorno al paese di origine dello straniero; dopo 20 gg lo sportello rilascia il nulla osta al lavoro, grazie al quale viene rilasciato il visto di ingresso: lo straniero ha 8 giorni di tempo dall'ingresso per presentarsi allo sportello unico e firmare il contratto con il quale finalmente viene rilasciato il permesso di soggiorno da parte della questura: il contratto di lavoro non può superare la durata del permesso di soggiorno e dura 9 mesi per contratti stagionali, 1 anno per contratti di lavoro subordinato a termine e 2 anni per contratti di lavoro a tempo indeterminato.]

FORMAZIONE DEL CONTRATTO

La stipulazione del contratto di lavoro subordinato avviene con l'incontro della volontà delle parti; il lavoratore deve possedere, oltre alla normale capacità di agire, anche una capacità giuridica speciale che si acquista quando si conclude il periodo dell'istruzione obbligatoria, quindi a 16 anni (o 18?).

La Direzione provinciale del lavoro può autorizzare, previo assenso scritto dei genitori, l'impiego dei minori in attività culturali, artistiche, sportive o pubblicitarie purché si tratti di attività che non pregiudichino sicurezza e integrità psicofisica del minore e la sua frequenza scolastica.

Cmq per i bambini (fino a 15 anni) e gli adolescenti (16-18 anni) impiegati in attività lavorative, esiste un'apposita normativa.

Il testo del contratto, di solito predisposto dal datore di lavoro, viene sottoscritto dal lavoratore e da quel momento inizia il rapporto: accade spesso che il contratto venga firmato dopo l'inizio effettivo della prestazione ma ciò non è regolare.

Il contratto deve contenere gli elementi essenziali (nominativi delle parti, luogo di lavoro, mansioni) + eventuali clausole accessorie purché di miglior favore per il lavoratore.

Riguardo la FORMA, non ci sono requisiti particolari tranne nei contratti atipici come la clausola di prova, il contratto a tempo parziale, di inserimento, di apprendistato ecc in cui c'è l'obbligo di mettere per iscritto proprio gli elementi che rendono atipico il contratto: in caso contrario il contratto viene considerato a tempo indeterminato (requisiti ad substantiam): nel caso del lavoro intermittente e ripartito la forma scritta è richiesta ad probationem.

La prestazione deve essere effettuata personalmente dal lavoratore (si dice che il rapporto datore-lavoratore ha una base fiduciaria), non ci si può avvalere di sostituti e non è possibile la successione né per atto tra vivi né causa mortis.

Un caso particolare è quello del contratto di lavoro RIPARTITO o Job sharing, definito dalla legge Biagi come quello per cui due lavoratori assumono in solido l'adempimento di un'unica prestazione lavorativa: i lavoratori sono liberi di decidere come distribuire il lavoro e ciascuno di essi è responsabile dell'adempimento dell'intera prestazione (se uno è malato l'altro deve garantire l'intera prestazione): le dimissioni o il licenziamento di uno di essi, determina l'estinzione del vincolo contrattuale: è prevista la forma scritta ad probationem.

Una clausola particolare che richiede la forma scritta ad substantiam, è il patto di prova che stabilisce un periodo di lavoro, non superiore a 6 mesi, che consente alle parti di valutare la convenienza dell'affare: fermo restando che lo scambio fondamentale lavoro-retribuzione resta inalterato, il dato + significativo ai fini pratici è la facoltà di recesso ad nutum per entrambe le parti, quindi il datore di lavoro può senza problemi licenziare il lavoratore .

Compiuto il periodo di prova, se continua il lavoro anche per un solo giorno dopo la scadenza del contratto, si ha la conferma del lavoratore la cui assunzione diventa definitiva.

CAP 3 STRUTTURA DEL RAPPORTO DI LAVORO (pagg425-434)

Abbiamo detto in precedenza che quello del lavoro subordinato è un contratto: bisogna a questo punto sottolineare che si tratta di un contratto del tutto particolare.

In termini molto semplici: un contratto di compravendita viene adempiuto dalle parti e tutto finisce lì: un contratto di lavoro subordinato deve essere adempiuto, momento per momento, per anni o cmq per periodi di tempo abbastanza lunghi e in questo quadro diventano fondamentali i rapporti tra lavoratore e imprenditore: la legge concede (art 41 della Costituzione) all'imprenditore libertà di decisione su tutto ciò che concerne l'attività della sua impresa (scelte produttive, possibilità di esternalizzare, di ridimensionare ecc): in virtù di questa libertà ma SOPRATTUTTO come conseguenza della stipula del contratto di lavoro subordinato, viene attribuito al datore di lavoro un potere direttivo e conseguentemente dall'altra parte si mette il lavoratore in uno stato di soggezione. Alla luce di questi fatti, esaminiamo ora i DOVERI DEL LAVORATORE SUBORDINATO

1)obbligo di diligenza (art 2104 comma 1); il grado di diligenza deve essere rapportato ad alcuni fattori specificati al comma 2, e cioè:

- natura della prestazione cioè uso della diligenza minima richiesta (in base a norme tecniche) per compiere quella determinata attività

- interesse dell'impresa

- interesse superiore della produzione nazionale (residuo della cultura corporativa fascista)

2)dovere di obbedienza: art 2104 il lavoratore deve inoltre (oltre alla diligenza) osservare le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai suoi collaboratori, dai quali gerarchicamente dipende: questo sancisce il riconoscimento all'imprenditore del potere direttivo (diritto potestativo) e il dovere di obbedienza del lavoratore (soggezione) ed è come sappiamo, l'elemento caratterizzante del lavoro subordinato.

Soffermiamoci ora sull'espressione "disposizioni per la disciplina": se ad es ci riferiamo al lavoro subordinato in un'impresa, ci rendiamo conto che la singola prestazione deve essere inserita in un contesto organizzato e ciò richiede ad es il coordinamento degli orari di lavoro: essendo l'imprenditore titolare dell'organizzazione dell'impresa, ha il diritto di intervenire a regolare al meglio l'organizzazione; quindi può intervenire in tutti quei casi che possono turbarne il regolare svolgimento anche al di fuori della mera prestazione lavorativa ad es può vietare risse tra colleghi oppure, se non può pretendere che il lavoratore arrivi in fabbrica in smoking, può pretendere un abbigliamento dignitoso per un dipendente che operi a contatto col pubblico.

3)obbligo di fedeltà (art 2105): tralasciando le varie ipotesi interpretative sul termine fedeltà (che sembra alludere a un vincolo personale piuttosto che contrattuale), di solito ci si limita a due concetti ben chiari:

- obbligo di non concorrenza: il lavoratore non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore: qualsiasi concorrenza, anche se non può essere definita sleale, è illecita in quanto il lavoratore sarebbe troppo avvantaggiato dal fatto di essere a conoscenza dei fatti interni dell'azienda

- obbligo di non divulgare notizie riservate e di non farne un uso che rechi pregiudizio all'azienda.

Il divieto di concorrenza può essere previsto anche per la fase successiva alla cessazione del rapporto di lavoro, il cd patto di non concorrenza annesso al contratto di lavoro: (art 2125) con cui il lavoratore si impegna a non lavorare per un determinato periodo dopo la cessazione del rapporto di lavoro; condizioni necessarie sono

- forma scritta, pena la nullità

- corrispettivo a favore del lavoratore, periodico o una tantum, adeguato all'entità del vincolo

- il vincolo temporale non può superare i 5 anni se si tratta di dirigenti, i 2 anni negli altri casi (in caso contrario interviene l'inserimento automatico della clausola di legge).

In caso di inadempimento, il lavoratore è chiamato a rispondere dei danni arrecati all'imprenditore.

CAP 4 OGGETTO E LUOGO DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO (pagg 435-452)

INQUADRAMENTO DEI LAVORATORI

Il personale dipendente di un'impresa svolge ovviamente dei compiti, delle mansioni, diverse. Per ragioni che riguardano sia il trattamento normativo sia quello retributivo, le fonti che regolano la disciplina del lavoro (cioè la legge e i contratti collettivi) classificano, ciascuna per conto proprio, i lavoratori in categorie e livelli.

LE CATEGORIE LEGALI

L'art 2095 co.1 prevede 4 categorie, ma non ne descrive i requisiti, rimandando ad altre fonti cioè a leggi speciali e ai contratti collettivi; le 4 categorie sono

1)DIRIGENTI: sono coloro che, in stretta collaborazione con l'imprenditore, hanno competenze e responsabilità decisionali (che attenuano ma non annullano la "subordinazione" al potere direttivo dell'imprenditore, anche se tra i due il rapporto assume un alto grado di fiduciarità); sono organizzati in sindacati autonomi, godono di un trattamento economico (frutto di solito di contratti individuali o collettivi diversi per settore) + elevato ma , d'altro canto, sono sottoposti a un regime di licenziamento ad nutum

2)IMPIEGATI: sono la categoria + antica tanto che la loro definizione risale al regio decreto 1825 del 1924 che parla di "collaborazione, professionalità e non manualità" dei quali è rimasta oggi solo la non manualità come distinzione dall'operaio, anzi nemmeno questa, tenuto conto che, a partire dagli anni '70 si è optato per l'inquadramento unico, eliminando di fatto quasi tutte le differenze di trattamento tra le due categorie.

3)OPERAI: la definizione di operaio è incentrata sulla manualità della sua opera

4)QUADRI: è la categoria + recente e comprende i lavoratori intermedi tra dirigenti e impiegati-operai: sono lavoratori con responsabilità importanti di gestione ma non hanno responsabilità decisionali; nati negli anni '80 dalla marcia dei quarantamila (una manifestazione con la quale i quadri ottennero la fine di un lungo sciopero degli operai FIAT) hanno ottenuto riconoscimento legale con legge 190 del 1985 la quale ha tuttavia ribadito che per essi vale la normativa riservata alla categoria impiegati (anche se qualche privilegio ce l'hanno ad es sono assicurati per la responsabilità civile vs terzi)

LA CLASSIFICAZIONE NEI CONTRATTI COLLETTIVI

Essendo la classificazione legale troppo generica, se ne usa abitualmente un'altra ed è la classificazione in livelli (di solito 7-8) che si trova nella prima parte dei "contratti collettivi nazionali di categoria", i quali contratti con la cd declaratoria indicano i profili professionali (manovale, elettricista) e descrivono in dettaglio l'elenco delle attività riconducibili a quella qualifica.

Sulla base di questa classificazione è avvenuto l'inquadramento unico degli operai, impiegati e quadri, che sono così inseriti negli stessi livelli.

LO IUS VARIANDI

La classificazione dei contratti collettivi implica che ad un lavoratore si può chiedere solo lo svolgimento di quelle mansioni previste dal contratto per quel livello: in realtà il datore di lavoro può esercitare lo ius variandi, ossia il diritto potestativo unilaterale di variare, anche senza motivazione, quelle mansioni; fino agli anni '70 questo potere non aveva limiti, ma l'art 13 dello Statuto dei Lavoratori e l'art 2103 hanno istituito rigide norme a tutela della professionalità acquisita dal lavoratore (e della sua dignità) e conseguentemente del suo trattamento retributivo: in sostanza lo ius variandi può essere esercitato solo adibendo il lavoratore a mansioni almeno equivalenti, mai a mansioni inferiori a quelle originariamente svolte.

Quindi il problema da sciogliere è il concetto di equivalenza: 2 sono i criteri utilizzati:

1) criterio oggettivo: fa riferimento alla classificazione contrattuale: la nuova mansione non può essere quella di un livello inferiore; questo criterio rigido è stato per così dire ammorbidito per andare incontro alla necessità di flessibilità di produzione che il mercato oggi richiede: così

numerosi contratti collettivi hanno ridotto il numero dei livelli o hanno inserito clausole di fungibilità tra gruppi di mansioni, clausole che cmq devono essere sempre legittimate dalla legge cioè la legge conserva il potere-dovere di sindacarne la legittimità.

2) criterio soggettivo: al criterio oggettivo va aggiunto in ogni caso un criterio soggettivo che fa riferimento alla valutazione, peraltro molto delicata, del giudice il quale valuterà caso per caso, tenendo conto di tutti gli elementi utili compresa la carriera professionale del lavoratore: egli può così ad es ritenere non equivalente una mansione che, pur essendo dello stesso livello di quella precedente richiede una professionalità diversa da quella accumulata dal lavoratore (c'è anche da dire che sulla scorta dei modelli produttivi post-fordisti e giapponesi in particolare, la rotazione su + mansioni può essere considerata un arricchimento dell'esperienza professionale del lavoratore). Infine da sottolineare la recente tendenza giurisprudenziale a non considerare come violazione dell'art 2103 il declassamento che sia stato accettato dal lavoratore in nome di un interesse superiore, quale potrebbe essere ad es evitare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; principio che può essere applicato anche ai licenziamenti collettivi purchè sia stato concordato dalle associazioni sindacali.

Il principio è stato cmq recepito dalla legge in relazione al caso di un lavoratore divenuto disabile e in seguito al rapporto: il lavoratore non può essere licenziato per giustificato motivo ma può essere adibito a mansioni equivalenti o anche inferiori, conservando la retribuzione precedente.

Nel caso il giudice accerti il declassamento professionale (demansionamento), si produce per effetto diretto dell'art 2103 una nullità dell'atto che lo ha determinato, per cui il lavoratore ha diritto a vedere ripristinata la situazione precedente o essere assegnato a mansioni equivalenti.

Inoltre poiché il demansionamento configura un inadempimento contrattuale, può essere produttivo di danni risarcibili; a proposito di questi danni, la giurisprudenza tende oggi a estendere al demansionamento il concetto di “danno per lesione della professionalità” e di “diritto di lavorare”, principi utilizzati nei casi di sotto-utilizzazione o non utilizzazione del lavoratore: se un lavoratore viene lasciato inattivo (o viene sotto-utilizzato o demansionato) per colpa del datore di lavoro, viene normalmente retribuito, ma ciò per la legge non basta : come il creditore è tenuto a facilitare il pagamento del debitore, così nel nostro caso il datore di lavoro è tenuto a far sì che il lavoratore (debitore della prestazione lavorativa) possa pagare quello che gli deve e cioè lavorare: in caso contrario il lavoratore, previa esibizione di prove anche presuntive, può richiedere il risarcimento dei danni quantificati in base alla durata e alla gravità del danno subito e riferiti in percentuale della retribuzione maturata nel periodo del demansionamento.

ESERCIZIO DI MANSIONI SUPERIORI E PROMOZIONE AUTOMATICA

Il lavoratore può anche essere assegnato a mansioni di livello superiore e tale assegnazione può essere formalizzata come vera e propria promozione (con relativa retribuzione) oppure può essere disposta in via temporanea dal datore di lavoro; la legge ammette questa possibilità solo per un tempo definito dai contratti collettivi e cmq non superiore a tre mesi continuativi per i lavoratori (+ lungo per quadri e dirigenti), trascorsi i quali il lavoratore acquisisce in via definitiva il livello contrattuale superiore; unica eccezione ammessa è quando il passaggio temporaneo a mansioni superiori avvenga per sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto (ad es in malattia), in tal caso il periodo può anche superare i 3 mesi senza che maturi il diritto all'inquadramento definitivo nel livello superiore.

