



I diritti di precedenza nelle riassunzioni in caso di licenziamento

a cura di Eufrazio Massi – *Direttore della Direzione provinciale del Lavoro di Modena**

La disamina non può che iniziare dal caso dei lavoratori licenziati per riduzione di personale o in mobilità: da

La profonda crisi che sta attraversando il nostro Paese impone una riflessione sui diritti di precedenza correlati a provvedimenti di risoluzione del rapporto, sui loro contenuti, sulla loro ampiezza e sulla loro transigibilità.

tale ambito sono, senz'altro, esclusi i lavoratori licenziati per giusta causa o giustificato motivo soggettivo e quelli che hanno presentato le proprie dimissioni.



La ragione appare evidente: non si può parlare di diritto alla riassunzione in tutti quei casi nei quali il rapporto si è risolto per il venir meno dell'aspetto fiduciario (giusta causa), o per un grave inadempimento, anche reiterato, ascrivibile al comportamento del lavoratore (giustificato motivo soggettivo), o per volontà unilaterale del prestatore (dimissioni).

In quest'ultimo caso, pur in presenza di dimissioni per giusta causa (paragonabili, sotto l'aspetto assistenziale, al licenziamento), si può parlare di un diritto a un risarcimento pieno nei confronti del datore di lavoro, pur essendo ipotizzabile, in astratto, una nuova riassunzione, cosa che, peraltro, urta con la logica, essendo il rapporto "logorato" da una serie di questioni ascrivibili alla sfera soggettiva del datore di lavoro.

Il diritto di precedenza vale anche per i lavoratori disabili assunti attraverso la normativa sul collocamento obbligatorio: anzi, sotto l'aspetto della tutela del posto di lavoro, non si può non sottolineare la funzione "protettiva" svolta sia dall'art.10 della L. n.68/99 che dall'art.5, co.2, della L. n.223/91. **Quest'ultimo impone il rispetto della quota percentuale dei licenziabili, nel senso che la procedura collettiva non può consentire all'imprenditore di "liberarsi" dei portatori di handicap in un numero tale da non rispettare l'aliquota.** Su questo punto è intervenuta la Corte Costituzionale con la sentenza n.85 del 7 marzo 1985, con la quale è stata dichiarata infondata la questione di legittimità del coordinato disposto tra l'art.9, co.2, della L. n.79/83 e l'art.5, co.2 e l'art.24, co.1, della L. n.223/91, nella parte in cui consente il licenziamento collettivo di lavoratori inabili in misura che, nonostante il rispetto della percentuale in relazione al numero dei licenziati, la stessa non risulti rispettata in rapporto al numero dei lavoratori che restano occupati. La Corte ha affermato che l'eventuale squilibrio deriva da situazioni contingenti oppure da precedenti inadempimenti e non già dalla norma impugnata relativa al regolare licenziamento e nemmeno dalla disciplina delle assunzioni obbligatorie. Il co.4 dell'art.10 della L. n.68/99 rafforza tale indirizzo normativo sancendo l'annullabilità dei recessi, quand'anche effettuati per giustificato motivo oggettivo, qualora l'impresa risulti scoperta nella riserva d'obbligo: esso può definirsi un ulteriore criterio, sia pure sussidiario, nell'individuazione dei lavoratori nell'ambito della procedura di mobilità.

Tornando a quanto appena detto relativamente alle due ipotesi di licenziamento si può affermare come il Legislatore abbia compreso casi tra loro diversi, legati sia al licenziamento per giustificato motivo oggettivo e alla messa in mobilità al termine delle procedure previste dagli artt.4 e 5 della L. n.223/91 che, secondo un indirizzo giurisprudenziale risalente alla sentenza della Corte di Cassazione n.723 del 24 gennaio 1997, ai licenziamenti plurimi individuali. Ovviamente, l'istituto

* Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

prescinde del tutto dall'ipotesi che venga erogata o meno la relativa indennità, atteso che quest'ultima è connessa ai limiti dimensionali dell'impresa e al relativo contributo di ingresso nella mobilità.

