

08 / 2016

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

UOMINI

e

CAPORALI

Approvata la legge sul caporalato.

Una toppa alle falle delle precedenti riforme

La Consulta affonda
la riforma Madia
del pubblico impiego

Precariato scolastico:
dopo CdG e CC,
interviene la Cassazione

Trattamento
retributivo minimo
dei soci lavoratori

08

Novembre - Dicembre 2016

04

**La Consulta affonda la riforma della
Pubblica Amministrazione:
serviva l'intesa con le Regioni**

di Ivan Petrone

06

**Caporalato: un passo avanti dopo
molti passi indietro. Ma il saldo
resta negativo**

di Giovanni Calvellini

08

**Cassazione sul precariato scolastico:
sanato l'illecito con la stabilizzazione
o risarcimento del danno**

di Andrea Ranfagni

11

**Soci lavoratori: nessuna deroga al
trattamento retributivo previsto
dal CCNL**

di Adele Pasquini

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato Scientifico

Avv. Andrea Danilo Conte
Avv. Fabio Rusconi

In redazione

Giovanni Calvellini
Livia Irtinni
Adele Pasquini
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro
Via della Condotta, 12
50122 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

La Consulta affonda la riforma della Pubblica Amministrazione: serviva l'intesa con le Regioni

di Ivan Petrone

La Corte costituzionale sancisce l'illegittimità di buona parte della c.d. legge Madia sulla riforma della pubblica amministrazione (L. 7 agosto 2015, n.124 "Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche"), accogliendo il ricorso promosso dalla regione Veneto. Lo fa non per ragioni di merito, ma perché il legislatore ha esercitato il proprio potere di delega senza prevedere un adeguato coinvolgimento delle Regioni, in violazione del principio costituzionale di "leale collaborazione".

Violato il principio di leale collaborazione tra Stato e regioni

Il principio di "leale collaborazione", afferma la Corte, rileva ogni volta che lo Stato intende attuare riforme che toccano una pluralità di materie ed istituti "che incidono su competenze statali e regionali, inestricabilmente connesse", e che, per questo, danno luogo ad una "concorrenza" di competenza non risolvibile in base al riparto configurato dall'art.117. Questo è proprio il caso delle disposizioni impugnate della Legge Madia, che spaziano dalla cittadinanza digitale (art.1), alla dirigenza pubblica (art.11), al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art.18), ai servizi pubblici locali di interesse economico generale (art.19). A fronte di un simile intreccio di competenze, lo Stato, in virtù della necessità di soddisfare esigenze unitarie, ben può esercitare il potere legislativo invadendo competenze riservate alle Regioni; ma nel farlo deve appunto rispettare il principio di leale collaborazione. Il che per la Corte comporta la necessità che tale potere sia esercitato previa "intesa" da raggiungere in sede di Conferenza unificata. Da ciò la censura di incostituzionalità, visto che la legge delega si limita a richiedere la mera acquisizione di un "parere".

Insomma, per i Supremi giudici, tutte le volte che lo Stato mette mano a riforme organiche, che incidono anche su ambiti riservati alla competenza "residuale" delle regioni, non può essere omettuto il passaggio in sede di Conferenza unificata al fine di cercare un'intesa con le stesse. "Cercare", quanto meno, perché la

Corte precisa come la mancata "intesa" non debba portare lo Stato ad abdicare "al suo ruolo di decisore", purché però l'eventuale fallimento della procedura concertativa giunga dopo l'attivazione di "meccanismi per il superamento delle divergenze, basati sulla reiterazione delle trattative o su specifici strumenti di mediazione". Un semplice "parere", privo di alcuna vincolatività, è invece troppo poco come espressione della leale collaborazione che dovrebbe ispirare i rapporti tra Stato e autonomie locali

Le norme della delega dichiarate incostituzionali

Nello specifico, le norme censurate riguardano in buona parte profili della riforma attinenti ai rapporti di lavoro; ovvero, le disposizioni della legge delega relative alla riorganizzazione della dirigenza pubblica (art.11) ed al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (art.18). Quanto alle prime, l'intesa in sede di Conferenza andava prevista perché le materie destinate ad essere regolate dal legislatore delegato toccano competenze residuali in materia di "ordinamento e organizzazione amministrativa regionale"; in particolare rientrano in tale ambito di competenza le procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al ruolo, il conferimento degli incarichi e la loro durata. Di spettanza delle regioni anche le norme relative alla formazione. Per altro, osserva la Corte, la legge delega prevede la necessità della previa intesa per l'istituzione del ruolo unico dei dirigenti regionali, con ciò riconoscendo che tale vincolo è necessario qualora si tratti di incidere sulla materia dell'organizzazione amministrativa regionale; è dunque evidente che sia irragionevole il ricorso al mero parere in relazione ad altre materie riconducibili al medesimo ambito di competenza.

Analoghe censure sono mosse alle deleghe in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, che spaziano dalle regole sul reclutamento, alla disciplina del rapporto di lavoro, al contenimento delle assunzioni, al lavoro flessibile,

alla valutazione e alla responsabilità disciplinare dei lavoratori. Tutte disposizione riconducibili alla materia dell' "ordinamento civile" (di spettanza esclusiva statale), ma che "mettono in gioco, in misura rilevante, anche la competenza regionale residuale in materia di organizzazione amministrativa delle Regioni e degli enti pubblici regionali, in specie quando intervengono a dettare precisi criteri inerenti alle procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al lavoro pubblico regionale".