MANSIONI E PROFESSIONALITA' NEL LAVORO PUBBLICO

Le norme sopra descritte, variano leggermente nel lavoro pubblico:

- 1) tendenzialmente il concetto di equivalenza delle mansioni è affidato ai contratti collettivi , non al giudice
- 2) la promozione non è affidata ad atti unilaterali di un dirigente ma a regolari procedure previste nei contratti collettivi e a delibere dell'amministrazione
- 3) l'assegnazione temporanea a mansioni diverse è ammessa nei casi di sostituzione di lavoratore con diritto alla conservazione del posto, per obiettive esigenze di servizio, in caso di vacanza di posto in organico e per non + di sei mesi prorogabili a 12 se sono state avviate le procedure di copertura del posto. In casi diversi da questi l'assegnazione è nulla.

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

L'art 13 dello Statuto dei lavoratori stabilisce che il lavoratore può essere trasferito da un'unità produttiva a un'altra solo quando siano provate dal datore le ragioni tecniche, organizzative e produttive che lo giustificano, ragioni che in caso di impugnazione dovranno essere attentamente valutate dal giudice in base al nesso della causalità tra esse e il trasferimento del lavoratore.

CAP 5 TEMPI DI LAVORO E DI RIPOSO (pagg 453-472)

La limitazione dei tempi di lavoro nasce dall'esigenza di tutelare l'integrità fisica del lavoratore e la sua partecipazione alla vita familiare e sociale; ferma restando questa esigenza primaria, questi limiti oggi devono misurarsi con l'esigenza di competitività e di flessibilità delle imprese e con i problemi connessi all'occupazione (lavorare meno per lavorare tutti).

La disciplina dell'orario di lavoro è stata a lungo ancorata a un decreto regio del 1923 che stabiliva una durata massima di 8 ore giornaliere e 48 settimanali; la Costituzione peraltro si limitava solo a stabilire la necessità di una limitazione (art 36)

Fu sotto la spinta dell'Unione Europea che nel 1997 si introdussero le 40 ore settimanali e nel 2003 con il dls 66 si riorganizzò la disciplina dell'orario di lavoro e quella dei riposi, facendo riferimento ai contratti collettivi e devolvendo ad essi numerose facoltà di deroga anche in peius.

Il dls 66 fissa l'orario normale di lavoro in 40 ore settimanali e aggiunge 2 altri elementi:

- 1) la possibilità di una durata inferiore, da stabilire nei contratti collettivi di QUALSIASI livello
- 2) il riferimento alla MEDIA di 40 ore in un arco di tempo non superiore all'anno (i cd orari multiperiodali): questo significa che si potrebbero ad es fare 48 ore in una settimana e 32 ore la settimana successiva, purchè venga rispettata la media delle 40 ore settimanali.

La disciplina non si applica a quei lavoratori per i quali, a causa delle caratteristiche del lavoro che fanno, non è possibile predeterminare l'orario (es lavoro reso a domicilio) oppure sono gli stessi lavoratori che lo decidono (es dirigenti).

L'orario massimo settimanale è demandato ai contratti collettivi di qualsiasi livello con un limite legale non superabile di 48 ore settimanali (comprese le ore di lavoro straordinario), anche qui calcolato come media in un arco di tempo non superiore ai 4 mesi, limite che però può essere innalzato nei contratti collettivi a 6 mesi o anche a 12 mesi ma in quest'ultimo caso ne devono essere specificati i motivi.

Con questo sistema delle medie, calcolare l'orario giornaliero diventa impossibile e inutile: il limite massimo di 8 ore giornaliere stabilito dalla legge del 1923 non ha più senso e l'unica cosa che si può fare è ricavare il limite massimo dalla legge 2003 per via indiretta: infatti poiché questa legge stabilisce il diritto del lavoratore a 11 ore giornaliere di riposo (continuativo, salvo per alcuni lavori frazionati nella giornata), il calcolo è presto fatto: teoricamente in una settimana le ore massime giornaliere sarebbero $13 \times 6 = 78$, anzi di + perchè la legge al solito permette la deroga in peius anche per le ore di riposo mediante i contratti collettivi.

Il lavoro STRAORDINARIO è regolato dalla legge 2003 ed è quello che eccede le 40 ore settimanali: è ammesso solo previo accordo tra le parti e per un periodo che non superi le 250 ore annuali “in difetto di disciplina collettiva applicabile” cioè quando manchino accordi stabiliti nei contratti collettivi che possono derogare anche in peius oltre che stabilire di volta in volta maggiorazioni retributive (non più l'aumento del 10% sulla retribuzione normale stabilito nel '23) e riposi compensativi.

CONTRATTO DI LAVORO A TEMPO PARZIALE

L'utilizzazione (e la retribuzione) ridotta del lavoratore (tenuto conto di quanto detto a proposito di diritto a lavorare e di lesione della professionalità) è giuridicamente possibile solo con il contratto di lavoro a tempo parziale, caratterizzato da un orario inferiore a quello normale.

Questo tipo di contratto, comparso nel 1984, è stato molto limitato dalla legge in termini di flessibilità: solo con il decr. Biagi del 2003, sono stati liberalizzati vari aspetti dell'istituto nel tentativo di promuovere la sua diffusione.

Esistono 3 tipi di lavoro part-time:

- 1) part-time orizzontale: attività normale ma ridotta es 4 ore tutti i giorni
- 2) part-time verticale: orario normale ma il lavoro è collocato in periodi predeterminati es lavoro stagionale, contratti week-end;
- 3) part-time misto: combinazione dei 2 precedenti es lavoro stagionale di 4 ore.

Requisiti essenziali sono:

- 1) la forma scritta ma solo ad probationem, in mancanza di essa (o anche in mancanza dell'indicazione della durata) il lavoro viene considerato a tempo pieno
- 2) nel contratto deve essere specificata la collocazione temporale del lavoro, non “2 ore al giorno” ma “dalle 10 alle 12”;

Questa precisa determinazione rende l'istituto molto rigido poiché per cambiare gli orari o per allungarli, occorre il consenso del lavoratore. Tuttavia è possibile esigere ciò, facendo ricorso al cd lavoro supplementare nel lavoro part-time orizzontale e alla clausola di elasticità nel part-time verticale e misto: la differenza è che il lavoro supplementare deve essere richiesto volta per volta mentre nella clausola elastica è già previsto nel contratto collettivo che ne specifica anche le causali stabilisce i limiti massimi e i compensi anche di natura non pecuniaria ad es giorni di riposo aggiuntivo: necessario il preavviso di 5 giorni.

Diversa è invece la clausola di flessibilità che si riferisce alla facoltà del datore di lavoro di variare non l'estensione ma la collocazione temporale es dalla mattina al pomeriggio.

Il trattamento è identico a quello a tempo pieno, ovviamente per un tempo ridotto

Il passaggio da tempo pieno a part-time richiede il consenso del datore e quello del lavoratore convalidato davanti alla Direzione provinciale del lavoro.

Per il passaggio inverso da part a full-time è previsto che il lavoratore a tempo parziale abbia la precedenza sugli altri nelle assunzioni a tempo pieno, per le stesse mansioni svolte nel part-time.

CONTRATTO DI LAVORO INTERMITTENTE

Denominato anche lavoro a chiamata o job on call è un contratto mediante il quale un lavoratore si pone a disposizione di un datore di lavoro che ne può utilizzare la prestazione (decr. Biagi); si noti che, a differenza del part-time, non è garantita una utilizzazione oraria minima per cui il lavoratore può solo sperare di essere chiamato.

Il ricorso a questo tipo di contratto è cmq legato ai contratti collettivi o, in mancanza, a un decreto del ministero del Lavoro che contiene un elenco di 46 tipologie di attività che variano dai camerieri agli impiegati d'albergo, agli addetti alle pompe di carburante ecc; si può utilizzare il lavoro intermittente anche per prestazioni di fine settimana o nei periodi di ferie, mentre invece non è ammesso per sostituire lavoratori in sciopero né da parte di imprese che abbiano fatto ricorso nei 6 mesi precedenti a licenziamenti collettivi o alla cassa integrazione.

E' prescritta la forma scritta ad probationem.

Il lavoratore intermittente se chiamato è retribuito normalmente, nei periodi di attesa ha diritto a una indennità di disponibilità fissata dal contratto collettivo.

Se non risponde alla chiamata può essere licenziato per inadempimento, salvo in caso di malattia ma deve tempestivamente informare il datore e perde l'indennità di disponibilità per quel periodo.

Esiste anche un lavoro intermittente senza obbligo di disponibilità (e quindi senza indennità).

RIPOSO SETTIMANALE E DOMENICALE

E' un diritto assoluto posto a tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore e della sua libertà di disporre del tempo: il lavoratore ha diritto ogni 7 giorni a un periodo di riposo di almeno 24 ore consecutive, calcolato come media di un periodo non superiore ai 14 giorni (con deroga anche in peius affidata ai contratti collettivi). Il riposo settimanale in Italia (la Corte europea riconosce ampia libertà di decidere ai legislatori di ogni paese membro) coincide di regola con la domenica, con numerose eccezioni; riguardo il trattamento retributivo per il lavoro domenicale esso è maggiorato rispetto a tempi normali perchè è considerato di maggior peso per il lavoratore.

FERIE

Il dlgs 66 del 2003 disciplina le ferie annuali retribuite: esse devono ammontare ad almeno 4 settimane non riducibili né sostituibili con indennità per ferie non godute e vengono sospese in caso di malattia intervenuta del lavoratore, purché si tratti di malattia tale da impedirne il godimento (di solito malattia superiore ai 3 giorni): il collocamento temporale spetta al datore, tenuto conto degli interessi del lavoratore, ma in ogni caso spettano almeno 2 settimane nel corso dell'anno in cui maturano (le restanti saranno godute nei successivi 18 mesi): il trattamento economico è pressoché normale ed è regolato dai contratti collettivi.

[CAP 6 CONTROLLI E PRIVACY (pagg 473-480)

Di questo argomento si occupa il titolo 1 dello Statuto dei lavoratori del 1970 “tutela e dignità del lavoratore”:

---Guardie giurate art 2: possono essere utilizzate solo per scopi di tutela del patrimonio aziendale e non possono contestare ai lavoratori azioni che non attengano ad esso patrimonio. Non possono vigilare sui lavoratori e non possono entrare nei locali di lavoro durante lo svolgimento di esso salvo casi eccezionali: le informazioni raccolte sono inutilizzabili. In caso di violazione la guardia rischia la sospensione o il ritiro della licenza.

---Personale di vigilanza art 3: può essere utilizzato solo per prevenire i comportamenti illeciti dei lavoratori: nominativi e mansioni debbono essere comunicati ai lavoratori

---Impianti audiovisivi art 4: non possono essere utilizzati per il controllo dei lavoratori, salvo che lo richiedano motivi di sicurezza del lavoro e cmq devono essere legittimati da accordi sindacali o dalla Direzione provinciale del lavoro; la tendenza è cmq quella di permetterne un uso difensivo cioè per prevenire comportamenti illeciti dei lavoratori.

---Visite personali di controllo sul lavoratore (perquisizioni) art 6: sono proibite salvo a fini di tutela del patrimonio aziendale, e devono essere eseguite all'uscita e salvaguardando la dignità e riservatezza del lavoratore

La tutela della privacy è garantita dall'art 8 che proibisce al datore sia prima dell'assunzione che dopo, di effettuare indagini sulle opinioni politiche, religiose, sindacali del lavoratore: sono invece permesse le indagini volte a verificare il comportamento di un lavoratore malato o in permesso.

D'altra parte il lavoratore come cittadino è tutelato anche dalla legge 196/2003 riguardo il TRATTAMENTO dei dati personali che, in linea generale, è condizionato al consenso individuale tranne che si tratti di dati che servano al datore di lavoro per obblighi burocratici

I cd dati sensibili, dati personali da cui possono ricavarsi l'origine razziale o le opinioni, richiedono il consenso individuale e l'autorizzazione del Garante per la privacy]

CAP 7 POTERE DISCIPLINARE (pagg 481-488)

Come in un contratto la parte inadempiente viene perseguita in giudizio , così nel rapporto di lavoro -che peraltro è un contratto- il lavoratore inadempiente può essere perseguito.

Affinchè queste controversie non giungano sempre davanti a un giudice -perchè poi di solito si tratta di violazioni di norme di carattere organizzativo ad es orario di ingresso e di uscita, divieto di fumo, giustificazione delle assenze ecc – la legge consente che il lavoratore inadempiente possa essere perseguito anche con sanzioni irrogate direttamente dal datore di lavoro al quale questo potere è conferito dal contratto di lavoro subordinato.

L'art 2106 dopo aver indicato i presupposti nell'inosservanza dei 3 obblighi di obbedienza, diligenza e fedeltà, si limita a proporre il criterio della proporzionalità tra sanzione e infrazione commessa, rimandando ai contratti collettivi l'individuazione dettagliata di sanzioni e infrazioni

Nel 1970 lo Statuto dei lavoratori, art 7 , ha ribadito che le norme disciplinari relative alle sanzioni e alle infrazioni, devono applicare quanto è stabilito dai contratti collettivi nazionali di categoria che elaborano norme sostanziali raccolte nel “codice disciplinare”.

Il codice disciplinare distingue 4 livelli di sanzione: rimprovero verbale, rimprovero scritto, multa e sospensione, stabilendo i segg. limiti:

- 1) la multa non può superare un importo pari a 4 ore lavorative
- 2) la sospensione non può protrarsi per + di 10 giorni
- 3) non possono essere applicate sanzioni che comportino una variazione definitiva del rapporto, come trasferimenti o mutamento di mansioni.

Il principio guida nel rapporto sanzioni-infrazioni è quello della proporzionalità: ad es l'assenza ingiustificata sino a 3 giorni prevede la sospensione ma se superiore può produrre un licenziamento per giustificato motivo soggettivo; la recidiva specifica (se in precedenza si è incorso nella stessa sanzione) o generica (se si è incorso in un'altra sanzione), purchè non anteriore a + di 2 anni, costituisce un'aggravante.

Il codice disciplinare deve essere affisso in luogo accessibile a tutti (nemmeno la consegna al lavoratore di una copia è ritenuta sufficiente).

L'art 7 stabilisce anche le norme procedurali di irrogazione della sanzione, che prevedono:

- 1) contestazione di addebito: il datore contesta al lavoratore l'infrazione verbalmente o tramite lettera
- 2) Difesa del lavoratore: entro 5 giorni dal ricevimento della contestazione, il lavoratore può opporre le proprie ragioni per iscritto o verbalmente con facoltà di farsi assistere da un rappresentante sindacale; il datore è obbligato a ricevere queste difese.
- 3) passati i 5 gg il datore può applicare la sanzione, dandone avviso al lavoratore ma non è tenuto a specificare i motivi per i quali ha rigettato la difesa del lavoratore.
- 4) Il lavoratore può accettare le sanzioni oppure impugnarle di fronte a un giudice del lavoro o ad un collegio arbitrale costituito presso la direzione provinciale del lavoro (e in questo caso la sanzione resta sospesa fino al giudizio): la nullità può essere chiesta sia per violazione delle norme sostanziali che di quelle procedurali

Per il “licenziamento disciplinare” vedi il capitolo 14 sui licenziamenti.

CAP 8 LA RETRIBUZIONE (pagg 489-504)

La retribuzione è il principale diritto del lavoratore subordinato e il corrisponderla è il principale obbligo del datore di lavoro: la retribuzione è dunque il corrispettivo del lavoro.