Le regole dal 2003 in poi

Fino al 29 gennaio 2003, data di entrata in vigore dell'art.4, co.6, del D.Lgs. n.297/02, la precedenza nelle riassunzioni era di dodici mesi, come previsto sia dall'art.15, co.6, della L. n.264/49 che dall'art.8, co.1 della L. n.223/91: dal giorno successivo il termine è stato dimezzato ed ora cessa allo scadere del sesto mese da quando è stato comunicato il recesso.

Così come è scritta la disposizione merita alcuni approfondimenti.

1) Il primo, se così si può dire, riguarda la "genesì" della norma, nata nel 1949, quando esisteva un collocamento pubblico fatto di classificazioni determinate da punteggi (anzianità di iscrizione, carichi di famiglia, ecc.) e di precedenza. È ovvio che, oltre a introdurre un diritto soggettivo in capo al lavoratore, la norma era diretta agli Uffici provinciali del Lavoro e alle loro articolazioni periferiche (uffici comunali di collocamento) affinché, nella predisposizione delle graduatorie delle persone da avviare, fossero tenute presenti alcune condizioni. C'è, piuttosto, un elemento non secondario da tenere nella dovuta considerazione: esso riguarda *"l'inerenza dell'obbligo alla riassunzione"*. L'art.15, co.6, della L. n.264/49 parla di *"azienda"* e non di *"datore di lavoro"*: ciò significa che il diritto può essere esercitato sia nei confronti del l'imprenditore che ha posto in essere il recesso, sia nei confronti di chi sia subentrato, successivamente, nella titolarità dell'azienda: su questo punto la Corte di Cassazione è stata molto chiara (Cass., n.174/02; Cass., n.182/02). Il diritto di precedenza, nell'arco temporale dei sei mesi dal licenziamento, è pieno, nel senso che si estende a tutte le unità produttive, non essendo previsto alcun limite geografico o chilometrico.

2) Il secondo concerne l'eventuale onere di esternare al proprio datore di lavoro la volontà di avvalersi del diritto da esercitare nei sei mesi successivi. Non c'è un obbligo specifico di comunicazione della volontà come, invece, c'è per le assunzioni a termine e per quelle stagionali, come sottolineato con le novità introdotte in materia di contratti a termine e di contratti per lavoro stagionale dalla L. n.247/07 che è intervenuta nel *"corpus"* del D. Lgs. n.368/01: qui il diritto c'è *"ex lege"* ed è strettamente correlato alla risoluzione del precedente rapporto. Per completezza di informazione va ricordato come il Legislatore, dopo aver previsto l'esternazione della volontà per i contratti stagionali e quelli a tempo determinato, non abbia detto altro: si presume che la stessa, anche per l'individuazione di una traccia, debba essere manifestata per iscritto.

3) La terza questione riguarda la possibile previsione di un periodo più ampio per l'esercizio del diritto: ciò può avvenire per effetto di accordi collettivi che concludono procedure di mobilità come nei casi, ad esempio, di risoluzioni progressive dei singoli rapporti di lavoro cadenzate nel tempo. È appena il caso di precisare che, in questo caso, la pattuizione collettiva, derogando alla norma in senso più favorevole ai lavoratori, presenta una piena validità.

4) Il quarto problema investe la natura del diritto: è assoluto, nel senso che riguarda ogni tipo di assunzione posta in essere dal datore di lavoro nel semestre successivo al provvedimento di licenziamento, o relativo, in quanto correlato alla specifica mansione o alle mansioni equivalenti? Ad avviso di chi scrive, la risposta non può essere che nel senso della relatività, atteso che la precedenza non può essere esercitata nei confronti di lavoratori assunti con qualifiche o tipologie contrattuali completamente diverse, non interessate dalle precedenti riduzioni, cosa che contrasterebbe con il principio della stessa libertà di sviluppo dell'impresa, come avverrebbe se, ad esempio, il *"blocco"* riguardasse l'assunzione di ingegneri o di tecnici, a fronte di precedenti risoluzioni di rapporti di personale operaio. Del resto, la stessa dottrina ha concordemente sostenuto che il diritto è esercitabile non solo per le stesse identiche mansioni ma anche per quelle, in un certo senso, omogenee a quelle ricoperte prima della risoluzione del rapporto.