L'effetto della sentenza sui decreti delegati

La Corte precisa che le censure riguardano la legge delega e non si estendono automaticamente ai decreti attuativi. Qualora questi venissero impugnati, la loro sopravvivenza dipenderà dall'accertamento in merito all' "effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione". In altre parole, sembra dire la Corte, nel caso in cui, anche senza modificare la legge delega, si procedesse al confronto concertativo in Conferenza unificata prima di adottare i decreti, questi possono passare indenni dal vaglio di legittimità. Ma si tratta di uno scenario difficile da concretizzarsi, considerando il quadro politico nel quale il Governo si trova ad operare e i termini per esercitare la delega (febbraio).

Discorso diverso per i decreti già adottati, in primis quello sui c.d. "furbetti del cartellino" (d.lgs. n. 116/2016) che, per effetto della sentenza, pur non decadendo automaticamente, entra in uno stato di limbo. Serve infatti una censura della Corte per farne venir meno l'efficacia. Ne consegue che un dirigente è comunque tenuto ad attivare il nuovo procedimento disciplinare, pur sapendo che il ricorso del lavoratore potrebbe terminare con una censura di incostituzionalità. Il condizionale in questo caso però è d'obbligo: è vero infatti che la dichiarazione di incostituzionalità ha colpito anche la disposizione della legge delega sulla quale si fonda il d.lgs. 116/16 (art.17, comma 1, lett. s) ma è anche vero che la disciplina del regime sanzionatorio configurata dallo stesso decreto è riconducibile in toto alla materia dell'ordinamento civile, in quanto tale non incidente su ambiti di competenza residuale delle regioni. Il decreto potrebbe dunque sopravvivere alla sentenza della Corte, ed anche alle sorti del Governo. Il che non esclude che possa comunque incappare in future censure di illegittimità costituzionale (stavolta nel merito), posta la dubbia tenuta del nuovo regime sanzionatorio sotto il profilo del principio di proporzionalità e, soprattutto, del diritto di difesa, in ragione dei termini eccessivamente compressi del procedimento (30 giorni). Ma questa, come si suol dire, è un'altra storia.

Lo scenario aperto dalla sentenza della Corte non sarebbe cambiato neppure con la nuova Costituzione, bocciata dal referendum del 4 dicembre: la riforma "Boschi" modificava infatti le sole competenze concorrenti delle regioni lasciando invariate quelle "residuali", oggetto della sentenza della Corte. La questione però, discussa all'indomani della sentenza, non ha ormai più ragione di porsi. ■

FLASH

Licenziamento collettivo: illegittimo se il criterio utilizzato è del tutto generico

Con la sentenza n. 23100 pubblicata l'11 novembre 2016 la Corte di Cassazione è intervenuta in merito alla legittimità di un licenziamento collettivo nell'ipotesi in cui l'azienda e le OO.SS. individuino un criterio di scelta convenzionale eccessivamente generico ed indeterminato.

Nel caso di specie, una Banca aveva concordato con le OO.SS. l'applicazione del criterio convenzionale della prossimità alla pensione, ma nell'accordo aziendale era stata inserita una clausola con la quale è stato deciso di tenere indenni dalla procedura di licenziamento collettivo quei lavoratori che ricoprissero "posizioni con contenuti specialistici e/o commerciali di particolare rilevanza" per i quali il rapporto di lavoro sarebbe dunque proseguito, in virtù di tale riserva datoriale.

La Suprema Corte ha ritenuto che l'esclusione di alcuni lavoratori dalla procedura sulla base di questa clausola fosse illegittima, ritenendo il criterio di scelta eccessivamente generico, non obiettivo ed irrazionale perché di fatto conferiva alla società datrice un margine di discrezionalità smisurato nella scelta dei lavoratori da licenziare.

In materia di riduzione del personale la giurisprudenza della Suprema Corte ha ripetutamente affermato che la determinazione negoziale dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, che si traduca in un accordo sindacale concluso dai lavoratori attraverso le associazioni sindacali che li rappresentano, deve rispettare il principio non solo di non discriminazione, ma anche di razionalità, alla stregua del quale i criteri concordati devono avere i caratteri dell'obiettività e della generalità ed essere coerenti col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori (cfr. C. Cass. N. 13794/2015, C. Cass. N. 16351/2016).

Pertanto, l'accordo sindacale previsto dall'art. 5 può adottare uno o più criteri di scelta in sostituzione di quelli legali, a condizione che i criteri adottati permettano l'esauriente e univoca selezione dei lavoratori destinatari del licenziamento, in modo da poter essere applicati senza alcun margine di discrezionalità da parte del datore di lavoro (cfr. C. Cass. N. 6560/2010 e C. Cass. n. 10424/2012).

La ratio di tale orientamento è chiara: poiché grava sul lavoratore licenziato l'onere di allegare e provare la violazione dei criteri di scelta legali o convenzionali, se il datore di lavoro applica un criterio decisamente vago, il lavoratore è privato della tutela assicurategli dalla legge, perché la scelta in concreto effettuata dal datore di lavoro non è raffrontabile con alcun criterio oggettivamente predeterminato, con la conseguenza dell'assoluta discrezionalità del datore di lavoro nell'individuazione dei lavoratori da licenziare.

Caporalato: un passo avanti dopo molti passi indietro. Ma il saldo resta negativo

di Giovanni Calvellini

Com'è noto, il caporalato è quel fenomeno in cui una persona (il "caporale"), non di rado legata a organizzazioni mafiose, recluta al mattino manodopera giornaliera da adibire al lavoro (spesso nei cantieri edili o nei campi) in favore di un altro soggetto che si avvale della prestazione.