Essa matura DOPO che la prestazione sia stata eseguita (regola della postnumerazione) e SE viene eseguita: tuttavia ci sono casi in cui il lavoratore pur non avendo eseguita la prestazione, ha ugualmente diritto alla retribuzione (es malattia, maternità) e in ciò si coglie la funzione sociale della retribuzione come sostegno al lavoratore in situazione di bisogno.

Fonte prima in tema di retribuzione è la Costituzione, art 36: "il lavoratore ha diritto a una retribuzione proporzionale alla qualità e alla quantità di lavoro svolto e, in ogni caso, sufficiente a garantire a sé e alla sua famiglia, un'esistenza libera e dignitosa".

A questo punto occorrerebbe stabilire cosa significa sufficiente, ossia quanto deve essere il minimo della retribuzione, e stabilire i parametri di qualità e quantità di lavoro: tutto questo è stato demandato (art 2099) dalla legge ai contratti collettivi di lavoro: le tariffe retributive di questi contratti (la cd paga sindacale) sono quindi utilizzate come parametro di orientamento anche se non vincolante (cioè il giudice potrebbe anche decidere altrimenti): l'art 36 è una norma precettiva, cioè può essere invocata dinanzi a un giudice e quindi, di fatto, il contratto collettivo vale erga omnes: questo significa che un datore di lavoro che non appartiene all'associazione sindacale che ha firmato questi contratti, è tenuto ugualmente a rispettare le clausole retributive del contratto.

Il contratto collettivo di lavoro assume quindi un ruolo centrale e non solo il contratto collettivo di primo livello (quello nazionale), ma anche di secondo livello, tanto territoriale quanto aziendale; ulteriori miglioramenti possono essere previsti anche dalla contrattazione a livello individuale (i cd superminimi che eccedono i minimi tabellari del contratto collettivo).

Detto questo, il problema che si propone ora è: cosa comprende la retribuzione, quali voci devono essere compresi in essa? Il problema non è futile in quanto ad es il calcolo del TFR assume come base di computo la retribuzione: allora il discorso è se comprendere nella retribuzione tutte le altre voci retributive normalmente percepite dal lavoratore (compreso lo straordinario per turno), la cd omnicomprensività, oppure considerare caso per caso in base alle indicazioni dei contratti collettivi. La tendenza oggi è quella di abbandonare il sistema della omnicomprensività ad esclusione di quei casi particolari previsti dalla legge (es art 2121 calcolo dell'indennità di preavviso) e affidarsi per il resto alle indicazioni dei contratti collettivi.

Le FORME DI RETRIBUZIONE previste dall'art 2099 sono:

--la retribuzione a cottimo o a pezzo, ancora presente, sia pure in forma mista cioè garantendo un minimo di retribuzione

--la retribuzione a tempo, + adatta ad un lavoro continuato.

Lo stesso art 2099 parla anche di COMPENSI VARIABILI, collegati alla produttività del lavoratore o dell'impresa: sono stabiliti dai contratti collettivi di secondo livello specie aziendali e rappresentano un incentivo al miglioramento qualitativo nell'interesse dell'impresa in toto; godono della cd decontribuzione cioè di sgravi fiscali sia per il datore (che versa solo parte dei contributi previdenziali), sia per il lavoratore. La presenza di questi compensi variabili, inevitabilmente porta ad avere aziende e settori dove si guadagna di + e altri invece sacrificati.

Nei compensi variabili rientra anche la DISTRIBUZIONE DI TITOLI AZIONARI ai dipendenti, sia dirigenti che semplici dipendenti: tali iniziative sono guardate con sospetto dai sindacati in quanto, con l'azionariato, il lavoratore verrebbe a confondersi con il capitalista ma senza avere alcun potere decisionale nell'assemblea della società in quanto difficilmente si raggiunge la quota maggioritaria.

TUTELA DEL DIRITTO RETRIBUTIVO

Il diritto di credito retributivo del lavoratore subordinato nei confronti del datore di lavoro, viene tutelato dalla legge sotto 3 aspetti:

1) gli importi dovuti non versati, una volta riconosciuti dal giudice, devono essere incrementati in relazione alla svalutazione monetaria e agli interessi legali

2) i crediti di lavoro sono privilegiati rispetto a tutti gli altri

3) il regime di prescrizione è di 5 anni da computarsi:

---a partire dal giorno della loro maturazione, per contratti soggetti all'art 18 Statuto lavoratori

---a partire dal giorno di fine rapporto, per gli altri

Il TRATTAMENTO DI FINE RAPPORTO o TFR o liquidazione, consiste in una forma di retribuzione differita che, sebbene si formi durante tutto il corso del rapporto di lavoro, matura solo alla fine di esso: esso ha sostituito con legge 297/1982 la vecchia "indennità di anzianità" calcolata moltiplicando l'ultima mensilità per gli anni di servizio: con il passaggio al tfr invece ogni anno viene accantonata una somma calcolata dividendo la retribuzione annuale per 13,5, (pari grosso modo a una mensilità): per retribuzione si intende ogni somma percepita dal lavoratore a titolo non occasionale, salvo diversa (quindi anche in peius) disposizione dei contratti collettivi.

Gli accantonamenti annuali vengono rivalutati annualmente dell'1,5% + lo 0,75% dell'aumento dei prezzi e il tfr finale risulta dalla somma di tutti gli accantonamenti versati.

Il dipendente con almeno 8 anni di servizio presso lo stesso imprenditore, può richiedere un anticipo del tfr entro un massimo del 70% di quello maturato fino a quel momento, ma solo per specifici e documentati motivi:

--spese sanitarie non gratuite

--acquisto della prima casa per sé e per i figli, documentato da atto notarile

--per sostegno economico durante il periodo di congedo parentale o formativo.

Ovviamente tale anticipo verrà detratto dal tfr finale.

Per evitare il ricorso in massa all'anticipo, è previsto che solo il 10% degli aventi titolo può essere accontentato, sulla base di criteri di priorità stabiliti dai contratti aziendali.

E' previsto anche un Fondo di Garanzia che sostituisce il datore di lavoro insolvente ad es in caso di fallimento e messa in liquidazione dell'azienda.

LA RIFORMA DEL SISTEMA PREVIDENZIALE E IL TFR.

Il sistema previdenziale italiano era fino agli anni 90 di tipo retributivo cioè si basava sulla retribuzione e questo portò col tempo e con il progressivo invecchiamento della popolazione e della parte attiva di essa, ad una situazione finanziaria critica cui si volle mettere riparo con la legge Dini del 1995: detta legge prevedeva un passaggio graduale al sistema contributivo basato non + sulla retribuzione ma sui contributi effettivamente versati; questo sistema portava inevitabilmente a una decurtazione notevole della pensione, spingendo i lavoratori ai fondi di pensione COMPLEMENTARE che promettevano di integrare la pensione garantita dalla legge.

La legge 124/1993 prevedeva la costituzione dei fondi pensione complementari CHIUSI e contrattuali: cioè ciascuna categoria nel suo contratto collettivo poteva istituire un fondo pensione chiuso perchè riservato ai soli lavoratori del settore, volontario, e finanziato da quote in parte a carico dell'azienda, in parte a carico del lavoratore e in parte provenienti dagli accantonamenti tfr.

Il dlgs 252/2005 ha portato a una riforma complessiva dei fondi pensione che ha sostituito quella del 1993 e che è caratterizzata dalla possibilità di scelta dei lavoratori tra il tradizionale tfr e i fondi pensione: entro 6 mesi dall'assunzione il dipendente che voglia mantenere il trattamento presso l'azienda, deve esprimere formalmente tale volontà sottoscrivendo un apposito modulo. In mancanza di tale assenso il trattamento maturando viene devoluto a un fondo pensione chiuso predisposto per i lavoratori della categoria; ma il lavoratore ha anche una terza alternativa cioè quella di destinare il suo trattamento maturando, a un fondo pensione diverso, a fondi aperti operanti sul mercato e gestiti da istituti di credito, compagnie assicurative ecc.

In ogni caso il lavoratore che sceglie un fondo pensione perde il diritto al tfr: le differenze sono che il fondo pensione matura solo al superamento di certe soglie di età mentre il tfr matura a fine rapporto. Per essere chiari: al momento della pensione prenderò il tfr + la pensione mensile normale, se scelgo il tfr; se invece scelgo il fondo pensione prenderò la pensione normale + una somma (che deriva dagli accantonamenti annuali, ma posso "arricchirla" con versamenti volontari), che a mia scelta, mi sarà versata tutta in una volta o a poco a poco, mensilmente come una specie di pensione integrativa.

Con un dlgs del 2006 del governo Prodi si impose alle aziende con + di 50 dipendenti che fino ad allora detenevano le quote di tfr maturate dai lavoratori, di versarle in un apposito fondo istituito presso l'INPS: le misure adottate con il provvedimento Prodi, hanno privato le aziende di ingenti masse monetarie che come visto sono state dirottate sia verso l'INPS, sia verso i fondi pensione, azzerando quello che di fatto era una specie di autofinanziamento.

CAP 9 TUTELA DELLA PERSONA (pagg 505-518)

I numerosi fattori di rischio presenti sul posto di lavoro, rendono possibili malattie e infortuni a danno del lavoratore; l'esigenza primaria quindi è quella di prevenire tali eventi.

L'art 2087 stabilisce che il datore di lavoro è tenuto ad adottare tutte le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore.

La legge dunque stabilisce un obbligo da parte del datore e, corrispondentemente, un diritto soggettivo da parte del lavoratore: l'obbligo si realizza concretamente con l'adozione di opportune misure dettate dal tipo di lavoro, dall'esperienza accumulata in quel settore e dalla tecnica + recente: ciò vuol dire che il datore è tenuto all'aggiornamento continuo delle misure seguendo la continua evoluzione della tecnica.

Una normativa così congegnata non è sufficiente: occorre una struttura organizzativa ben precisa che gestisse in maniera professionale il sistema di prevenzione; e a questo si arrivò con il dlgs 626 del 1994 i cui principali contenuti sono:

- 1) conferma dell'obbligo di sicurezza come da legge 2087, arricchito da una serie di norme generali
- 2) creazione all'interno dell'azienda di un servizio di prevenzione e protezione dei rischi, con a capo un responsabile
- 3) obbligo per il datore di predisporre un documento di valutazione dei rischi e delle misure di sicurezza adottate, documento consultabile dagli organi ispettivi delle ASL e Direzioni provinciali
- 4) istituzione della figura del medico competente con il compito di sovrintendere alla situazione medica
- 5) istituzione del rappresentante sindacale per la sicurezza, punto di riferimento per il lavoratore
- 6) obbligo di informazione e di formazione del lavoratore
- 7) obbligo del lavoratore di prendersi cura della propria salute e sicurezza, obbligo la cui violazione comporta sanzioni disciplinari (es non mettere il casco di protezione).

Le numerose norme susseguitesi nel tempo, sono state raccolte in un unico testo organico, che è il cd Testo unico sulla sicurezza, dlgs 81/2008.

Esso comprende 306 articoli, (ma molte disposizioni ricalcano quelle della legge 626 che è stata abrogata) e i suoi punti + caratterizzanti sono:

- 1) l'estensione della normativa di protezione anche a quei lavoratori autonomi o collaboratori che abbiano rapporto con l'azienda
- 2) l'estensione dell'obbligo di valutazione alle aziende che lavorano in appalto e subappalto
- 3) l'obbligo di manutenzione
- 4) informazione tempestiva dei lavoratori in caso di pericolo imminente
- 5) formazione di un gruppo di emergenza incendi, salvataggio, pronto soccorso
- 6) miglioramento della collaborazione tra imprese, asl, lavoratori, sindacati, regioni
- 7) irrigidimento delle sanzioni penali (arresto da 4 a 8 mesi e ammenda in caso di omessa redazione del documento di valutazione rischi e omessa nomina del responsabile della sicurezza)
- 8) sospensione dell'attività dell'impresa e interdizione della partecipazione ad appalti pubblici in caso di presenza di oltre il 20% di lavoratori in nero o di violazione dei riposi.

Se, nonostante tutte le precauzioni, dovesse verificarsi l'evento lesivo a carico del lavoratore, per negligenza del datore, questi incorre in responsabilità 1) extracontrattuale per lesione del diritto alla salute e 2) contrattuale giacché l'obbligo della sicurezza è previsto nel contratto e sono cazzi amari per il datore di lavoro in quanto mentre il lavoratore si deve limitare a dimostrare il danno, il datore deve dimostrare di aver ottemperato a tutti gli obblighi di sicurezza: la situazione diventa delicata

quando il danno è imputabile ad errore umano di un collaboratore del datore che cmq è responsabile della sua condotta (culpa in vigilando, non ha vigilato abbastanza; culpa in eligendo, ha scelto un collaboratore non all'altezza).

A prescindere dalla colpa o meno del datore, al lavoratore spetta anche un'indennità per inabilità temporanea (erogata dall'INAIL) per compensare la retribuzione perduta durante il periodo in cui non può lavorare e, nel caso in cui si sia prodotta una inabilità permanente al lavoro, una rendita non sottoposta a limiti di tempo; inoltre l'inail copre anche il danno biologico superiore a un livello minimo (8% di invalidità)

Se viene dimostrata la responsabilità del datore di lavoro:

--al lavoratore spetta il risarcimento del danno biologico conseguenza diretta dell'infortunio (con riduzione se c'è stata anche una certa colpa del lavoratore).

--da parte sua il datore di lavoro, oltre ai risvolti penali, può subire la richiesta dell'INAIL di rimborso delle spese sostenute e del lavoratore per i danni biologici non coperti dall'INAIL.

IL MOBBING

Il termine deriva dall'inglese to mob e sta a indicare in etologia il comportamento di certi branchi di animali che emarginano un componente, mettendolo in una situazione di disagio e sofferenza.

Viene in qualche modo collegato all'art 2087 che parla di tutela della personalità morale del lavoratore: la definizione che si può ricavare dalla giurisprudenza è quella per cui si ha mobbing quando sono poste in essere a danno di un lavoratore con sistematicità o con reiterazione per un certo periodo di tempo (orientativamente superiore a 6 mesi), atti vessatori e persecutori tali da far ritenere una vera e propria strategia di emarginazione; un concetto un po' troppo generico che può dare adito a equivoci sia perchè non è facile distinguere tra mobbing e situazioni di malessere personali che si attribuiscono erroneamente a fattori esterni quali appunto l'ambiente di lavoro sia perchè gli atti considerati di mobbing, a parte alcuni come demansionamenti o trasferimenti ingiustificati (che di per sé sono illegittimi), spesso sono atti di per sé neutri (come ritirare il telefonino aziendale) o addirittura leciti (richiedere continue visite fiscali) e dimostrare lo scopo persecutorio non è semplice. Cmq in caso di mobbing accertato, il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per lesione di un diritto (la dignità umana) costituzionalmente protetto, per responsabilità contrattuale (art 2087) diretta nel caso di mobbing verticale (esercitato da un superiore), indiretta per mancata vigilanza (se esercitato da colleghi, mobbing orizzontale)

LE MOLESTIE SESSUALI SUL LAVORO.