5) Il quinto approfondimento concerne la possibilità, forse per molti aspetti teorica, di una selezione tra i possibili aventi diritto alla riassunzione, cosa che potrebbe verificarsi nell'ipotesi in cui più lavoratori siano stati licenziati contemporaneamente. Nel merito sembra possibile, in assenza di indirizzi anche giurisprudenziali, procedere lungo due strade: quella di una selezione che applichi, ovviamente all'inverso, i criteri ipotizzati dal Legislatore ex art.5 della L. n.223/91 per individuare i destinatari dei recessi, o quella di una scelta nominativa e totalmente discrezionale del datore di lavoro tra tutti gli interessati.

6) La sesta domanda scaturisce dall'applicabilità del diritto di precedenza a quei lavoratori come gli **edili licenziati** per "fine lavoro" o quegli altri individuati dal co.4 dell'art.24 della L. n.223/91 (attività stagionali o saltuarie, o scadenza del termine), per i quali non trova applicazione la procedura di mobilità. Ad avviso di chi scrive, il presupposto per l'applicazione di tale diritto di precedenza è strettamente correlato alle procedure di mobilità per i licenziamenti collettivi per riduzione di personale. Esso non c'è per gli edili licenziati al termine del lavoro, in quanto c'è una espressa esclusione legislativa che, peraltro, non fa che confermare quanto, a suo tempo, aveva previsto l'accordo interconfederale del 5 maggio 1965, il quale aveva escluso l'applicabilità della riassunzione entro l'anno. Ovviamente, alla luce di quanto previsto dall'art.1, co.40, della L. n.247/07 che ha innovato, sul punto, il D.Lgs. n.368/01, la precedenza per i lavoratori a termine che hanno superato i sei mesi o per le attività stagionali va esaminata e riconosciuta da una disposizione diversa.

7) Un'ulteriore questione (la settima) che merita un approfondimento è quella legata all'ampiezza del diritto di precedenza del lavoratore licenziato rispetto, ad esempio, a una trasformazione a tempo indeterminato di un rapporto in essere, sia pure instaurato con una tipologia formativa. Ad avviso di chi scrive si è su due piani diversi, in quanto la norma di riferimento (art.15, co.6, della L. n.264/49) parla di diritto di precedenza nelle assunzioni, mentre nel caso di rapporto di lavoro in corso non c'è una nuova assunzione, ma soltanto una trasformazione. Del resto, su questo punto, la Corte di Cassazione (Cass., 20 dicembre 1996, n.11442), sia pure riferendosi alla conversione in rapporto a tempo indeterminato di un contratto di formazione e lavoro, sostenne, a chiare note, la tesi che la disposizione si riferiva all'ipotesi di costituzione di nuovi rapporti, affermando come manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, in relazione agli artt.3 e 4 della Costituzione, sulla base del concetto che si trattava di situazioni oggettivamente diversificate, in quanto l'ipotesi di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro (art.3, co.12, della L. n.863/84) era non soltanto una vicenda eventuale del rapporto di lavoro, ma anche uno strumento finalizzato alla concreta realizzazione di una politica occupazionale perseguita dal Legislatore.

8) L'ottavo problema da risolvere riguarda **l'individuazione del datore di lavoro destinatario dell'eventuale obbligo di riassunzione**: è il datore di lavoro che ha, materialmente, posto in essere il recesso o chi, subentrando "in toto" nell'attività, ne ha rilevato gli obblighi? A questa domanda si è già in parte risposto, allorché, riallacciandosi ad orientamenti costanti della Corte di Cassazione, si è affermato che, per legge, l'obbligo grava sull'azienda e non sull'imprenditore. C'è, tuttavia, la questione delle società controllate: l'obbligo grava anche su di esse? La risposta è senz'altro negativa, atteso che ci si trova di fronte a soggetti giuridici diversi, fatta salva l'ipotesi, talora ricorrente, che il diritto alla riassunzione scaturisca da una norma di natura collettiva contenuta nell'accordo che ha dato il via ai licenziamenti collettivi. Ma cosa si intende per società controllate? Qui soccorre la dizione contenuta nell'art.2359 c.c., il quale afferma che tali sono:

- a) quelle in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;
- b) quelle in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;
- c) quelle in cui si verifica un'influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.