Tale attività, non solo è già di per sé illecita (perché realizza una dissociazione tra datore formale e sostanziale), ma è anche carica di ulteriore disvalore in quanto è, di frequente, accompagnata da violenze e minacce e, nel "migliore" dei casi, è posta in essere con il "solo" intento di sfruttare manodopera irregolare approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori e aggirando quel complesso di regole che nel nostro ordinamento è predisposto a tutela del lavoro dipendente.

Ebbene, sin dalla legge n. 1369/1960, il contrasto al caporalato comprendeva sanzioni penali, tanto per il caporale, quanto per il datore di lavoro che sfruttava i lavoratori messi a disposizione dal primo. E ciò anche dopo che nel 2003 era stata abrogata la suddetta legge del 1960. L'art. 18, d.lgs. n. 276/2003, infatti, puniva penalmente sia gli illeciti in fase di intermediazione (ivi inclusi quelli relativi alla ricerca, selezione e ricollocazione del personale) per l'inserimento nel mercato del lavoro, che l'esercizio dell'attività di somministrazione da parte di soggetti non autorizzati, che, infine, l'utilizzo di quegli stessi lavoratori da parte dell'impresa. A ciò si aggiungeva, poi, l'illiceità penale della fattispecie della "somministrazione fraudolenta", ovvero la fornitura professionale di manodopera «posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicato al lavoratore, somministratore e utilizzatore» (art. 28, d.lgs. n. 276/2003).

Ora, non vi sono dubbi che - vista soprattutto l'entità delle pene comminate - l'apparato sanzionatorio introdotto nel 2003 fosse insufficiente a favorire un serio tentativo di repressione del fenomeno del caporalato. Però, quelle riforme attuate dal nel corso 2015 hanno ridotto al minimo l'efficacia deterrente del sistema sanzionatorio del fenomeno in parola.

Dapprima, il d.lgs. n. 81/2015 abrogava il reato di somministrazione fraudolenta; in seguito, il d.lgs. n. 8/2016 depenalizzava, trasformandoli in illeciti amministrativi, i reati di somministrazione abusiva e di utilizzazione illecita, fatta eccezione solo per il caso di intermediazione illecita con scopo di lucro e per l'ipotesi dell'impiego di minorenni.

Il disvalore penale della fattispecie veniva sostanzialmente meno, rimanendo quasi esclusivamente un sistema sanzionatorio amministrativo.

Al vulnus di tutela prodotto da queste riforme, ha cercato di porre rimedio il Parlamento con la legge in commento. Con la recentissima legge n. 199/2016 sono state ripristinate almeno in parte le tutele precedenti. Dalla riscrittura dell'art. 603-bis c.p. è discesa l'introduzione di due nuove fattispecie delittuose all'interno del genere dei reati contra la persona: la prima, punita con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 € per ciascun lavoratore, consiste nel reclutare manodopera da destinare al lavoro presso altri in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori, nonché nell'assumere, utilizzare o impiegare manodopera, anche dopo intermediazione, assoggettando i lavoratori a condizioni di sfruttamento e approfittando del loro stato di bisogno; la seconda, punita con la reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 € per ciascun lavoratore, si verifica quando i fatti di intermediazione, assunzione, utilizzazione o impiego sono commessi con violenza o minaccia.

Il comma 2 della disposizione in parola indica, poi, le condizioni che costituiscono indici di sfruttamento. Si tratta della reiterazione della corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque in maniera sproporzionata rispetto alla quantità e alla qualità del lavoro prestato; della ripetuta violazione della normativa sull'orario di lavoro, sui riposi, sulle ferie e sull'aspettativa obbligatoria; della sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene sui luoghi di lavoro; della sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti. Al ricorrere di uno o più di questi elementi fattuali, si deve ritenere sussistente la condizione di sfruttamento del lavoratore.

Il reato è aggravato e, quindi, la pena è aumentata da un terzo alla metà, se il numero dei lavoratori reclutati è superiore a tre, se anche solo un lavoratore è minorenne e se i prestatori sfruttati sono stati esposti a grave pericolo, tenuto conto della prestazione da svolgere e delle condizioni di lavoro.

La legge n. 199 cit. introduce, inoltre, nel codice penale due nuove disposizioni con l'intento di agevolare la repressione del fe-

nomeno del caporalato.

In primo luogo, viene prevista un'attenuante (con riduzione della pena da un terzo a due terzi) per i colpevoli del reato di cui all'art. 603-bis c.p. che, nel rendere dichiarazioni su quanto a loro conoscenza, si adoperano per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze (c.d. ravvedimento operoso) oppure collaborano concretamente l'autorità di polizia o giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti o per il sequestro delle somme o delle altre utilità frutto dell'attività criminale (art. 603-bis.1 c.p.).

Secondariamente, in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per tutti i delitti di cui all'art. 603-bis c.p., viene previsto l'obbligo di confisca delle cose che sono servite o sono state destinate a commettere il reato o delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto o il profitto. Inoltre, qualora essa non sia possibile, deve essere disposta la confisca dei beni di cui il reo ha la disponibilità, anche indirettamente o per interposta persona, per un valore corrispondente al prodotto, prezzo o profitto del reato (art. 603-bis.2 c.p.).