Considerate dapprima nell'ambito della legge 2087, sono successivamente confluite nel codice delle pari opportunità (dlgs 198 del 2006) che così le definisce: sono considerate discriminazioni le molestie sessuali ovvero quei comportamenti INDESIDERATI a connotazione sessuale, espressi in forma fisica, verbale o non verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità del lavoratore e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante e offensivo;

vale la pena sottolineare 2 cose:

1)il termine indesiderato del tutto soggettivo (mentre ad es negli USA si usa un criterio oggettivo cioè il superamento di un normale livello di tollerabilità)

2)la sistemazione giuridica tra i comportamenti discriminativi che ha come conseguenza di caricare sul molestatore l'onere della prova

La stessa legge stabilisce inoltre che gli atti e provvedimenti concernenti il rapporto di lavoro dei molestati, sono nulli se adottati in conseguenza del rifiuto o della sottomissione ai comportamenti medesimi.

La vittima può richiedere al giudice il risarcimento del danno non patrimoniale.

Il datore di lavoro può essere chiamato, come nel mobbing, a rispondere indirettamente delle molestie subite dalla vittima ad opera dei colleghi per mancata vigilanza sui sottoposti.

La Costituzione italiana garantisce con l'art 3 l'uguaglianza dei cittadini.

Questo concetto generale, trasferito nel campo del lavoro, a lungo è stato interpretato nel senso retributivo, affidando per così dire al diritto del lavoro il compito della redistribuzione dei redditi. Se si prendesse alla lettera il dettato dell'art 3, un giudice potrebbe affermare che non sia giusto che un manovale venga retribuito in misura inferiore a quello specializzato: in tal modo verrebbe messo in discussione tutto il sistema classificatorio dei contratti collettivi.

E' per questi motivi che si preferisce parlare, anziché di eguaglianza, di non discriminazione; e poiché i trattamenti nel mondo del lavoro sono differenziati e quindi sarebbero "discriminatori", occorre precisare subito, che quando si parla di discriminazione si intende la discriminazione illecita cioè quella che si basa su "elementi" particolari, connessi allo stato della persona, alla sua dignità e alla sua libertà, tutti beni costituzionalmente tutelati.

LA DISCRIMINAZIONE DI GENERE

La + nota e importante delle discriminazioni illecite è quella per sesso o genere:

l'art 37 della Costituzione stabilisce che la donna lavoratrice ha gli stessi diritti e le stesse retribuzioni che spettano ai lavoratori (stesso principio sancito nel trattato di Roma); ma la legge fondamentale in materia è la 903 del 1977, sulla parità tra uomo e donna, assorbita dal dlgs 198 del 2006 (Codice delle pari opportunità), che prevede una serie di divieti che riguardano i vari momenti del rapporto di lavoro: art 27 divieto di discriminazione al momento dell'assunzione (eccetto per il settore moda e spettacolo e per i lavori particolarmente gravosi); art 28 e 29 la classificazione professionale deve usare criteri comuni tra uomo e donna come pure la progressione in carriera. Il problema fondamentale che affligge la normativa è la difficoltà di provare la discriminazione, il cui onere è a carico di chi afferma di averla subita e la prova si basa di solito su elementi indiziari, difficili da provare; forse è per questo che è stato introdotto il concetto di "discriminazione indiretta" che si riferisce a quei comportamenti o atti apparentemente neutri che mettono i lavoratori di un determinato sesso in posizione di svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso; in sostanza si ha discriminazione indiretta quando l'imprenditore adotta atti o politiche che, pur non essendo dirette contro una specifica lavoratrice, hanno di fatto un impatto negativo sull'uno o sull'altro sesso, statisticamente rilevabile; a questo punto l'onere della prova si rovescia sul datore di lavoro. Come si vede, si tratta di un concetto piuttosto generale, ma proprio perchè generale, mette in mano al giudice più elementi su cui fondare la propria decisione e gli permette di organizzare un piano di rimozione dei fattori discriminanti (novità assoluta in campo processuale).

LE ALTRE DISCRIMINAZIONI.

Una normativa analoga a quella prevista per le discriminazioni in materia di sesso, si applica anche ad altre situazioni, divenute col tempo sempre + numerose: razza, etnia, lingua, religione, cittadinanza, convinzioni personali, handicap, età, orientamento sessuale e tipo di lavoro.

LE AZIONI POSITIVE

A margine del concetto di eguaglianza, occorre rilevare il concetto di "diritto diseguale": ci sono gruppi o categorie caratterizzate da una disuguaglianza di partenza per le quali occorre disporre condizioni di privilegio che compensino la iniziale posizione di debolezza: in altre parole si tratta di avere un trattamento disuguale per essere uguali; es di queste categorie sono i disabili e le lavoratrici.

Riguardo queste ultime, la legge 125 del 1991 per compensare il loro tradizionale svantaggio occupazionale, cercò di promuovere le cd azioni positive, finalizzate a promuovere l'inserimento delle donne sul mercato del lavoro rimuovendo gli ostacoli che di fatto lo impediscono; queste azioni positive potrebbero essere ad es, sull'esempio delle assunzioni obbligatorie dei disabili, riservare delle quote alle donne nei concorsi o nell'organico di un'azienda (ma a questo proposito rileviamo come ci siano state delle sentenze della Corte di giustizia europea a favore di lavoratori esclusi da concorsi perchè a parità di punteggio veniva preferita una concorrente donna, una discriminazione al rovescio); le azioni positive però non sono obbligatorie (salvo che nel settore

pubblico) ma solo facoltative per cui si è pensato a una serie di incentivi a favore delle aziende che le applichino: tali azioni cmq non hanno avuto molto successo, pur essendo stata istituita la figura della Consigliera di parità incaricata di promuoverle su tutto il territorio.

CAP 11 SOSPENSIONI DELLA PRESTAZIONE DI LAVORO (pagg 533-558)

Chiariamo in via preliminare alcuni punti:

1) la terminologia spesso usata di “sospensione del rapporto di lavoro” non è esatta, in quanto il rapporto di lavoro continua ad avere effetti giuridici di rilievo come quelli economici e previdenziali, per cui è preferibile parlare di sospensione “della prestazione”

2) formalmente siamo di fronte a un inadempimento contrattuale: siamo di fronte cioè a un lavoratore che non effettua la prestazione dovuta perchè si trova nell'impossibilità di farlo per motivi indipendenti dalla sua volontà ad es malattie o infortuni (e fin qui va bene) ma anche per scelte (maternità) o interessi personali (studio): e siccome si tratta di situazioni costituzionalmente garantite, esse si impongono (o, se vogliamo, sono tollerate) sul contratto e il datore di lavoro deve mettere da parte le sue esigenze anzi gli viene attribuita la responsabilità finanziaria (qualcuno dice onere assicurativo) cioè non solo non riceve la prestazione ma deve pure pagare

3) la tendenza attuale della giurisprudenza è quella di porre l'accento non tanto sull'imposizione, sull'obbligo del datore, quanto sul diritto del lavoratore alla libera scelta e al libero utilizzo del suo tempo; facciamo un esempio: una volta una lavoratrice che voleva diventare madre era quasi costretta a scegliere tra lavoro o maternità: oggi si cerca invece di rendere libera questa scelta, ad es fornendo alla lavoratrice madre una serie di facilitazioni quali la possibilità del padre di assentarsi dal lavoro per accudire il neonato ecc.

MALATTIA E INFORTUNIO

La costituzione art 32 tutela la salute come diritto fondamentale del cittadino.

La tutela della salute del lavoratore è affidata all'art 2110 che però non definisce il concetto di malattia: la malattia dal punto di vista clinico è qualsiasi alterazione dello stato di salute, ma per la giurisprudenza è quello stato patologico tale da determinare una condizione di incapacità al lavoro: il lavoratore non è in grado di svolgere le sue mansioni senza disagio o sofferenza fisica.

In tali situazioni non ci sono molti motivi di contestazione: gli unici casi di contestazione sono quelli in cui il lavoratore viene sorpreso a svolgere attività incompatibili con il suo stato di malattia: qualora ciò si verificasse si avrebbe una assenza ingiustificata con applicazione delle relative sanzioni disciplinari che possono giungere fino al licenziamento per giusta causa se il comportamento del lavoratore è contrassegnato da particolare slealtà.

Riguardo la procedura, il lavoratore è tenuto a comunicare (anche via telefono) l'assenza per malattia, facendo seguire entro un certo termine (di solito 3 gg) un certificato rilasciato dal proprio medico di fiducia; in caso di omessa o ritardata comunicazione o invio di certificato, l'assenza verrà considerata ingiustificata: per i lavoratori del settore pubblico la legge 133 del 2008 prevede che in caso di assenza per malattia superiore ai 10 gg e, in ogni caso, dopo il secondo evento nell'anno solare, occorre una certificazione rilasciata da un'autorità sanitaria pubblica.

Il datore da parte sua può accettare la certificazione oppure può chiedere la cd visita fiscale fatta tramite medici pubblici delle USL o dell'INPS, che la effettueranno nelle fasce orarie previste e cioè 10-12 e 17-19 per il settore privato e 8-13 14-19 per il settore pubblico (nel quale la visita fiscale è obbligatoria anche per assenze di 1 solo giorno), COMPRESI I FESTIVI.

Se il lavoratore non viene trovato in casa senza giustificato motivo può ricevere una sanzione disciplinare e una decurtazione del trattamento economico di malattia erogato dall'INPS o dal datore pari al 100% per i primi 10 gg e, in presenza di recidiva, del 50% per i gg successivi.

Il medico fiscale può accettare, modificare o rigettare la diagnosi del medico di fiducia, ma la sua valutazione può essere contestata in giudizio tramite l'ausilio di un consulente tecnico.

In caso di assenza perfettamente giustificata si ha la conservazione del posto ma l'art 2110 dà al datore di lavoro il diritto di recedere dal contratto, cioè licenziare, se viene superato un limite temporale stabilito dalla legge (solo in caso di tubercolosi), dai contratti collettivi o dagli usi o dall'equità: questo periodo è chiamato periodo di COMPORTO che può essere SECCO o PER SOMMATORIA: in base al primo il lavoratore può assentarsi per 6 o 9 mesi consecutivi: questo significa che mi assento per 5 mesi e 29 gg, torno al lavoro per qualche giorno e poi mi assento di nuovo: per evitare ciò è previsto il comportamento per sommatoria per il quale i 6 mesi permessi sono complessivi cioè non ci si può assentare per + di 6 mesi, o consecutivi, o in totale nello spazio di tre anni. Superati tali limiti, il lavoratore può essere licenziato per superamento del comportamento.

Se il comportamento per sommatoria non è previsto nel contratto collettivo, esso deve essere determinato dal giudice sulla base dell'equità e sulla base del periodo di comportamento secco.

Può anche succedere che durante il periodo di comportamento il lavoratore venga licenziato per altri motivi: in tal caso il licenziamento è temporaneamente inefficace fino al perdurare della malattia e, di conseguenza il lavoratore continuerà a percepire la retribuzione; a meno che il licenziamento non sia per giusta causa e in tal caso avrà effetto immediato.

Per quel che riguarda l'aspetto retributivo, il lavoratore malato ha diritto alla retribuzione prevista dai contratti collettivi, che può anche essere inferiore a quella normale ma di solito questa differenza viene colmata dall'assicurazione obbligatoria contro le malattie comuni erogata dall'INPS (o dall'INAIL nel caso di malattia o infortunio lavorativi).

Nel settore pubblico, in caso di malattia o infortunio non lavorativi, per i primi 10 gg spettano al lavoratore il trattamento base, senza le indennità accessorie

MATERNITA' E PATERNITA'

E' la seconda importante situazione sospensiva: la Costituzione tutela la maternità (specie con l'art 37) ma in rapporto alla essenziale funzione familiare della donna, non per promuovere il lavoro femminile: per trovare un orientamento in tal senso, bisogna arrivare al 1977 con la legge 903 che estendeva alcuni istituti anche al padre lavoratore con lo scopo non solo di promuovere il lavoro femminile ma anche di assicurare al bambino adeguate cure e assistenza.

Queste tendenze si riscontrano nel testo unico in materia, il dlgs 151 del 2001, che prevede 4 istituti

1) CONGEDO DI MATERNITA': obbligatorio da 2 mesi prima del parto (anticipabili a 3 in caso di lavori gravosi o anche di + in caso di complicanze nella gestazione) fino a 3 mesi dopo il parto: se le condizioni della gestante (e il lavoro da esse effettuato) lo permettono, la gestante può scegliere di lavorare fino a 1 mese dal parto, conservando il mese rimasto per il dopo parto.

Al lavoratore spetta l'80% della retribuzione, erogata dall'INPS

2) CONGEDO PARENTALE: spetta, dopo il parto, ad entrambi i genitori: nei primi 8 anni di vita del bambino, ciascun genitore ha una quota individuale di 6 mesi che devono gestire fra loro fino a un massimo complessivo di 10 mesi (validi anche quando si tratti dell'unico genitore rimasto); c'è anche un bonus di 1 mese in + per il padre che ha fruito di almeno 3 mesi di congedo; cmq c'è da dire che il congedo parentale ha un costo (30% della retribuzione normale) per cui in una coppia si preferisce che a prendere il congedo sia chi prende meno, di solito la donna.

3) RIPOSI GIORNALIERI: la madre ha diritto a riposi giornalieri per un massimo di 2 ore, durante il primo anno di vita del bambino, pagati a retribuzione piena e usufruibili anche dal padre

4) CONGEDO PER MALATTIA DEL FIGLIO. Dietro presentazione di certificato medico di uno specialista pubblico, i genitori hanno diritto di astenersi alternativamente dal lavoro per tutte le malattie del figlio fino a 3 anni; fra 3 e 8 anni questi congedi spettano per 5 giorni lavorativi l'anno; non sono retribuiti.

L'art 54 stabilisce l'assoluto divieto di licenziamento delle lavoratrici madri dall'inizio della gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino: la sua violazione determina la nullità

del licenziamento con diritto alle retribuzioni arretrate; esistono pochissime eccezioni a questa regola: colpa grave della lavoratrice, cessazione di attività dell'azienda, scadenza naturale del contratto. Inoltre durante il periodo di divieto di licenziamento, la lavoratrice non può essere messa in mobilità, o in cassa integrazione e nel caso presenti le dimissioni, queste devono essere convalidate dalla Direzione provinciale del lavoro.

Il divieto di licenziamento non si applica al padre tranne che la madre sia deceduta o gravemente malata.

SERVIZIO MILITARE Il dovere della difesa nazionale sancito dall'art 52 della costituzione ,non deve pregiudicare la posizione lavorativa del cittadino; la legge dunque garantisce la conservazione del posto al cittadino in servizio militare: a seguito della sospensione del servizio di leva, l'unica ipotesi attuale di “servizio militare” è quella del richiamo alle armi per mobilitazione, istruzione controllo o altro: il lavoratore richiamato alle armi ha diritto alla conservazione del posto per tutta la durata del rapporto di lavoro (cioè a non essere licenziato salvo cessazione dell'attività dell'azienda o la commissione di atti costituenti giusta causa di recesso): in caso contrario il licenziamento è nullo(c'è anche l'inefficacia temporanea come in malattia).

La retribuzione è intera per i primi 2 mesi poi è integrativa con il trattamento erogato dall'amministrazione militare

FUNZIONI PUBBLICHE ELETTIVE

L'art 51 della Costituzione afferma che chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto a disporre del tempo necessario al loro adempimento e a conservare il posto di lavoro.