L'articolo 2359 c.c. precisa, inoltre, altri criteri di valutazione nel c.d. "controllo per partecipazione". In tali ipotesi vanno computati anche i voti delle società controllate, delle fiduciarie e di quelle affidate ad interposta persona. Non vanno, ovviamente, computati i voti espressi, per delega, per conto terzi. Questa breve digressione sulle società controllate è stata fatta non soltanto ai fini dell'argomento che è esaminato in questa nota, ma anche perché (ma la cosa ci porterebbe lontano in quanto si andrebbe ben fuori dall'argomento) la figura delle società controllate e degli aumenti occupazionali è richiamata anche da provvedimenti inseriti nelle misure finalizzate all'incremento degli organici nel Mezzogiorno, contenuti nell'art.2 della L. n.244/07.

Diritti del lavoratore



MA SE IL DATORE DI LAVORO NON RISPETTA IL DIRITTO DI PRECEDENZA COSA PUÒ FARE IL LAVORATORE CUI SIA STATO LESO IL DIRITTO?

Il problema si pone nel caso relativo al licenziamento ma, in ugual misura, è presente nelle ipotesi relative ai contratti a termine e ai contratti a tempo parziale. È senz'altro da scartare la costituzione

“forzosa” del rapporto di lavoro, atteso che lo stesso non può che trarre origine dalla libera volontà delle parti e che neanche nel collocamento obbligatorio, ove l'avviamento numerico avviene sulla base di una “scopertura” dell'aliquota di legge, ciò avviene. Quindi, resta praticabile soltanto la via alternativa del risarcimento del danno, rispetto al quale i criteri per la determinazione possono essere i più disparati come, ad esempio, la perdita dell'opportunità lavorativa, il permanere dello stato di disoccupazione, il contesto relativo al mercato del lavoro in cui è venuta meno l'occasione di lavoro, l'età del lavoratore, ecc.

Il diritto di precedenza stabilito dalla norma o dalla contrattazione collettiva attiene alla sfera giuridica del lavoratore ed è strettamente correlato, per qualunque tipo di rapporto (anche se riferito ai lavoratori disabili), a una manifestazione di volontà: esso è, per sua natura, disponibile. Ciò significa che, in sede di transazione economica successiva ad una risoluzione del rapporto, lo stesso possa essere compreso, con una specifica rinuncia, nella somma complessiva con la quale si conclude la controversia insorta. Tale rinuncia può avvenire anche implicitamente (ma il lavoratore ne deve essere pienamente cosciente), allorché si afferma che lo stesso rinuncia a qualsiasi diritto connesso “*direttamente od indirettamente*” all'intercorso rapporto di lavoro. La rinuncia è perfettamente valida, in quanto il diritto di precedenza nasce dal licenziamento pur se il diritto di prelazione diviene attuale, ai fini dell'esercizio, nel momento in cui si il datore di lavoro intende assumere nuovo personale. Sul punto, tuttavia, il Tribunale di Milano (Trib. Milano, 30 maggio 1997) ha escluso la rinunciabilità, in quanto, all'atto della risoluzione del rapporto, il diritto di prelazione non è attuale.

Il caso del trasferimento d'azienda

Un caso correlato, per certi versi simile, è rappresentato dal diritto di precedenza in favore dei lavoratori non assunti dopo un trasferimento di azienda. Tale diritto trae origine dell'art.47, co.6, della L. n.428/90. I lavoratori che, dopo l'intervenuto accordo sindacale, non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro i dodici mesi successivi al trasferimento o nel termine maggiore stabilito dall'accordo sindacale. La garanzia della precedenza comporta la non applicazione di alcune specifiche garanzie previste dall'art.2112 c.c., come l'assenza di solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti vantati nei confronti del primo all'atto del trasferimento o, nel caso in cui le condizioni abbiano subito una sostanziale modifica, la possibilità di rassegnare le dimissioni per giusta causa, ma senza il pagamento di un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso, come stabilito per tutti gli altri prestatori dal co.4 dell'art.2112 c.c..