Per evitare conseguenze paradossali, la legge n. 199 cit. dispone che nei procedimenti per i reati di cui all'art. 603-bis c.p., se sussistono in presupposti di cui all'art. 321, comma 1 c.p.p. e l'interruzione dell'attività imprenditoriale può comportare ripercussioni negative sui livelli occupazionali o compromettere il valore economico dell'azienda, il giudice deve disporre, in luogo del sequestro, il controllo giudiziario dell'azienda presso cui è stato commesso il reato. Con lo stesso provvedimento deve essere nominato l'amministratore giudiziario che affianca l'imprenditore e procede a controllare il rispetto delle norme la cui violazione dà luogo alle citate condizioni di sfruttamento. Egli, inoltre, provvede a regolarizzare i lavoratori che prestavano la propria attività lavorativa in assenza di regolare contratto e ad adottare misure - anche in difformità rispetto a quelle proposte dall'imprenditore - per impedire che le violazioni possano ripetersi.

Si può dire, insomma, che la legge n. 199 cit. ripristina un apparato sanzionatorio penale del caporalato che sicuramente rappresenta un passo avanti rispetto al vuoto creato in proposito dai primi interventi del Governo Renzi. Tuttavia, resta più di un dubbio in punto di effettività di detto sistema nei confronti della posizione del lavoratore. Infatti, sotto la vigenza dell'art. 28, d.lgs. n. 276/2003 era prevista l'operatività del meccanismo della prescrizione obbligatoria ex art. 15, d.lgs. n. 124/2004, cosicché gli ispettori del lavoro dovevano ordinare all'utilizzatore (senza bisogno di un intervento del giudice) l'immediata assunzione dei lavoratori oggetto di somministrazione fraudolenta con ripristino di tutte le tutele retributive, assicurative e previdenziali. Oggi, invece, questo meccanismo di tutela - indubbiamente più rapido e snello - non opera per i lavoratori fraudolentemente somministrati, interposti o sfruttati, perché l'unico modo per ottenere la regolarizzazione del rapporto di lavoro e la rimozione delle condizioni di sfruttamento è quello che passa per la sopra descritta nomina - da parte del giudice - dell'amministratore giudiziario con il provvedimento che dispone il controllo giudiziario dell'azienda.

Insomma, con l'ultimo intervento del legislatore si sono contenuti i danni di un processo di liberalizzazione del mercato del lavoro che ha di fatto agevolato anche i fenomeni più estremi di sfruttamento. E' evidente che le nuove misure repressive del caporalato sarebbero state più efficaci in un quadro normativo più attento a contrastare qualsiasi ipotesi di interposizione nei rapporti di lavoro. ■

Cassazione sul precariato scolastico: sanato l'illecito con la stabilizzazione o il risarcimento del danno

di Andrea Ranfagni

Con la Sentenza n. 22552 del 7 novembre 2016 la Corte di Cassazione si è pronunciata sulla questione del precariato scolastico a seguito delle questioni pregiudiziali risolte in sede europea con la Sentenza Mascolo della Corte di Giustizia UE del 26 novembre 2014 ed in sede costituzionale con la Sentenza della Consulta n. 187 del 20 luglio 2016 (commento di quest'ultima nel Bollettino n. 6/2016).

La decisione era attesa, posto che tanto la Corte di Giustizia UE, quanto la Corte Costituzionale, pur fornendo delle indicazioni importanti, non avevano delineato un quadro chiaro della normativa vigente a seguito della declaratoria di illegittimità dell'art. 4, commi 4 e 11, l. n. 124/2009 (e, del resto, specialmente il primo giudice, non avrebbe potuto farlo). Si tratta della normativa sul reclutamento scolastico a termine, in virtù della quale sono stati stipulati negli anni molti dei contratti a tempo determinato impugnati con le varie azioni giudiziarie ancora oggi pendenti davanti ai giudici italiani.

Se, da un lato, già la stessa Corte di Cassazione in una Sentenza del 2012 (Sentenza n. 10127 del 20 giugno 2012) aveva riconosciuto alla suddetta normativa - in sintonia con la sentenza della Corte Costituzionale del luglio scorso - il carattere speciale e prevalente rispetto alla disciplina del settore privato (d.lgs. n. 368/2001, oggi d.lgs. n. 81/2015) e del resto del pubblico impiego (art. 36, d.lgs. n. 165/2001), dall'altro lato, restava da capire quali regole dovevano applicarsi a seguito, appunto,

dell'inefficacia della normativa speciale.

Per comprendere la soluzione adottata dalla Cassazione è necessario ricordare come la l. n. 124/2009, all'art. 4, individui 3 tipi di contratti a termine stipulabili tanto con il personale docente, quanto con quello ATA.

La prima tipologia è quella di cui all'art. 4, commi 1 e 11, oggetto, appunto, del giudizio di legittimità comunitaria e costituzionale. Si tratta dei contratti cosiddetti su "organico di diritto", ovvero contratti, di durata annuale e su posti "vacanti", stipulati in attesa delle procedure concorsuali a tempo indeterminato, che, secondo il programma originario, dovevano realizzarsi ogni 3 anni per coprire gli stessi posti vacanti.

Come noto, detto limite temporale non è mai stato rispettato e nei fatti si è così assistito ad una reiterazione dei contratti a termine in questione, oltre i 3 anni, quindi ad un abuso nel relativo utilizzo, privo di qualsiasi requisito di temporaneità e per far fronte solo ad esigenze stabili e durature. Da qui i motivi dei rinvii pregiudiziali alla Corte Costituzionale e, ad opera di quest'ultima, alla Corte di Giustizia UE.