Le funzioni pubbliche elettive in oggetto sono elencate dall'art 31 Stat.Lav. e integrate dal T.U. del 2000 n 267 e spaziano dai parlamentari fino alle amministrazioni locali: per questi lavoratori è previsto il diritto all'aspettativa con conservazione del posto di lavoro e dell'anzianità.

Per quel che riguarda i permessi, i soggetti elencati nel T.U.sopradetto, hanno diritto di assentarsi per l'intera giornata in cui sono convocati i consigli, con diritto a conservare la retribuzione e con l'unico onere di preavvisare il datore sui giorni necessari all'espletamento dell'attività.

PERMESSI PER MOTIVI PERSONALI

----Per MOTIVI DI STUDIO

L'art 10 dello Stat.Lav. Attribuisce ai lavoratori diritti soggettivi autonomi dalle esigenze del datore. Tra questi diritti c'è quello allo studio: presupposto è l'iscrizione ad una scuola legalmente riconosciuta: i benefici sono vari:

--diritto di essere assegnati a turni che agevolino la frequenza scolastica

--possibilità di rifiutare lavoro straordinario e festivo

--diritto a permessi in occasione di prove d'esame

C'è anche il noto istituto delle 150 ore, monte di ore triennale di permessi retribuiti, utilizzabili per frequentare corsi speciali presso istituti diversi da quelli stabiliti dall'art 10 Stat.Lav

----CONGEDI FORMATIVI

La legge 53/2000 garantisce al lavoratore con almeno 5 anni di anzianità presso la stessa azienda, di poter usufruire di un periodo di congedo non superiore agli 11 mesi, continuativo o no, da sfruttare durante tutto l'arco dell'intera vita lavorativa per soddisfare esigenze formative di vario genere e specificate dall'art 5: completamento scuola dell'obbligo, conseguimento del titolo di studio di 2° grado , diploma di laurea o altre scelte personali ; ma in questo caso il datore di lavoro, motivando la sua decisione, può rifiutare la richiesta di congedo o differirla: il lavoratore ha diritto alla conservazione del posto ma non alla retribuzione né all'anzianità.

Si noti come in questi casi si tratta di formazione personale, indipendente dalla professione.

Qualora si tratti di formazione che riguardi la professionalità del lavoratore, esiste un'altra tipologia di congedo, il congedo per la formazione continua che ha lo scopo di accrescere competenze e conoscenze professionali nell'ambito della cd formazione continua del lavoratore. La disciplina dell'istituto è lasciata totalmente ai contratti collettivi di categoria.

----Permessi e congedi per MOTIVI DI CURA

Sono regolati dalla legge 53/2000 e comprendono vari istituti

--permesso retribuito di 3 gg lavorativi all'anno per decesso o grave infermità del coniuge o di parenti fino al 2° grado:

--periodo di congedo non superiore a 2 anni per gravi e documentati motivi familiari e di solito si tratta di situazioni che comportano un particolare impegno del lavoratore nella cura e assistenza di familiari affetti da gravi patologie: non sembra sia un diritto potestativo.

Il lavoratore conserva il posto, non ha diritto alla retribuzione né all'anzianità.

CAP 12 CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO (pagg 559-570)

Il contratto di lavoro a termine, nato decenni fa, è cresciuto di importanza a partire dagli anni '90 in seguito all'esigenza di flessibilità richiesta dal mercato alle aziende: l'impresa doveva essere in grado di rispondere prontamente ad una richiesta di mercato e quindi doveva disporre di manodopera al momento giusto e per il periodo necessario: si pensi ad es ai lavori stagionali legati al turismo o alle industrie cantieristiche che lavorano su commesse; questa necessità di poter modulare l'organico secondo i bisogni, poteva essere soddisfatta con contratti di lavoro a durata limitata: questo tipo di contratti è stato sempre guardato con diffidenza dalla legge e dalle organizzazioni sindacali per il fatto di mettere sostanzialmente il lavoratore in una situazione di precarietà e, d'altra parte, le aziende devono in qualche modo poter contare su uno zoccolo duro di operai che abbia sviluppato il senso di appartenenza all'azienda.

La prima legge in materia fu la 230/1962 oggi abrogata, che, partendo dal concetto che il lavoro a termine dovesse essere un'eccezione più che la regola, stabiliva tassativamente quali dovessero essere le causali: a parte i lavori stagionali veri e propri, venivano presi in considerazione i casi di sostituzione di lavoratori aventi diritto alla conservazione del posto (lavoratrici in maternità) e i lavori straordinari per sopperire a esigenze di aumentata produzione; nel 1987 la legge 56 permetteva ai contratti collettivi di stabilire nuove ipotesi di contratti a termine, ma in buona sostanza, il sistema era sempre quello di considerare il lavoro a termine come un'eccezione.

Fu sotto la spinta della Comunità Europea che l'Italia dovette finalmente discutere sulla questione e fu una discussione molto travagliata: il primo intervento fu operato con il dlgs 368/2001 (che abrogò la 230/1962) poi modificato dalla legge 247/2007 a sua volta ritoccata dalla 133/2008: sono queste 3 le leggi su cui si basa la normativa attuale, fondata sui segg punti:

---Si ribadisce che il contratto a termine non è la regola e resta legato a determinate giustificazioni

---Queste giustificazioni però si sono ampliate, lasciando una certa libertà di crearne delle nuove “a fronte di ragioni di carattere tecnico, organizzativo, produttivo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività” (vedi contratti di somministrazione sez3 cap 5)

---La legge si riappropria del potere di stabilire le causali del contratto (togliendo questo potere ai contratti collettivi, vedi legge 56/1987, che possono decidere solo sul numero di contratti possibili rispetto all'organico)

---Requisito essenziale ad substantiam è la forma scritta con apposizione del termine e delle ragioni (salvo lavori occasionali cioè non superiori ai 12 gg)

---La violazione delle prescrizioni di forma e di sostanza rendono inefficace l'apposizione del termine: in altre parole è come se non ci fosse il termine e il contratto si “converte” a tempo indeterminato (ma secondo alcuni il contratto è totalmente nullo senza conversione)

---Ci sono alcuni divieti: divieto di sostituzione di lavoratori in sciopero, o di lavoratori licenziati o in caso di ricorso alla cassa integrazione ecc.

PROROGA RINNOVO SUCCESSIONE

PROROGA: è il differimento del termine finale del contratto.

--è valida se il contratto a termine è inferiore a 3 anni, se c'è il consenso del lavoratore, e se c'è una ragione; si può fare solo 1 volta

RINNOVO: è la stipulazione di un nuovo contratto: deve essere fatto a una distanza minima dalla cessazione del primo contratto (10 gg se il primo era inferiore a 6 mesi, 20 se superiore); in caso di mancato rispetto di questo termine, il secondo contratto verrà considerato a tempo indeterminato. Se le due assunzioni invece sono state fatte in successione una dopo l'altra senza soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato sin dalla stipula del primo contratto.

La somma del primo contratto + la proroga o il rinnovo, non può in ogni caso superare i 3 anni, pena la conversione in rapporto a tempo indeterminato; tuttavia questo limite è derogabile tramite accordi dei contratti collettivi oppure tramite contratto stipulato presso la Direzione provinciale del Lavoro e con assistenza di un rappresentante sindacale (vale 1 sola volta).

Infine nell'ipotesi in cui il lavoratore a termine, di fatto continui a lavorare oltre il termine fissato, ha diritto a una maggiorazione retributiva del 20% al giorno per i primi 10 gg e del 40% per i successivi; ma se tale prolungamento supera i 20gg (per contratti inferiori ai 6 mesi) o i 30 (per contratti superiori a sei mesi) ha diritto alla conversione.

DIRITTI DEL LAVORATORE A TERMINE

Il lavoratore a termine ha diritto ad ogni trattamento previsto per i lavoratori a tempo indeterminato; inoltre, se ha prestato l'attività lavorativa nella stessa azienda per + di 6 mesi ha diritto di prelazione sulle eventuali assunzioni a tempo indeterminato effettuate entro i successivi 12 mesi; stesso diritto di prelazione hanno i lavoratori stagionali su future assunzioni a termine.

RECESSO

Con l'eccezione della giusta causa, il recesso prima del tempo, del datore determina il diritto del lavoratore di pretendere le retribuzioni che avrebbe percepito fino al termine del contratto; in caso sia il lavoratore a recedere (dimissioni) il datore ha diritto a chiedere il risarcimento danni.

La disciplina del recesso NON si applica al dirigente che ad es può recedere dal contratto una volta trascorsi 3 anni.

Per favorire il primo accesso al lavoro di soggetti che non hanno mai lavorato, la legge predispone strumenti particolari miranti da un lato a facilitare l'inserimento del giovane con incentivi al datore di lavoro e dall'altro a impartire al giovane una formazione professionale.

In questi contratti quindi, la causa del rapporto consiste sempre nello scambio prestazione-retribuzione ma viene arricchita di un ulteriore obbligo da parte del datore e cioè dell'obbligo di formazione: perciò si parla di contratti a contenuto formativo: tali contratti sono l'apprendistato e dal 1984 il contratto di formazione e lavoro.

Tuttavia questi contratti (che tra l'altro prevedevano sgravi contributivi che potevano arrivare al 100% nel Mezzogiorno e per le imprese artigiane) davano luogo ad abusi di vario genere, per cui, sotto la spinta delle censure della Comunità Europea, si è giunti a riformare questi istituti con il dlgs 276/2003 che ha rivitalizzato l'apprendistato, rimasto l'unico contratto formativo (è stato abolito il contratto di formazione e lavoro) e ha istituito il contratto di inserimento riservato non solo ai giovani tra 18 e 29 anni ma anche ai "lavoratori svantaggiati" tra cui gli anziani.

NOTA: altra cosa è il tirocinio formativo o stage che non è un contratto ma prevede solo la fruizione dell'opportunità di un'esperienza professionale (ma l'impresa che utilizza il tirocinante è tenuta ad assicurarlo contro infortuni e malattie professionali).

CONTRATTI DI APPRENDISTATO

E' il + vecchio strumento di avviamento al lavoro per i giovani: è stato riformato con il dlgs 276 modificato dalla 133 del 2008.

I punti caratterizzanti sono:

- 1)La soppressione della necessità di una previa autorizzazione amministrativa
- 2)Coinvolgimento delle Regioni nell'attività formativa e in generale nella gestione dell'istituto
- 3)Suddivisione in 3 tipologie:

---1)Apprendistato per l'espletamento del diritto dovere di istruzione e formazione:

è riservato ai giovani con + di 16 anni e fino a 25 che non abbiano completato l'istruzione obbligatoria: il contratto consente al giovane di completare la sua istruzione pur continuando a lavorare: la sua durata non può superare i 3 anni;

---2)Apprendistato professionalizzante:

per soggetti da 18 a 29 anni, è rivolto a conseguire una qualificazione professionale attraverso una formazione sul lavoro: durata non superiore a 6 anni

---3)Apprendistato per l'acquisizione di un diploma o per percorsi di alta formazione per soggetti da 18 a 29 anni, durata da determinarsi da parte della contrattazione collettiva

A parte il 3° tipo, tutto da scoprire, le regole fondamentali dei primi due tipi sono:

--forma scritta ad substantiam, con indicazione della prestazione in oggetto e del piano formativo
--possibilità di inquadrare il soggetto due livelli sotto quello spettante in base al contratto collettivo
--monte minimo di 120 ore annue di formazione, che può essere effettuata all'esterno (a cura delle Regioni) o all'interno dell'azienda (purchè ne abbia i requisiti) e in questo caso i requisiti e le modalità di formazione sono affidati ai contratti collettivi.

--elaborazione di un piano formativo individuale con assistenza di un tutor

--sgravi contributivi per il datore (mantenuti per un anno in caso di conferma del lavoratore) e inoltre la possibilità di non computare questi lavoratori nell'organico aziendale.

Viene ribadito che il contratto di apprendistato NON è un contratto a tempo determinato ma INDETERMINATO con limiti minimi e massimi di durata e ciò ha conseguenze importanti in quanto il recesso (vietato in contratti a tempo determinato tranne che per giusta causa) segue le regole del contratto a tempo indeterminato, cioè è possibile in presenza di giustificato motivo e inoltre il recesso è libero al termine del rapporto e il datore ha facoltà di non confermare il lavoratore.

Se gli obblighi di formazione non sono rispettati da parte del datore, questi può essere chiamato in causa dall'INPS per il recupero dei benefici contributivi di cui ha indebitamente goduto.

CONTRATTO DI INSERIMENTO

Ha preso il posto del vecchio contratto di formazione e lavoro con 2 nuovi aspetti:

1) dal punto di vista funzionale manca il contenuto formativo e quindi l'obbligo di formazione da parte del datore (ma in pratica occorre sempre un minimo di formazione necessaria all'inserimento)

2) dal punto di vista soggettivo l'istituto concerne i "lavoratori svantaggiati", non solo i giovani; infatti l'art 54 della legge Biagi dice che si tratta di "un contratto di lavoro volto a realizzare, mediante un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore al nuovo contesto lavorativo, l'inserimento o il reinserimento sul lavoro delle segg. categorie:

---soggetti tra 18 e 29 anni

---disoccupati di lunga durata tra 29 e 32 anni

---lavoratori oltre i 50 privi di lavoro

---lavoratori che non abbiano lavorato da almeno 2 anni e vogliono riprendere a lavorare

---donne di qualsiasi età residenti in aree geografiche con occupazione femminile inferiore di almeno il 20% a quella maschile o con disoccupazione femminile superiore di almeno il 10% di quella maschile

---persone affette da gravi handicap fisici, mentali o psichici non aventi diritto all'assunzione obbligatoria.

Per poter assumere lavoratori con contratto di inserimento, occorre:

1) che il datore di lavoro nei precedenti 18 mesi abbia mantenuto in servizio almeno il 60% dei lavoratori assunti con contratto di inserimento (cioè che non abbia licenziato + del 40% dei lavoratori assunti con contratto di inserimento): le percentuali massime sono decise dai contratti collettivi.

2) forma scritta, pena la nullità e la conversione in contratto a tempo indeterminato

3) elaborazione del piano individuale di inserimento per adattare le competenze lavorative al nuovo lavoro.

Gli incentivi sono:

1) possibilità di sottoinquinare sino a 2 livelli il lavoratore (come nell'apprendistato) ma sono escluse le lavoratrici.

2) non computabilità nell'organico

3) sconti contributivi che spettano solo nel caso di conferma a tempo indeterminato: sono esclusi da questi sconti i soggetti tra 18 e 29 anni e le donne che NON risiedono in aree disagiate.

In caso di inadempienza del datore questi è tenuto a versare la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta in relazione al livello di inquadramento che sarebbe spettato altrimenti al lavoratore, maggiorata del 100%. Non è prevista invece la possibilità di chiedere la conversione.

A differenza del contratto di apprendistato, il contratto di inserimento è considerato un contratto a termine con durata da 9 mesi a 18 senza possibilità di rinnovo ma solo di proroga (sempre entro il tetto massimo).

CAP 14 ESTINZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO (pagg 581-605)

IMPORTANTE : VEDI APPENDICE PAG. 40

La disciplina che regola l'estinzione del rapporto di lavoro, ha avuto nel tempo un'evoluzione che l'ha portata via via ad allontanarsi dal regime del codice civile: questo, nell'art 2118, si basa sul principio della simmetrica libertà di recesso dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, mettendo quindi sullo stesso piano il datore di lavoro e il lavoratore.

Le esigenze di tutela del contraente debole tuttavia hanno determinato una separazione tra la disciplina che regola il recesso del lavoratore (le dimissioni), che fondamentalmente rimane legata al codice civile, e quella che regola il recesso del datore di lavoro (i licenziamenti).

DIMISSIONI DEL LAVORATORE

Sono tuttora regolate dall'art 2118 cc (e vale o varrebbe anche per il datore per il principio della simmetrica libertà) secondo il quale ciascuna delle parti ha il diritto potestativo di recedere liberamente o, come si dice ad nutum cioè a cenno, da un contratto di lavoro a tempo indeterminato. Unico obbligo per le parti è quello di un congruo PREAVVISO la cui durata è rimessa ai contratti collettivi. Se il preavviso non viene rispettato dal datore di lavoro, egli dovrà al lavoratore la retribuzione che gli sarebbe spettata nel periodo di preavviso, la cd indennità sostitutiva del preavviso; se non viene rispettato dal lavoratore che si dimette, il datore tratterà l'indennità dal trattamento di fine rapporto.

Unica eccezione all'obbligo di preavviso si ha nel caso in cui il datore (o il lavoratore) abbia compiuto gravi inadempimenti nei confronti del lavoratore (es molestie o mancato pagamento): in tal caso al lavoratore è permesso il recesso immediato senza preavviso, e in più avrà diritto alla indennità sostitutiva del preavviso, art 2119, (la cd giusta causa)

Poiché si tratta di un diritto disponibile, il datore può rinunciare al preavviso e anche il lavoratore può farlo: ad es può firmare un contratto vincolandosi a non dimettersi per un certo periodo di tempo.

Particolare attenzione viene posta dalla legge affinché le dimissioni del lavoratore siano frutto di libera scelta: quindi, sebbene in generale non sia possibile revocarle, il lavoratore può far valere l'esistenza di vizi del consenso: ad es se c'è stata pressione o violenza da parte del datore (che lo ha messo di fronte all'alternativa di dimettersi o essere denunciato per furto): in questi casi il giudice si basa di solito sulla valutazione dei presupposti legittimi per licenziare il lavoratore in seguito alla sua condotta.

Come abbiamo visto le dimissioni delle lavoratrici madri necessitano di convalida amministrativa. Infine, cosa usuale ai nostri tempi, è ammessa la dimissione incentivata cioè dietro pagamento di un incentivo economico.

FORMA DEL LICENZIAMENTO

Il licenziamento deve essere comunicato per iscritto (art 2 legge 604) ma non è obbligatorio che venga riportato il motivo; il lavoratore cmq può richiederlo entro 15 gg e il datore è tenuto a rispondere entro 7 gg. ; d'altra parte abbiamo già visto come nel licenziamento disciplinare occorra una preventiva contestazione al lavoratore dei motivi del licenziamento (art 7 Stat.Lav)

La violazione dell'art 2 della legge 604 comporta:

-- a livello di tutela reale l' INEFFICACIA del licenziamento con applicazione dell'art 18 Stat.Lav.

--a livello di tutela obbligatoria l' INESISTENZA del licenziamento, quindi la continuità del rapporto non è mai venuta meno con chiare conseguenze retributive.

La violazione dell'art 7 Stat.Lav. comporta lo stesso regime sanzionatorio del licenziamento sostanzialmente ingiustificato.

IL LICENZIAMENTO AD NUTUM, PER GIUSTA CAUSA, PER GIUSTIFICATO MOTIVO

Come abbiamo visto, l'art 2118 non pone limiti al diritto del datore (e del lavoratore) di recedere dal rapporto ossia di licenziare il lavoratore; l'unico obbligo è quello del preavviso e se questo non c'è, il datore è tenuto a versare l'indennità sostitutiva del preavviso; da notare che giuridicamente il momento di estinzione del contratto è cmq quello della teorica scadenza del periodo di preavviso e non il momento di invio della comunicazione (infatti se durante il periodo di preavviso il lavoratore si ammala, il licenziamento, come sappiamo, è sospeso fino al termine della malattia).

Abbiamo anche accennato alla "giusta causa" e cioè nel caso in cui il lavoratore abbia dato vita a una "causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto", il datore di lavoro ha diritto al recesso, immediato e senza preavviso.

Cosa si deve intendere per giusta causa? Ci si deve riferire esclusivamente a inadempimenti contrattuali (es ripetuti rifiuti di eseguire il lavoro) oppure prendere in considerazione anche elementi esterni al contratto (es un cassiere di banca che rapina altre banche)?

La giurisprudenza tende alla seconda ipotesi, per cui possono costituire giusta causa di licenziamento (da Wikipedia):

- rifiuto continuo e ingiustificato di eseguire la prestazione lavorativa

- sottrazione di beni aziendali

- condotta extralavorativa penalmente rilevante

Si tratta quindi di fatti talmente gravi che qualunque altra sanzione diversa dal licenziamento appare insufficiente a tutelare gli interessi del datore di lavoro.

Le cose però sono cambiate con la legge 604/1966 che affermò un nuovo principio (art. 2) per cui il licenziamento del lavoratore deve avere un "giustificato motivo" che eventualmente il datore deve dimostrare; questo principio da quel momento in poi non è stato mai messo in dubbio, (anzi è stato esteso nel 1990 legge 108, a tutte le imprese di qualunque grandezza, a tutti i datori di lavoro, a tutti i lavoratori dipendenti) e l'attenzione si è concentrata (a partire dall'art 18 Stat.Lav:) sull'apparato sanzionatorio.

La nozione di giustificato motivo comprende 2 classi di fatti diversi, soggettivi e oggettivi.

Licenziamento per ragioni soggettive

Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo assieme alla giusta causa, rappresenta la categoria dei licenziamenti disciplinari e come tale viene regolata dall'art 7 Stat.Lav.

Il concetto di giustificato motivo soggettivo è specificato nell'art 3 della legge 604: notevole inadempimento degli obblighi contrattuali: si tratta quindi di obblighi che devono scaturire dal contratto e di violazioni "notevoli" di tali obblighi (altrimenti ci saranno sanzioni conservative): ad es assenze ingiustificate e prolungate dal lavoro, comportamenti scorretti quali la violazione delle prescrizioni di sicurezza: ad evitare discussioni di solito i contratti collettivi presentano una serie di fatti esemplificativi della situazione che cmq non sono vincolanti per il giudice, il quale prenderà le sue decisioni valutando se ci sia stata coscienza e volontà oppure colpa grave (es imprudenza) e tenendo conto delle eventuali attenuanti.

Alla nozione di giustificato motivo soggettivo, si affianca, per affinità qualitativa, quella di giusta causa (art 2119) che la giurisprudenza ha voluto precisare come un gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali con particolare riferimento al venir meno della fiducia che il datore di lavoro ripone nel dipendente (quindi la giusta causa occupa lo stesso ambito del giustificato motivo ma ad un livello di maggiore gravità): quello della fiducia è un concetto non da tutti condiviso e che si presta a molte ambiguità: la giurisprudenza, accogliendo questo concetto, sia pure con molta moderazione, considera come giusta causa di licenziamento anche comportamenti che pur non riguardando la sfera contrattuale, intaccano in maniera irreparabile la base fiduciaria ad es: un bancario che compie rapine in altre banche, o altri reati gravi.

Giustificato motivo e giusta causa debbono essere dimostrati nell'eventuale giudizio dal datore di lavoro.

Licenziamento per ragioni oggettive.

Le ragioni oggettive, o economiche, sono inerenti a decisioni del datore di lavoro che riguardano:

--l'attività produttiva: es chiusura di un reparto

--l'organizzazione del lavoro: es utilizzo di un minor numero di addetti per innovazioni tecniche

--il regolare funzionamento dell'azienda: es inidoneità professionale del lavoratore.

Nelle controversie giudiziali, il magistrato dovrà decidere la sussistenza del giustificato motivo oggettivo, decisione quanto mai delicata che segue delle linee precise:

---il giudice non può entrare nel merito delle scelte operate dal datore di lavoro (non può invadere la sfera della libertà di iniziativa privata, garantita dall'art 41 della Costituzione)

---deve verificare la veridicità della ragione addotta

---deve verificare il nesso di causalità, cioè se il licenziamento è conseguenza della ragione addotta

---deve verificare che il datore di lavoro non abbia potuto utilizzare il lavoratore in un'altra mansione e che non esisteva nessuna alternativa possibile al licenziamento.

Infine, viene considerato giustificato motivo di licenziamento anche il caso di impossibilità oggettiva del lavoratore di prestare la sua attività ad es perchè sottoposto a custodia cautelare che oltrepassi un certo periodo di tempo.

Anche il giustificato motivo oggettivo deve essere provato dal datore.

IL REGIME SANZIONATORIO

E' rapportato alla distinzione tra tutela reale e tutela obbligatoria:

--la tutela reale, regolata dall'art 18 Stat.Lav., è la + protettiva e si applica alle imprese con + di 15 dipendenti in ambito comunale, o + di 60 in ambito nazionale: con la legge 108/1990 la tutela è stata estesa sia per quel che riguarda le dimensioni sia ai datori non imprenditori.

--la tutela obbligatoria, regolata dalla legge 604 del 1966, è invece residuale cioè si applica a tutti gli altri casi.

Queste differenze così spiccate hanno una loro logica in quanto tengono conto del fatto che solo le imprese + grandi sono in grado di sopportare gli alti costi della tutela reale e, d'altra parte, nelle piccole imprese dove il rapporto fiduciario è + stretto, la reintegrazione del lavoratore appare inopportuna.

Un caso particolare è quello delle associazioni di tendenza per le quali, nel caso di un licenziamento dichiarato ingiustificato dal giudice, appare inapplicabile la tutela reale e si invoca quella obbligatoria (sarebbe assurdo dover riassumere, da parte di un'associazione cattolica, un dipendente licenziato perchè si è convertito all'Islam)

LA TUTELA OBBLIGATORIA

In virtù di questa tutela debole, il lavoratore licenziato avrebbe diritto ad essere RIASSUNTO, cioè assunto con un nuovo rapporto di lavoro (quindi non ha diritto a retribuzioni retroattive);

l'alternativa alla riassunzione è il pagamento da parte del datore di una somma risarcitoria variabile tra un minimo di due mensilità e mezzo e 6 mensilità (elevati da 10 a 14 nel caso di anzianità di servizio oltre i 10 anni in azienda con + di 15 dipendenti) a scelta del giudice.

La tutela è detta obbligatoria perchè impone un obbligo al datore che PUO' SCEGLIERE tra l'una o l'altra possibilità: inutile dire che il risarcimento è la scelta + frequente.

LA TUTELA REALE

E' regolata dall'art 18 Stat.Lav., modificato dalla legge 108 del 1990.

Il principio ispiratore è che il lavoratore illegittimamente licenziato ha diritto tanto al ripristino giuridico del rapporto di lavoro, quanto alla reintegrazione materiale del posto di lavoro e in + il risarcimento dei danni patiti a causa del licenziamento (lucro cessante); la legge 108 ha aggiunto a tale meccanismo, un ulteriore beneficio per il lavoratore che può risolvere il contratto con un bonus di ulteriori 15 mensilità invece della reintegrazione.

L'art 18 è una norma rivolta al giudice che accerti l'illegittimità del licenziamento

[quando si parla di illegittimità, ci si riferisce a 3 possibili vizi che fanno scattare la tutela reale:

1)vizio formale = inefficacia del licenziamento

2)vizio sostanziale (mancanza di giusta causa o di giustificato motivo) = annullamento

3)carattere discriminatorio = nullità]

Quando l'illegittimità venga accertata, automaticamente, secondo i principi del diritto civile, scattano le conseguenze; quindi il giudice, accertata l'illegittimità:

1) dichiara ripristinato il rapporto di lavoro (tutela specifica: restituzione del bene perduto per atto illecito)

2) condanna il datore di lavoro a reintegrare materialmente il lavoratore nel posto di lavoro occupato precedentemente (se il lavoratore viene tenuto a casa ha diritto ugualmente alla retribuzione)

3) condanna il datore al risarcimento del danno patrimoniale subito cioè al versamento della retribuzione dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione (ovviamente dovrà anche versare i contributi assistenziali e previdenziali) e in ogni caso la somma da versare non può essere inferiore a 5 mensilità (tutela per equivalente: indennità risarcitoria commisurata al danno patrimoniale sofferto): il risarcimento può essere ridotto se il lavoratore nel periodo di forzata inattività abbia percepito un altro reddito da lavoro; se il lavoratore ha patito altri danni, patrimoniali (es uno sfratto) e non (es un danno biologico), ne potrà chiedere il risarcimento. A queste misure di tutela (ripristinatoria, reintegratoria e risarcitoria) si aggiunge un ulteriore beneficio: fermo restando il risarcimento dei danni, il lavoratore ha facoltà di chiedere al datore (entro 30 giorni dall'invito a riprendere servizio), in sostituzione della reintegrazione, un'indennità pari a 15 mensilità: nel momento in cui il lavoratore riceve questa indennità, il rapporto di lavoro si considera chiuso come se il lavoratore si fosse dimesso.

Quella italiana è una legge + protettiva di quelle di altri paesi europei dove la reintegrazione è un evento eccezionale ed è invece normale che il lavoratore illegittimamente licenziato debba "accontentarsi" di una indennità, peraltro molto + elevata di quella prevista dall'art 18.

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

E' quello determinato da ragioni discriminatorie (art 15 Stat.Lav.): motivi sindacali, religiosi, politici, di razza, di lingua, di sesso ecc.

L'onere della prova ricade sul lavoratore

Il licenziamento discriminatorio è sempre nullo e comporta sempre (a prescindere dal numero dei dipendenti) l'applicazione dell'art 18.

LE RESIDUE IPOTESI DI LICENZIAMENTO AD NUTUM

La libertà di recesso come stabilita dall'art 2118, sopravvive in poche residue ipotesi:

---Dirigenti: il dirigente può impugnare il licenziamento davanti a un giudice o un collegio arbitrale, ma eventualmente non ha diritto alla reintegrazione ma a un'indennità detta supplementare tra un minimo pari all'importo del preavviso e un massimo che può arrivare fino a 2 annualità.

--lavoratori domestici

--lavoratori ultrasessantenni con i requisiti per la pensione di vecchiaia

--lavoratori in periodo di prova, licenziati per esito negativo della stessa (qui, peraltro, il lavoratore potrebbe procedere all'impugnazione sostenendo di non essere stato messo in condizione di effettuare la prova nelle mansioni per le quali era stato assunto)

In questi casi cmq, il lavoratore ha diritto solo a un risarcimento danni in misura da stabilire da parte del giudice ma spesso di importo non rilevante ad es per l'ipotesi del periodo di prova, l'importo è pari alla retribuzione corrispondente ai giorni residui.

Nelle vita di un'azienda possono accadere delle situazioni in cui si reputa necessario ridurre, temporaneamente o strutturalmente, il numero dei dipendenti e questo sia per uscire da condizioni di difficoltà sia per ragioni di produttività o di profitto.