La seconda tipologia di contratti, invece, è quella di cui all'art. 1, comma 2, ovvero i contratti cosiddetti su "organico di fatto" con scadenza sino al 30 giugno, ovvero contratti stipulati per posti astrattamente non "vacanti", ma che si rendono disponibili, per varie ragioni, di carattere "contingente". Nei fatti è noto come anche detti contratti si siano tradotti spesso e volentieri in contratti nella sostanza annuali per

far fronte a vuoti di organico, comunque per soddisfare esigenze non temporanee.

La normativa su questa tipologia di contratti, come precisata dalla stessa Cassazione nella sentenza in commento, non è stata oggetto di rinvio alla Corte Costituzionale, quindi alla Corte di Giustizia UE.

Non mancano comunque indicazioni al riguardo nella decisione del 7 novembre 2016, che a breve esporremo.

La terza ed ultima tipologia di contratti a termine delineata dall'art. 4, l. n. 124/2009 è quella di cui al comma 3. Anch'essa non è stata oggetto delle decisioni pregiudiziali ed attiene alla brevi supplenze, ad esempio per far fronte ad assenze per malattia o per congedi di maternità.

La soluzione interpretativa della Cassazione circa la configurazione di un'illecita reiterazione di contratti a termine

Stante l'inefficacia conseguente alla dichiarazione d'illegittimità dell'art. 4, commi 1 e 11, l. n. 1244/2009, si poteva pensare che per detta tipologia di contratti dovesse trovare applicazione la normativa valevole per il resto del pubblico impiego, ovvero l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, secondo cui l'assunzione a termine nelle pubbliche amministrazioni può avvenire solo per far fronte ad esigenze temporanee ed eccezionali.

La Corte di Cassazione, invece, non considera inefficaci i contratti stipulati in base alla normativa censurata, ma di fatto salva la disposizione fornendone un'interpretazione adeguatrice, alla luce dei principi enunciati dalla Corte di Giustizia UE e della Corte Costituzionale in materia di contratto a termine.

E' così che la Suprema Corte afferma che deve considerarsi valevole il limite dei 36 mesi, superati i quali si configura una reiterazione abusiva dei contratti a termine in questione. Il termine dei 3 anni, attraverso una lettura sistematica, viene individuato richiamando la nuova legge sulla "buona scuola" (l. n. 107/2015), che lo prevede quale durata massima dei contratti a termine nel comparto scuola, analoga-

mente a quanto già fatto nel settore privato dal d.lgs. n. 81/2015 e dal d.lgs. n. 368/2001.

Un termine di 36 mesi che, del resto - come evidenzia la Corte di Cassazione - aveva previsto la stessa normativa della scuola con riferimento alla cadenza con la quale dovevano essere fatti i concorsi per assunzioni a tempo indeterminato; entro i quali cioè poter sopperire alla carenza di organico "temporanea" attraverso le assunzioni a termine di cui all'art. 4, commi 1 e 11, l. n. 124/2009.

Se quindi i contratti a termine stipulati ai sensi di queste ultime disposizioni si sono protratti oltre il limite di tre anni, ricorrono quelle condizioni di rilevanza dell'illecito, tali da far scattare sanzioni civili. Altrimenti, per la Corte i contratti restano validi

Resta così impossibile poter dimostrare che l'illegittimità dei contratti in questione possa derivare dall'accertamento dell'assenza in concreto di ragioni temporanee (nel senso di legate ad un evento avente un inizio ed una fine nel tempo), ma di durata complessiva inferiore a 36 mesi. Possibilità che invece sarebbe stata garantita se si fosse concluso per l'applicazione della normativa generale del pubblico impiego.

Nell'affermare questo principio, poi, la Cassazione non manca di precisare che tutto ciò vale solo per i contratti a termine stipulati prima dell'entrata in vigore della legge sulla "buona scuola" del 2015, che ha introdotto una nuova disciplina, ritenuta dalla stessa Corte Costituzionale nel luglio scorso conforme al diritto comunitario. Vale poi altresì solo per i contratti stipulati dopo il 10 luglio 2001, che era il termine ultimo che l'Italia aveva a disposizione per dare attuazione alla Direttiva comunitaria sui contratti a termine, sulla cui compatibilità della normativa nazionale in analisi si è discusso nel caso Mascolo davanti alla Corte di Giustizia UE. I contratti a termine stipulati prima di tale data ai sensi dell'art. 4, commi 1 e 11, l. n. 124/2009 non possono così essere ritenuti illegittimi perché stipulati in un periodo in cui l'Italia era ancora in tempo ad adeguarsi al diritto comunitario.

Non si può non sottolineare come questa precisazione esprima lo sforzo massi-

mo fatto dalla Cassazione nella sentenza in commento per tentare di salvare il salvabile.

I contratti su "organico di fatto"

La Suprema Corte non manca inoltre di precisare che il discorso in questione vale solo per i contratti su "organico di diritto", non per quelli relativi a "organico di fatto" o supplenze brevi, per ragioni temporanee. Per questi ultimi, infatti, il discorso non può valere in quanto non interessati dalle pronunce di illegittimità costituzionale e comunitaria rispettivamente del 2014 e 2016.

La normativa è così a tutti gli effetti salva, anche se nella sentenza in esame viene ricordato come un'interpretazione conforme al diritto comunitario richieda che sia offerta al destinatario di contratti a termine su "organico di fatto" la possibilità di dimostrare un uso "improprio o distorto" degli stessi (concetto nuovo nella giurisprudenza e nella normativa in materia di contratti a termine).

Quest'ultimo principio sarà per forza di cose oggetto di successivi sviluppi giurisprudenziali stante la sua scarsa chiarezza. E a nulla serve l'ulteriore specificazione per cui tale uso improprio o distorto starebbe a significare che non basta "la sola reiterazione (dei contratti a termine) ma le condizioni concrete della medesima", citando l'esempio del "susseguirsi delle assegnazioni presso lo stesso Istituto e con riguardo alla stessa cattedra".

Volendo già da subito fornire una soluzione interpretativa, potrebbe ipotizzarsi il riferimento alla possibilità di dimostrare che i contratti su "organico di fatto" sono stati stipulati per far fronte ad esigenze non "temporanee" - cioè non legate, come si diceva, ad eventi storici aventi un inizio ed una fine - ma sottoscritti per far fronte ad esigenze stabili di personale. Il che equivarrebbe a ritenere applicabile la normativa generale valevole per il pubblico impiego.

Lo stesso discorso sembra poi valere per le supplenze brevi, ovvero, come visto, la terza tipologia di contratti a termine nel settore scolastico.

La soluzione interpretativa della Cassazione in relazione alle conseguenze sanzionatorie dell'illecita reiterazione

La seconda parte della decisione in commento attiene al tema delle conseguenze sanzionatorie derivanti dal configurarsi di un'illecita reiterazione di contratti a termine contraria al diritto comunitario, quindi all'Accordo quadro sul lavoro a termine, incluso nella Direttiva UE n. 70/99.

Qui possiamo dire che la strada per la Cassazione fosse già spianata da quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del luglio scorso, all'interno della quale la Consulta ebbe modo di dilungarsi molto sull'aspetto in questione.

Anche la Cassazione, infatti, afferma che l'illecito può ritenersi sanato dalla stabilizzazione - ovvero dall'assunzione a tempo indeterminato del precario - che sia avvenuta per effetto del piano straordinario di assunzioni predisposto con la legge sulla "buona scuola", oppure secondo le precedenti regole.

Un principio questo che, si precisa, vale tanto per il personale docente, quanto per quello ATA, rispetto al quale, come noto, non è stato predisposto - a differenza dei docenti - alcun piano straordinario di assunzioni a tempo indeterminato, ma che, in base alle vecchie regole, può comunque aver ottenuto la stabilizzazione.

Questo significa che tutti coloro che hanno intrapreso una causa perché vittime di un'abusiva reiterazione di contratti a termine, se sono stati assunti a tempo indeterminato potranno ritenersi ristorati.

Come sottolinea la sentenza, comunque, sarà fatta salva la possibilità di dimostrare ulteriori danni, facendo però ricorso alle regole ordinarie, quindi con un onere probatorio più stringente e senza godere del regime agevolato sussistente nei casi in cui l'illecito sia relativo al configurarsi di un abuso contrario al diritto UE.

In altre parole, potrà essere chiesto solo il risarcimento di un danno non come sanzione per violazione delle leggi comunitarie, ma come danno prettamente civile quindi, come tale da dimostrare nell'an e nel quantum. (relativo, ad esempio, alle differenze retributive che sarebbero spettate qualora si fosse stati assunti a tempo indeterminato).

Ritornando, poi, sul tema della stabilizzazione, l'elemento di novità rispetto alla pronuncia della Corte Costituzionale

del luglio scorso contenuto nella Sentenza della Suprema Corte in commento attiene alla precisazione secondo cui deve ritenersi sanato l'illecito comunitario e ristorato il conseguente danno subito, anche qualora la stabilizzazione non sia ancora concretamente avvenuta, ma vi sia certezza di fruire, in tempi certi e ravvicinati, di un accesso privilegiato al pubblico impiego, nel tempo compreso fino al totale esaurimento delle graduatorie ad esaurimento, secondo quanto previsto dal comma 109 dell'art. 1 della legge n. 107 del 2015.

Se, quindi, il precario è stato impiegato con contratti su "organico di diritto" oltre i 36 mesi e ancora non è stato stabilizzato, ma risulta inserito in GAE, potrà ritenersi ristorato dell'illecita reiterazione dei contratti a termine.

Questa parte della pronuncia della Corte pare la più criticabile, posto che, analizzando il comma 109 dell'art. 1, l. n. 107/2015, ci accorgiamo di come tempi realmente certi e ravvicinati nel realizzare il completo esaurimento delle GAE non vi siano. Si fa, infatti, riferimento più volte al rispetto delle facoltà assunzionali; il che, implicando limiti quantitativi e finanziari, non pare garanzia di certezza e rapidità. Certamente l'attività dei giudici di merito nel dare applicazione al principio in questione non sarà semplice.

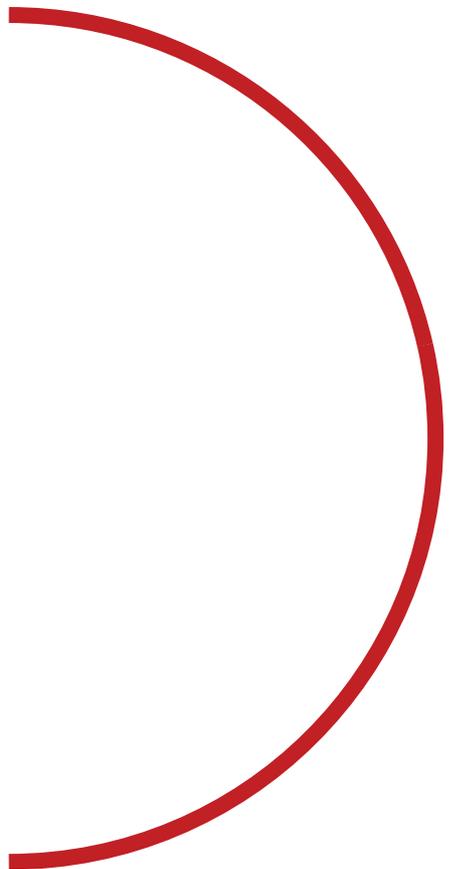
Con riguardo, invece, a coloro che non hanno goduto di una stabilizzazione o non sono prossimi ad ottenerla, la Cassazione afferma che è misura sanzionatoria adeguata e conforme al diritto comunitario il risarcimento del danno, secondo un regime probatorio agevolato e da quantificarsi secondo i criteri di cui all'art. 32, comma 5, l. n. 183/2010, ovvero tra le 2,5 e le 12 mensilità, cioè tenendo conto delle dimensioni del datore di lavoro, dell'anzianità e delle condizioni del lavoratore, del comportamento delle parti (come chiarito di recente dalla Sentenza resa dalla Cassazione a Sezioni Unite, n. 5072/2016, commentata in Bollettino n. 4/2016).

In conclusione, la decisione della Cassazione in commento delinea un quadro interpretativo a cui in parte erano già pervenuti i giudici di merito dopo la Sentenza della Corte di Giustizia UE del novembre 2014 ed ancor prima della Corte Costituzionale del luglio scorso.

La logica è quella, come detto, del "salvare il salvabile", fornendo interpretazioni adeguate della normativa speciale

sul reclutamento a termine nella scuola, che certo non soddisfano pienamente i precari vittime negli anni degli abusi.

Con la decisione in commento si ha ancora di più la sensazione di come le azioni di contrasto al fenomeno del precariato nel pubblico impiego, scolastico e non, abbiano subito, sul piano giurisprudenziale, forti resistenze, che ne hanno sminuito la portata e frutto evidente dell'esigenza di tenere in ordine i conti pubblici. ■



Soci lavoratori: nessuna deroga al trattamento retributivo previsto dal CCNL

di Adele Pasquini

Con sentenza n. 18422, depositata lo scorso 20 settembre, la Corte di Cassazione ha dichiarato la nullità del regolamento di una cooperativa che conteneva disposizioni derogatorie rispetto alle condizioni di lavoro e (in particolare) ai trattamenti retributivi previsti dai contratti collettivi nazionali di categoria. Per la Suprema Corte non ci sono dubbi: al socio lavoratore spetta in ogni caso un trattamento economico complessivo non inferiore ai minimi contrattuali.

La vicenda prende avvio dal deposito del ricorso di due lavoratrici - socie di cooperativa - intenzionate a ottenere il pagamento delle differenze retributive conseguenti a quanto effettivamente percepito per le ore lavorate e quanto, invece, loro spettante sulla base delle 165 ore mensili previste dal contratto collettivo delle cooperative sociali.

Il ricorso, accolto in primo grado, è stato respinto dalla Corte d'Appello di Torino. Il Giudice di seconda istanza, infatti, seguendo il ragionamento prospettato dalla datrice di lavoro, ha fatto leva sull'esistenza di una specifica pattuizione individuale (mai contestata), che prevedeva la possibilità di modificare l'orario lavorativo in base alle diverse esigenze aziendali.

Da qui, il ricorso in Cassazione. Le due dipendenti, infatti, pur riconoscendo la suddetta disposizione, lamentavano la violazione dell'art. 74 del CCNL Cooperative sociali, per il mancato rispetto dei minimi retributivi, parametro contrattuale inderogabile (ovviamente solo in direzione peggiorativa) anche per i soci lavoratori. È nel quadro descritto che la Corte di Legittimità, confermando un orientamento ormai consolidato e con motivazione concisa, ha ribadito che "il regolamento non può, a pena di nullità, contenere disposizioni derogatorie in pejus rispetto ai trattamenti retributivi ed alle condizioni di lavoro previsti dai contratti collettivi" - ad eccezione del caso di crisi aziendale o di avviamento di una nuova imprenditorialità - con conseguente obbligo per le società cooperative di "corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine" (nello stesso senso, Cass. 28 agosto 2013, n. 19832 e Cass. 4 agosto 2014, n. 17583).

Ebbene, per il Collegio romano, fermo il principio descritto, la clausola contrattuale secondo la quale "la determinazione dell'orario di lavoro avviene in base alle esigenze dei Clienti e potrà essere modificata per esigenze aziendali", in alcun modo può essere intesa, diversamente a quanto sostenuto dalla Corte territoriale, nel senso peggiorativo della previsione contrattuale collettiva, con conseguente diritto delle due dipendenti ad ottenere le differenze retributive richieste.

FACCIAMO UN PASSO INDIETRO: LA PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Se non ci sono dubbi circa il dovuto rispetto dei minimi retributivi anche per i soci lavoratori (e addirittura in presenza di una disposizione regolamentare contraria), discussa rimane la questione relativa al parametro contrattuale di riferimento. Sul punto è addirittura di recente intervenuta la Corte Costituzionale, con sentenza n. 51/2015, al fine di contrastare il c.d. dumping contrattuale, ovvero la possibile concorrenza sleale con contratti che prevedono condizioni sempre più favorevoli alle aziende e sfavorevoli ai lavoratori. Ma andiamo per gradi.

Al socio lavoratore subordinato, come noto, le società cooperative sono per legge tenute a corrispondere "un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni

analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine” (così, art. 3 della Legge 3 aprile 2001, n. 142). Il successivo d.l. n. 248/2007 (c.d. Milleproroghe 2007), ha poi specificato che il parametro contrattuale di riferimento non può che essere l'accordo stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. Da qui la questione di legittimità costituzionale sollevata - in relazione alla normativa descritta - dal Tribunale di Lucca e decisa, come sopra anticipato, dalla sentenza n.51, depositata lo scorso 26 marzo 2015. La Consulta, con ampia e argomentata motivazione, ha rigettato la questione e ritenuto “costituzionalmente legittimo prevedere per legge che i minimi di trattamento economico per i soci di cooperativa non siano inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria”.

In concreto, nel caso sottoposto alla Corte, si discuteva se applicare il CCNL di settore stipulato da CGIL-CISL-UIL (e controparti datoriali) -cioè quello “comparativamente più rappresentativo” oppure, come sostenuto dal Tribunale di Lucca e dalla società cooperativa ricorrente, il CCNL multiservizi, stipulato da UNCI-FESICA-CONFSAL. A parere del giudice toscano, imporre l'applicazione di uno specifico trattamento retributivo (quello contenuto, appunto, nel testo più rappresentativo), senza alcuna valutazione circa il diverso contratto collettivo applicato per affiliazione sindacale dall'impresa, inciderebbe autoritativamente sul dinamismo, anche conflittuale, della concorrenza intersindacale, realizzando un'indebita estensione dell'efficacia collettiva dei contratti collettivi (sia pure limitatamente alla sola parte economica), in violazione dell'art. 39 della Carta costituzionale.

La Consulta, chiamata a decidere, ha rigettato la ricostruzione appena prospettata, escludendo ogni forma di lesione della libertà sindacale - in particolare, ha interpretato la norma censurata come disposizione che non impone l'applicazione a tutti gli appartenenti alla categoria un determinato contratto collettivo nella sua interezza, ma si limita ad estendere loro la garanzia di minimi retributivi individuati da una fonte (il contratto stipulato dalle OO.SS. maggiormente rappresentative) generalmente ritenuta quella maggiormente idonea ad assicurare la proporzionalità e sufficienza della retribuzione garantite dall'art. 36 Cost..

In definitiva, per dirla con le efficaci parole di chiusura della motivazione, “nell'effettuare un rinvio alla fonte collettiva che, meglio di altre, recepisce l'andamento delle dinamiche retributive nei settori in cui operano le società cooperative, l'articolo censurato si propone di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, in linea con l'indirizzo giurisprudenziale che, da tempo, ritiene conforme ai requisiti della proporzionalità e della sufficienza (art. 36 Cost.) la retribuzione concordata nei contratti collettivi di lavoro firmati da associazioni comparativamente più rappresentative”. ■

FLASH

SI CONSOLIDA IL “REVIREMENT” DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI ONERE DELLA PROVA NEL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

Prosegue il contrasto giurisprudenziale recentemente insorto in materia del c.d. obbligo di repêchage, senza che nessun collegio della sezione lavoro della Cassazione provveda a rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Come noto, l'obbligo di repêchage è un'elaborazione giurisprudenziale che nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo prevede in capo al datore di lavoro l'onere di tentare di ricollocare il lavoratore in mansioni analoghe o deteriori a quelle da ultimo svolte prima di procedere alla definitiva risoluzione del rapporto di lavoro. Sul tema si è aperto un vivace dibattito, soprattutto in merito all'obbligo o meno per il lavoratore di collaborare con il datore di lavoro nel dimostrare l'impossibilità del repaceage.

Secondo l'orientamento tradizionale, il lavoratore, nell'ipotesi di soppressione del suo posto di lavoro, avrebbe l'onere di indicare i posti (eventualmente) disponibili in azienda che potrebbe ricoprire in alternativa al licenziamento. In contrasto con un simile orientamento si è posta la sentenza n° 20436 dell'11 ottobre 2016, nella quale la Corte di Cassazione ha affermato che l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repaceage del dipendente licenziato, quale requisito di legittimità del recesso datoriale, sono poste esclusivamente a carico del datore di lavoro con esclusione di ogni incombenza, anche in via mediata, a carico del lavoratore.

Tale ragionamento fonda le proprie radici sul principio della c.d. vicinanza della prova, in quanto per il lavoratore sarebbe molto arduo conoscere adeguatamente l'intera situazione aziendale, soprattutto nelle aziende di maggiori dimensioni, rendendo pertanto difficoltosa l'allegazione di prove volte a dimostrare l'esistenza di posizioni lavorative che questi potrebbe proficuamente ricoprire.

Nel caso di specie, nell'ambito di un giudizio instaurato da un lavoratore al fine di ottenere la reintegra nel posto di lavoro, previa dichiarazione di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la Suprema Corte ha annullato la decisione della Corte di Appello di Palermo che aveva respinto la domanda formulata dal lavoratore sul rilievo che il dipendente non aveva adeguatamente cooperato all'accertamento di un possibile repaceage mediante l'allegazione di altri posti di lavoro nei quali poteva essere utilmente collocato.

La Corte, nel richiamare i precedenti difformi, ha espressamente escluso un obbligo di cooperazione del lavoratore nella individuazione dell'onere probatorio e, nell'annullare la decisione della corte territoriale, ha affermato il seguente principio di diritto: “in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repaceage del dipendente licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba alcun onere di allegazione dei posti assegnabili”.

Pertanto, al fine di dimostrare la legittimità di un licenziamento per g.m.o., spetta al datore di lavoro l'onere di provare sia la sussistenza delle ragioni di carattere produttivo ed organizzativo su cui è basato il licenziamento, sia l'impossibilità di ricollocare proficuamente il lavoratore all'interno dell'azienda.