Sono situazioni molto delicate in cui si cerca di conciliare l'esigenza dell'azienda di liberarsi del personale che non è + in grado di mantenere, con la necessità del lavoratore di mantenere il posto di lavoro: in questo contesto diventa rilevante il ruolo del terzo giocatore, lo Stato, che interviene in vari modi allo scopo di ridurre le conseguenze sociali delle ristrutturazioni:

interviene prima del licenziamento (cassa integrazione, contratti difensivi, incentivi delle dimissioni) e dopo (messa in mobilità, liquidazione controllata dell'azienda volta a soddisfare i lavoratori-creditori).

LA CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI (CIG)

E' un complesso istituto giuridico grazie al quale un imprenditore, a determinate condizioni, può **SOSPENDERE** il lavoro di una quota di dipendenti (o di tutto il personale) e non erogare le retribuzioni corrispondenti. Una volta presa questa decisione, l'impresa effettua la richiesta di ammissione alle prestazioni della cassa per quel dato numero di dipendenti; se la richiesta viene accolta, lo Stato, tramite l'INPS, corrisponde ai lavoratori sospesi un'indennità pari a circa l'80% della normale retribuzione e il datore è sollevato dall'obbligo di retribuire i lavoratori; in caso di non accettazione il datore rimane tenuto al pagamento delle retribuzioni.

Le causali richieste per l'ammissione alla Cassa dipendono dal tipo:

--la cassa integrazione ordinaria (CIGO) interviene in situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all'imprenditore o al lavoratore, oppure dovute a situazioni temporanee di mercato (legge 164 del 1975)

--la cassa integrazione straordinaria (CIGS) interviene per le imprese industriali con + di 15 dipendenti e quelle commerciali con + di 50 dipendenti, nei casi di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale, di dichiarazione di "crisi aziendale" e di ammissione a procedura concorsuale.

La CIGO è autorizzata dall'INPS in sede locale, la CIGS dal Ministero del lavoro; è previsto anche che l'imprenditore informi i sindacati e con essi proceda a un esame congiunto della situazione.

La durata della CIGO è breve perchè legata all'evento temporaneo; la CIGS invece può durare fino a 3 anni ed è logico che venga richiesto un requisito essenziale cioè la crisi dell'impresa deve essere **REVERSIBILE** e l'imprenditore deve presentare un piano di ristrutturazione e di riorganizzazione che, con l'aiuto della CIGS, porti al recupero dell'azienda : si vogliono così evitare abusi che puntualmente si verificano.

Una volta che tutto è pronto, occorre procedere alla scelta dei lavoratori che andranno in cassa integrazione; se appare logico che la scelta cada su quei lavoratori ad es di un reparto che viene chiuso, la legge 223 del 1991 spinge per la **ROTAZIONE** cioè sospensione di tutti i lavoratori a turno con equa distribuzione dei sacrifici, soluzione questa poco gradita alle imprese che possono opporsi adducendo motivi tecnico-organizzativi di efficienza (io imprenditore dovrei mettere in una postazione di lavoro un lavoratore che in quella postazione non ha mai lavorato).

IL CONTRATTO DI SOLIDARIETA'

La legge 863 del 1984 prevede un istituto particolare, il contratto di solidarietà, distinto in 2 tipi:

---contratto di solidarietà offensivo o propulsivo, con cui i lavoratori di un'impresa rinunciano tramite il sindacato, ad un certo quantitativo di ore di lavoro (e di retribuzione), in cambio dell'assunzione di altri dipendenti: tali contratti hanno avuto poca applicazione nella realtà.

---contratto di solidarietà difensivo con cui i lavoratori di un'impresa, tramite il sindacato, si impegnano a una riduzione delle ore di lavoro (e della retribuzione) per permettere un risparmio all'impresa: la metà della retribuzione perduta viene erogata dallo Stato tramite l'INPS, con apposita autorizzazione e apposito provvedimento del Ministero del Lavoro: può durare al massimo 24 mesi.

LICENZIAMENTO COLLETTIVO E MOBILITA'

Licenziamento collettivo è il procedimento con cui l'impresa è abilitata a ridurre stabilmente il suo organico. La disciplina è regolata da una legge relativamente recente, la 223 del 1991, emanata sotto la spinta della Comunità europea che fin dal 1975 aveva suggerito agli stati membri di migliorare la tutela del lavoratore istituzionalizzando l'intervento preventivo di controllo dei sindacati in tema di licenziamento collettivo.

La legge 223 del 1991 prevede che si ha licenziamento collettivo quando un'impresa (o qualsiasi datore di lavoro, escluse le associazioni di tendenza) con + di 15 dipendenti, procede ad almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, per una delle seguenti cause : cessazione di attività, trasformazione o riduzione di attività.

In linea generale la legge si rende conto che il licenziamento collettivo è una scelta drammatica anche per l'imprenditore; quindi rinuncia in partenza a porre forti limitazioni alla libera scelta di esso: nemmeno la CIGS è obbligatoria, prima del licenziamento collettivo: l'imprenditore però ha l'obbligo di sottostare ad una procedura ben precisa che prevede le segg fasi:

---1) Invio da parte del datore di lavoro di una COMUNICAZIONE scritta alle rappresentanze sindacali aziendali o unitarie o alle associazioni sindacali di categoria; tale comunicazione deve contenere:

----motivi che hanno determinato l'eccedenza del personale

----motivi per cui si ritiene che non ci siano alternative al licenziamento

----numero e profili professionali del personale eccedente (senza fare nomi)

----tempi di attuazione

----eventuali misure per fronteggiare le conseguenze sociali (es outplacement cioè ricerca, tramite ausilio di imprese specializzate, di altre occupazioni per i lavoratori in fase di licenziamento)

---2) entro 7 gg dal ricevimento della comunicazione, a richiesta delle rappresentanze sindacali, si apre un ESAME CONGIUNTO tra le parti allo scopo di studiare il problema e cercare soluzioni alternative (contratti difensivi, ricorso alla CIGS, forme flessibili dei tempi di lavoro ecc); questa fase deve concludersi entro 45 giorni

---3) è possibile un SUPPLEMENTO di procedura davanti alla Direzione provinciale del lavoro, che deve concludersi in 30 giorni

NOTA: la legge fa il possibile perchè le parti possano raggiungere un accordo, anche con dei corposi incentivi per le aziende: si pensi infatti che il datore di lavoro che dispone un licenziamento collettivo con collocazione in mobilità, deve versare all'INPS un contributo che va da 6 a 9 (a seconda se in precedenza c'è stata o no la CIGS) mensilità per ogni lavoratore: ma in caso che l'imprenditore e le rappresentanze sindacali giungano ad un accordo sull'effettuazione del licenziamento collettivo, tale contributo scende a 3 mensilità

---4) se non si riesce a concludere un accordo, le parti rimangono libere di agire e in particolare l'imprenditore entro 120 giorni dalla conclusione della procedura, può disporre i singoli atti di recesso da inviare ai lavoratori entro il termine di preavviso.

Ma prima di fare questo, occorre individuare i lavoratori da licenziare.

La scelta dei lavoratori da licenziare deve avvenire nel rispetto di determinati criteri:

Innanzitutto spetta all'imprenditore scegliere l'ambito in cui operare la scelta ossia se riferirsi all'intero complesso aziendale oppure a singole unità operative nelle quali ovviamente si deve svolgere un lavoro che NON è possibile fare in altre unità della stessa azienda.

Successivamente ci si affida a criteri stabiliti nei contratti collettivi che devono essere non discriminatori (ad es nei riguardi delle minoranze sindacali) e trasparenti: un criterio in uso è per es è quello della pensionabilità cioè si preferisce mandar via chi già ha acquistato il diritto alla pensione.

In via suppletiva si applicano i criteri stabiliti dalla legge e cioè:

--carichi di famiglia

--anzianità di servizio (i + anziani di servizio restano)

--esigenze tecnico-produttive.

Una comunicazione riassuntiva dei criteri di scelta applicati, deve essere inviata alle associazioni sindacali e alla Direzione Regionale del Lavoro.

IL REGIME SANZIONATORIO

A questo punto facciamo una breve osservazione: se considerassimo il licenziamento collettivo come un insieme di licenziamenti individuali (e si tratterebbe di licenziamento per giustificato motivo oggettivo), ciò comporterebbe il diritto di ciascun lavoratore licenziato di impugnare il proprio singolo licenziamento sia per difetto presunto di giustificazione sia per violazione della procedura; la giurisprudenza però adotta un approccio diverso nel senso che ammette l'impugnazione solo per violazione delle procedure dettate dalla legge 223 del 1991.

Così l'inosservanza di uno o + degli obblighi procedurali o dei criteri di scelta, può essere fatta valere dal lavoratore tramite un'azione giudiziale di impugnazione del licenziamento individuale che può essere dichiarato inefficace (per vizi procedurali) o nullo (per violazione dei criteri di scelta), con applicazione del regime sanzionatorio previsto dall'art 18 Stat.Lav.(il reintegro)

LA MOBILITA'

Una volta disposto il licenziamento, il lavoratore viene iscritto in liste di mobilità regionali gestite dalla Direzione regionale del lavoro: ciò comporta per il lavoratore 2 tipi di benefici:

---rilevanti sconti contributivi per chi li assume (anche a tempo determinato per 1 anno, fuori dai limiti della legge 368 del 2001). Tale beneficio è stato esteso nel 1993 anche ai lavoratori di aziende con meno di 15 dipendenti e a tutti i lavoratori che non fruiscono di indennità di mobilità

---diritto all'indennità di mobilità, erogata dall'INPS, purchè si abbia un'anzianità lavorativa di almeno 12 mesi, per un periodo da 1 a 4 anni a secondo dell'età e della appartenenza a una regione del sud. Tale indennità è pari al 100% della CIG per i primi 12 mesi, all'80% per i successivi.

L'indennità NON spetta ai dipendenti di un datore non imprenditore, né ad imprese che non rientrano nel campo di applicazione della CIG a riprova del fatto che la mobilità è da considerare come un equivalente della CIG.

APPENDICE

Il licenziamento, già trattato a pag. 33, viene qui nuovamente spiegato sulla base del libro di Tosi, De Luca, Treu, come consigliato dal prof. Romeo (e....nel mio piccolo...anche da me)

L'ESTINZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Può avvenire per:

- 1)recesso del datore di lavoro (licenziamento) e recesso del lavoratore (dimissioni): il recesso unilaterale è espressione del potere di ciascuna delle parti di sciogliere il rapporto con una semplice comunicazione alla controparte, ciò in deroga al principio generale secondo cui il contratto può essere sciolto solo per mutuo consenso.
- 2)risoluzione consensuale: in tal caso, ad evitare abusi, si deve verificare se non ci sia un consenso estorto al dipendente
- 3)scadenza del termine nei contratti a tempo determinato
- 4)particolari circostanze previste dalla legge
- 5)morte del lavoratore (quella del datore comporta invece la continuazione del rapporto con i successivi titolari)
- 6)impossibilità sopravvenuta e forza maggiore sia da parte del datore (ordine dell'autorità, fenomeni naturali come terremoti, incendi, guerre) sia da parte del lavoratore (carcerazione, assoluta non idoneità al lavoro)

IL RECESSO

L'art 2118 cc afferma che ciascuno dei contraenti è libero di recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, senza fornire alcuna giustificazione (recesso ad nutum), tramite una semplice comunicazione (questo per ragioni di libertà contrattuale, di uguaglianza tra le parti).

Unico vincolo è il PREAVVISO che dà al datore il tempo di sostituire il lavoratore e a questi il tempo di cercare un altro lavoro; l'obbligo di preavviso viene meno nel licenziamento per giusta causa e nelle dimissioni per giusta causa poiché in ambedue i casi è impossibile la prosecuzione anche temporanea del rapporto (ma il lavoratore dimissionario ha diritto alla indennità sostitutiva del preavviso).

La durata del preavviso è demandata ai contratti collettivi e, in mancanza, agli usi o all'equità.

La malattia sopravvenuta nel periodo del preavviso, ne sospende il decorso.

La parte che recede può sostituire il periodo di preavviso con la relativa indennità ma il contratto si considera giuridicamente estinto alla fine del periodo di preavviso, salvo diverso accordo tra le parti.

Questo è quanto dice il codice: ma appare subito evidente che l'estinzione del rapporto di lavoro non è uguale per le due parti: infatti mentre il licenziamento crea al datore il fastidio di dover sostituire il lavoratore, per il lavoratore rappresenta spesso un dramma per il venir meno delle fonti di sostentamento. Per tale motivo la legge ha ritenuto giusto tutelare il contraente debole, il lavoratore, ponendo forti limiti al potere di licenziare.

In particolare la legge 604 del 1966 stabilisce

A)il divieto di licenziamento non sostenuto da giusta causa o da giustificati motivi;

B)l'onere della prova a carico del datore

C)un regime sanzionatorio moderato che prevede, a scelta del datore, la riassunzione o il pagamento di una penale risarcitoria(tutela obbligatoria).

Successivamente venne emanato lo Statuto dei lavoratori che con l'art 18 stabilisce un altro tipo di sanzione (valida per aziende con + di 15 dipendenti) cioè la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro senza possibilità di un'alternativa risarcitoria (tutela reale).

Solo per alcune categorie di lavoratori permane il regime di libera recedibilità (licenz. ad nutum).

LA GIUSTA CAUSA.

L'art 2119 cc autorizza ciascuna delle parti a recedere immediatamente e senza preavviso, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto.

Parte della dottrina ritiene che questa giusta causa consista in un gravissimo inadempimento contrattuale: altri rilevano l'importanza di fattori esterni al rapporto che compromettono il vincolo di fiducia tra le parti (es una guardia giurata che rubi al di fuori del rapporto di lavoro). In ogni caso la legge insiste sulla necessità di una valutazione complessiva che tenga conto della natura del rapporto, le mansioni espletate, l'elemento intenzionale ecc.: così ad es nelle cd organizzazioni di tendenza, orientate a finalità ideologiche (partiti politici, sindacati, enti religiosi) la giusta causa può riferirsi anche ad elementi strettamente personali che determinano incompatibilità grave (un dipendente di un ente cattolico che diventa ateo).

Possono costituire giusta causa di licenziamento (da wikipedia):

- rifiuto continuo e ingiustificato di eseguire la prestazione lavorativa
- sottrazione di beni aziendali
- condotta extralavorativa penalmente rilevante

IL GIUSTIFICATO MOTIVO

La nozione di giustificato motivo comprende 2 classi: soggettivo e oggettivo.

GIUSTIFICATO MOTIVO SOGGETTIVO

L'art 3 della legge 604/1966 afferma che il giustificato motivo soggettivo consiste in un "notevole inadempimento contrattuale" che però permetta la prosecuzione temporanea del rapporto fino all'esaurirsi del periodo di preavviso, a differenza della giusta causa in cui la risoluzione è immediata. (senza preavviso): si noti che il termine "notevole" è riferito al grado di colpa del lavoratore e non all'entità del danno subito dal datore.

Si tratta ad es di assenze ingiustificate e prolungate dal lavoro, comportamenti scorretti quali la violazione delle norme di sicurezza; ad evitare discussioni di solito i contratti collettivi presentano una serie di fatti esemplificativi che cmq non sono vincolanti per il giudice che valuterà se ci sia stata volontà o colpa grave (imprudenza) tenendo conto delle eventuali attenuanti.

IL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

L'art 3 della legge 604/1966 stabilisce che il giustificato motivo oggettivo consiste in ragioni inerenti all'attività produttiva (es chiusura di reparto), all'organizzazione del lavoro e alle regole di funzionamento di essa (quindi riduzione di commesse, riconversione produttiva e tecnologica ecc): esso legittima il datore di lavoro al licenziamento con preavviso.

Condizioni necessarie sono:

- 1)l'effettività delle esigenze aziendali
- 2)il nesso di causalità tra tali esigenze e il licenziamento (quindi non può essere licenziato un lavoratore se la riconversione non interessa il reparto in cui lavora).

L'esistenza di tali condizioni sarà valutata dal giudice il quale non può esprimersi sulla opportunità o meno delle operazioni aziendali, piuttosto il datore ha l'onere di dimostrare anche l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in un posto di lavoro diverso, cosa alquanto difficile e in genere è sufficiente che il datore non abbia ad es assunto in precedenza nuovo personale.

Nell'ambito oggettivo si fanno rientrare ipotesi riguardanti il lavoratore stesso: cosa succede ad es a un lavoratore in carcerazione preventiva? Questa situazione non comporta necessariamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo se non in particolari condizioni ad es di infungibilità dell'attività lavorativa: sono cmq casi da valutare volta per volta.

IL LICENZIAMENTO DISCRIMINATORIO

L'art 4 della legge 604/1966, stabilisce che è nullo il licenziamento determinato da ragioni di natura politico-sindacale, religiosa ecc.; la sua violazione comporta (L 108/1990) l'applicazione della sanzione reintegrativa qualunque sia il livello occupazionale (quindi vale anche per il dirigente discriminato); l'onere della prova è a carico del lavoratore.

I PERIODI DI IRRECEDIBILITA'

Ci sono situazioni in cui il potere di licenziamento è fortemente limitato, in omaggio ai diritti costituzionali alla salute (in particolare l'art 2110 cc si riferisce a malattie, infortunio, gravidanza e puerperio) ai doveri di assolvimento del servizio militare (art 2111 cc) e dei compiti legati alla nomina a cariche politiche e sindacali: a questi casi va aggiunta l'irrecedibilità nei periodi che precedono e seguono il matrimonio della lavoratrice dal momento delle pubblicazioni fino ad 1

anno dopo la celebrazione (le eventuali dimissioni della lavoratrice sono considerate nulle a meno che non siano rese davanti all'ufficio provinciale del lavoro).

Particolare attenzione la legge rivolge alla lavoratrice madre (e oggi anche al lavoratore padre) per la quale il periodo di irrecidibilità va dall'inizio della gravidanza fino al compimento di 1 anno del bambino.

In tutti queste situazioni il licenziamento non è ammesso, tranne in caso di:

- 1--colpa grave del lavoratore costituente giusta causa di risoluzione (ad es il lavoratore in malattia sorpreso a lavorare per un terzo)
- 2--cessazione di attività dell'azienda
- 3--scadenza del contratto
- 4--esito negativo del periodo di prova

LA PROCEDURA DI LICENZIAMENTO

Stabilita l'esistenza di una giusta causa o di giustificati motivi di licenziamento, bisogna seguire delle procedure definite dalla legge.

Licenziamento NON DISCIPLINARE

il licenziamento deve essere comunicato per iscritto al lavoratore senza necessità di indicarne i motivi (che tuttavia possono essere richiesti entro 15 gg dal lavoratore e il datore è obbligato a farlo entro 7 gg); per domestici e lavoratori in prova il licenziamento può essere effettuato oralmente e senza motivazione. Essendo l'atto unilaterale e recettizio, esso ha efficacia nel momento in cui viene a conoscenza del lavoratore.

Un vizio della forma determina l'inefficacia del licenziamento con obbligo di reintegro e risarcimento dei danni pari ad almeno 5 mensilità.

Il licenziamento DISCIPLINARE

E' quello volto a sanzionare un comportamento manchevole del lavoratore: qui i requisiti richiesti sono + esigenti (art 7 Stat Lav) :

- preventiva affissione del codice disciplinare sul posto di lavoro
- contestazione scritta degli addebiti mossi al lavoratore (obbligatoria)
- concessione di un periodo di tempo per dar modo al dipendente di preparare e presentare le proprie giustificazioni
- ulteriore periodo di 5 gg di riflessione prima dell'applicazione del provvedimento.

La violazione di tali procedure comporta:

- per le aziende di grandi dimensioni il reintegro del posto di lavoro (tutela reale art 18 stat lav)
- per le aziende medio-piccole il reintegro o il pagamento di un'indennità, a scelta del datore (tutela obbligatoria).

L'IMPUGNATIVA DEL LICENZIAMENTO

Art 6 L 604/1966 il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza, entro 60 gg dalla comunicazione (o dalla notifica dei motivi): la decorrenza comprende anche il preavviso, se c'è.

La decadenza non si applica:

- al licenziamento nullo per vizi di forma
- al licenziamento effettuato nel periodo di matrimonio e maternità
- al licenziamento nullo per illiceità e in frode alla legge.

La decadenza non è suscettibile di interruzione o sospensione.

L'impugnativa può essere fatta dal lavoratore con atti manifestanti chiaramente la sua opposizione (impugnativa extragiudiziale) o + spesso tramite domanda giudiziale e in tal caso, trattandosi di un atto unilaterale recettizio occorre che l'atto sia depositato in tribunale e che sia portato a conoscenza del datore entro 60 gg dalla comunicazione di licenziamento.

Per le aziende di piccole dimensioni è previsto dall'art 5 L 108/1990 un tentativo obbligatorio di conciliazione che sospende la decadenza: nel caso tale tentativo fallisca si può richiedere l'intervento di un arbitro.

L'onere della prova ricade sul datore art 5 L604/1966: ciò non vuol dire che il lavoratore ne è totalmente esonerato: ad es. in caso di licenziamento discriminatorio, toccherà al lavoratore dimostrare che esiste la discriminazione; nel caso in cui il datore affermi che è stato il lavoratore a

dimettersi con una dichiarazione orale, quest'ultimo dovrà dimostrare la falsità di queste dichiarazioni.

IL REGIME SANZIONATORIO

Per il licenziamento invalido, cioè senza giusta causa o giustificato motivo, è previsto un duplice e alternativo regime sanzionatorio:

--1)quello delineato dall'art 8 della L 604/1966, cd TUTELA OBBLIGATORIA, che si applica alle aziende che non superano una determinata soglia occupazionale

--2)quello delineato dall'art 18 Stat. Lav., la cd TUTELA REALE, che si applica al di sopra di tale soglia.

TUTELA OBBLIGATORIA (imprese di minori dimensioni)

L'art 8 della legge 604/1966 stabilisce che in caso di accertato licenziamento ingiustificato, si determina per il datore un'OBBLIGAZIONE ALTERNATIVA e cioè il datore può scegliere tra:

--A)Riassumere il lavoratore entro 3 gg (assumere con un nuovo contratto, niente retroattività)

--B)Risarcirlo versandogli un'indennità di importo compreso tra 2,5 e 6 mensilità (ultima retribuzione globale) ma cmq largamente variabile a seconda dell'organico, delle dimensioni dell'impresa e dell'anzianità lavorativa; ad es per imprese con + di 15 dipendenti: anzianità > 10 anni = 10 mensilità; anzianità > 20 anni = 14 mensilità.

TUTELA REALE (imprese di grandi dimensioni)

Qui invece vale l'art 18 Stat.Lav. che considera il rapporto di lavoro come se non fosse stato mai interrotto dal licenziamento e impone il RIPRISTINO del rapporto, il REINTEGRO del lavoratore al suo posto e inoltre il pagamento di una INDENNITA' (questo regime è valido oltre che per vizi sostanziali anche in casi di nullità del licenziamento dovuti a discriminazione o vizi di forma o di procedura).

Il datore, ricevuto l'ordine giudiziale di reintegro del lavoratore nello stesso posto di lavoro (anche se nel frattempo occupato da un altro), invita il lavoratore a riprendere il lavoro: ma se questi non si presenta entro 30 gg, il rapporto si intende risolto (salvo giustificato motivo di assenza).

Riguardo l'indennità, essa è variabile a seconda della lunghezza del periodo intercorso tra licenziamento e reintegro e cmq non inferiore alle 5 mensilità: c'è da rilevare inoltre che la recente tendenza della giurisprudenza si indirizza + che verso "l'indennità" rigidamente determinata, verso il concetto + elastico di "risarcimento del danno" e non si tratta di un semplice cambiamento di terminologia ma di un cambiamento + profondo: ad es il datore può ottenere una riduzione del pagamento dovuto se dimostra che il lavoratore nel frattempo ha percepito compensi da un altro datore e d'altra parte il lavoratore può richiedere una somma maggiore se dimostra di aver subito nel frattempo gravi conseguenze ad es ha subito uno sfratto per morosità.

Da rilevare infine che il lavoratore può richiedere che invece del reintegro gli sia versata una somma pari a 15 mensilità (fermo restando il risarcimento).

Il diritto alla reintegrazione del posto di lavoro può essere fatto valere, oltre che con l'ordinario processo del lavoro (che dura decenni) anche con altri strumenti processuali + rapidi: in sostanza si può chiedere al giudice un immediato reintegro PROVVISORIO in attesa dell'esito del giudizio ordinario; ciò è consentito in pochi casi:

--1)quando il lavoratore tema un danno imminente e irreparabile al suo diritto

--2)nel caso in cui il lavoratore sia un sindacalista, licenziato per motivi sindacali (condotta antisindacale)

AREE DI APPLICAZIONE

--La TUTELA REALE art 18 Stat.Lav. si applica a:

----ogni datore (imprenditore o no) con + di 15 dipendenti (5 se impresa agricola) in una unità produttiva o in + unità produttive dello stesso comune; o + di 60 dipendenti in unità produttive sparse nel territorio; come sappiamo dal computo dell'organico sono esclusi contratti di apprendistato, di inserimento, disabili e lavoratori somministrati (delle agenzie di collocamento)

--La TUTELA OBBLIGATORIA L 604 si applica:

----ai datori con meno di 15 dipendenti

----alle “associazioni di tendenza”, organizzazioni senza fini di lucro che perseguono scopi morali, politici, religiosi per i quali è impensabile un reintegro a norma dell'art 18 (un'associazione cattolica non può reintegrare un lavoratore che sia stato licenziato perchè nel frattempo è diventato ateo o mussulmano: in tal caso si preferisce ovviamente il pagamento dell'indennità.

--AREA RESIDUALE

In tutti gli altri casi è ammesso il licenziamento libero cd ad nutum, e in particolare:

----lavoratori domestici

----atleti professionisti

----lavoratori con contratto a termine

----lavoratori in prova (l'esito della prova è stabilito dal datore)

----ultrasessantenni in possesso dei requisiti pensionistici che abbiano scelto la prosecuzione del rapporto di lavoro

----i DIRIGENTI amministrativi e tecnici (ma è dubbio se i dirigenti di livello + basso debbano essere equiparati agli impiegati): per i dirigenti è impensabile che possano venire reintegrati dopo che si è perduto il particolare rapporto fiduciario che li lega al datore di lavoro, per cui è ammesso il licenziamento ad nutum , purchè in forma scritta.

Tuttavia molti contratti collettivi di categoria prevedono la possibilità di contestare il licenziamento ricorrendo ad apposite commissioni di conciliazione ed arbitrato che possono stabilire l'infondatezza delle ragioni del licenziamento e condannare il datore al pagamento di un'indennità detta supplementare ma non al reintegro per cui il licenziamento rimane valido lo stesso.

APPENDICE 2

VACANZA CONTRATTUALE (by MARTINA617)

Protocollo Ciampi del 23 luglio 1993 punto 5

In caso di vacanza contrattuale, passati tre mesi dalla scadenza del contratto, se il nuovo contratto tarda ad essere stipulato, i lavoratori saranno risarciti con un'indennità contrattuale pari al 30% del tasso di inflazione programmato applicato ai minimi retributivi contrattuali; passati 6 mesi tale indennità diventa del 50% .

In pratica l'indennità comprende il minimo salariale stabilito dai CCL rivalutato del 30% (o del 50%) dell'inflazione.

APPENDICE 3

DIFFERENZA TRA RSA E RSU

Le RSU essendo elette da TUTTI i lavoratori dell'azienda (iscritti al sindacato o no), rappresentano tutti i lavoratori e sono abilitate alla stipula dei contratti collettivi

Le RSA invece, essendo elette dai lavoratori iscritti ai sindacati, hanno solo la funzione di tutela dei propri iscritti.

TABELLA DELLE PRINCIPALI LEGGI LAVORISTICHE

- 2013cc ius variandi
- 2087 cc misure di sicurezza
- 2095 cc categorie legali
- 2104 cc doveri del lavoratore
- 2110 cc tutela malattie
- 2112 cc trasferimento azienda
- protocollo Ciampi 23/7/1993: contratti collettivi
- dlgs 165/2001 ccl nel settore pubblico (Aran ecc)
- dlgs 533/1973: cococo
- 1364/1960 vieta l'appalto di manodopera (abrogata)
- legge Treu autorizza il lavoro interinale
- emigrazione: 286/1998 testo unico sull'immigrazione (flussi) ; Bossi-Fini 189/2002
- dlgs 66/2003: orari di lavoro, riposi e ferie
- 252/2005 fondi pensione
- dlgs 81/2008 Testo unico sulla sicurezza
- 198/2006 codice pari opportunità
- dlgs 903/1977 maternità
- 133/2008 lavoro a tempo determinato
- 604/1966 licenziamento
- 223/1991 licenziamenti collettivi
- 146/1990 commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici

Statuto dei Lavoratori L 300/1970

- 1-libertà di pensiero
- 2>6- personale di vigilanza, telecamere, perquisizioni
- 7-sanzioni e procedure
- 8-divieto di indagini
- 9-tutela salute
- 10- lavoratori studenti
- 14-diritto di associazione sindacale
- 15- divieto atti discriminatori contro i sindacati
- 18- reintegro nel posto di lavoro

- 19- rappresentanze sindacali aziendali
- 20- diritto di assemblea
- 21>32 vari diritti sindacali, dai trasferimenti ai permessi
- 28- repressione del comportamento antisindacale

DLGS 276 / 2003 (detto comunemente decreto Biagi)

Titolo secondo: ORGANIZZAZIONE E DISCIPLINA DEL MERCATO DEL LAVORO

- accreditamenti e autorizzazioni per le agenzie per il lavoro ,requisiti organizzativi e finanziari
- tutela del lavoratore di agenzia (discriminazione, privacy)
- Borsa nazionale del lavoro
- Sanzioni

Titolo terzo: SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO, APPALTO DI SERVIZI, DISTACCO

- disciplina dei rapporti di lavoro lavoratore-somministratore e utilizzatore-somministratore
- somministrazione irregolare
- appalto e distacco

Titolo quinto: TIPOLOGIE CONTRATTUALI a ORARIO RIDOTTO e FLESSIBILE

- lavoro intermittente
- lavoro ripartito

Titolo sesto: APPRENDISTATO E CONTRATTO DI INSERIMENTO

- vari tipi di apprendistato
- contratto di inserimento

Titolo settimo : TIPOLOGIE CONTRATTUALI A PROGETTO

- lavoro a progetto e lavoro occasionale

Titolo ottavo: LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO