

n. 8_2012

a cura di centro studi *diritti e lavoro*

Diritti & Lavoro

Flash

dirittielavoro@gmail.com
www.dirittielavoro.it

idee e strumenti per il sindacato

Direttore scientifico: Prof. Giovanni Qrlandini
Comitato scientifico: avv. Fabio Rusconi avv. Andrea Danilo Conte
In redazione: Andrea Ranfagni Alessandro Giovannelli
Centro Studi Diritti & Lavoro Firenze Via della Condotta, 12



PRIMI PASSI

Prime sentenze sulla Fornero.

Una buona notizia: la reintegra non scompare.
Forse.

Inoltre

Il day-after della Riforma
Facit'ammuina, la Consulta sull'art. 8
Stranieri irregolari, le sanzioni per il datore

ANDREA RANFAGNI

DAY - AFTER

Chiarimenti, interventi ministeriali e le solite modifiche. Il restyling precoce della Riforma. A partire dal contratto a termine

Dopo l'entrata in vigore della Riforma Fornero (l. n. 92/2012), il 18 luglio 2012, abbiamo assistito ad un avvicinarsi di modifiche legislative, chiarimenti ministeriali ed al verificarsi di "effetti indesiderati", cui solo in modo farraginoso si è cercato di far fronte.

Protagonista di tali passaggi l'istituto simbolo del precariato ovvero il contratto a termine, il cui utilizzo abusivo la Riforma vorrebbe contrastare. In realtà, soprattutto nell'ambito del pubblico impiego, le misure adottate lungi dal contrastarlo, rischiano di aggravare il fenomeno. Non mancano modifiche e chiarimenti anche per ciò concerne altri istituti sui quali è intervenuta la Riforma.

La circolare del Ministero

Il giorno stesso dell'entrata in vigore della l. n. 92/2012, il Ministero del Lavoro è intervenuto emanando una Circolare contenente i primi chiarimenti relativi alle novità in materia di contratti "atipici".

In materia di contratto a termine, la Circolare si sofferma, in primo luogo, sulla novità relativa alle ragioni giustificative dell'apposizione del termine al contratto di lavoro. Come noto, la disciplina generale (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) prevede che, sul presupposto del rapporto regola/eccezione sussistente tra contratto a tempo indeterminato e contratto a termine, a quest'ultimo il datore di lavoro può fare ricorso solo in presenza di comprovate ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, aventi i caratteri della "temporaneità". Con la Riforma Fornero è stato previsto che tale requisito non sia richiesto "nell'ipotesi del primo rapporto a tempo determinato", il quale può così non essere giustificato da alcuna ragione. Tale rapporto potrà avere una durata massima di 12 mesi, senza possibilità di proroga, e vi si può fare ricorso per lo svolgimento di qualsiasi tipo di mansione. Ciò vale tanto per l'assunzione "diretta" da parte del datore di lavoro, quanto per la prima missione di un lavoratore nell'ambito di un contratto di somministrazione a termine. La Circolare precisa, sul punto, come il "primo rapporto a tempo determinato" debba essere inteso come il primo rapporto "in assoluto" esistente tra il medesimo datore di lavoro ed il medesimo lavoratore. Seguendo tale interpretazione del Ministero, se tra due soggetti è intercorso in passato un rapporto a termine, il successivo, anche se stipulato molto tempo dopo ed anche se ha ad oggetto mansioni completamente diverse da quelle svolte in precedenza, non può essere a-causale. Ad avviso del Ministero tale interpretazione si spiegherebbe alla luce della ratio della norma che sarebbe quella di consentire l'utilizzo del primo contratto a termine come forma di ingresso in azienda del lavoratore, attraverso il quale valutare le attitudini professionali di quest'ultimo. Questo spiegherebbe anche il perché, sempre ad avviso del Ministero, non sarebbe possibile stipulare un contratto a termine a-causale laddove in precedenza siano intercorsi tra i medesimi soggetti rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Resta da capire se sia eventualmente di

ostacolo al contratto a termine a-causale l'essere intercorso un precedente rapporto di diversa natura, ad esempio a progetto.

Ciò che è interessante rilevare è poi come il Ministero confermi che la Riforma ha fatto propria una prassi fraudolenta, ma ormai consolidatasi nel tempo, per cui il contratto a termine viene utilizzato dalle aziende in sostituzione del "periodo di prova" (tra l'altro, applicabile anche alla tipologia contrattuale in questione).

Flash

Termine, alla Consulta la questione del la sanatoria dei vecchi contratti

Il Tribunale di Roma, con Ordinanza del 24 ottobre 2012, ha sollevato dinanzi alla Corte Costituzionale questione di legittimità dell'art. 32, l. n. 183/2010 (cosiddetto Collegato Lavoro) nella parte in cui (comma 4, lettera b)) ha previsto l'applicazione dei nuovi termini di decadenza per l'impugnazione dei contratti a termine (60, ora 120, giorni in via extragiudiziale, 270 giorni in via giudiziale) anche agli accordi stipulati prima dell'entrata in vigore della legge stessa (24 novembre 2010 o 31 dicembre 2011 a seconda che si ritenga applicata anche ai contratti a termine la proroga introdotta dal cosiddetto Decreto Mille - proroghe del 2011).

Ad avviso del giudice romano sarebbe violato l'art. 3, Costituzione, quindi il principio di uguaglianza e di ragionevolezza, nel momento in cui non si è previsto, anche per i contratti a termine già scaduti, il medesimo trattamento predisposto per gli altri atti (licenziamenti, trasferimenti, etc.), per i quali è stato previsto il solito meccanismo decadenziale, ma senza applicazione anche per il passato.

La Riforma Fornero, sempre nell'ambito del contratto a termine a-causale, ha poi attribuito ai contratti collettivi la possibilità prevedere la stipulazione di tali tipi di contratto qualora ciò avvenga nell'ambito di processi organizzativi determinati dall'avvio di nuove attività, dall'implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, dal lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, dalla fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, dal rinnovo o dalla proroga di una commessa consistente. Tale meccanismo può essere introdotto, però, solo in alternativa (senza possibilità di cumulo) a quanto visto poc'anzi. L'azienda non potrà quindi stipulare, contemporaneamente, anche contratti a termine a-causali al di fuori dei suddetti processi organizzativi e relativi a "primi rapporti di lavoro". In ogni caso, i contratti a termine a-causali stipulati, su autorizzazione del contratto collettivo e nell'ambito di

processi organizzativi, non potranno essere superiori al 6% dell'organico presente già in azienda.

La Circolare precisa, a tale ultimo proposito, come *i contratti collettivi autorizzati ad effettuare tali tipi di previsioni possono essere quelli di livello nazionale (interconfederale o di categoria), ovvero anche quelli decentrati (aziendali o territoriali), purché nel rispetto di una delega attribuitagli espressamente sul punto a livello nazionale*. Da sottolineare come tale interpretazione sia conforme all'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 ed alla gerarchia tra livelli ivi indicata. Non altrettanto può dirsi circa la conformità alle previsioni di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2011, che abilita la contrattazione collettiva decentrata a intervenire sulla materia in commento e su altre, senza alcun limite derivante dal rispetto dei contratti collettivi di livello superiore.

Sempre in tema di contratto a termine, la Circolare del luglio scorso si sofferma anche sul limite di 36 mesi quale periodo massimo complessivo di durata del rapporto a termine tra il medesimo datore di lavoro ed il medesimo lavoratore, comprensivo di rinnovi e di proroghe. La l. n. 92/2012 è intervenuta sul punto, prevedendo che nel calcolo del limite di 36 mesi devono essere tenuti di conto anche i periodi in cui il lavoratore ha lavorato per il medesimo datore di lavoro, ma solo indirettamente per il tramite dell'agenzia di somministrazione. Oltre a ricordare tale novità, il Ministero ha però precisato come a suo avviso *una volta raggiunto il suddetto limite, il rapporto tra il medesimo datore ed il medesimo prestatore può, comunque, proseguire a tempo determinato per effetto del ricorso alla somministrazione a tempo determinato. Per quest'ultima, infatti, il limite di 36 mesi non vale*. Tale conclusione è discutibile. Da un lato, infatti, il limite di 36 mesi è sicuro che non valga in riferimento all'istituto della somministrazione. Dall'altro lato, però, è pur sempre vero che ora, per effetto della Riforma, i periodi in somministrazione devono essere sommati a quelli a termine alle dirette dipendenze ai fini del calcolo del limite dei 36 mesi, laddove si susseguano con i primi. Non si vede quindi perché non possa ritenersi superato il limite dei 36 mesi se, raggiunta questa soglia sulla base di un avvicinarsi tra somministrazione e contratto alle dirette dipendenze, dopo i 36 mesi il rapporto prosegue per effetto di un ulteriore periodo a termine in somministrazione. La *ratio* dovrebbe infatti essere la solita. Diverso il discorso se il lavoratore lavora sempre in somministrazione a termine e mai alle dirette dipendenze. Solo in questo caso il limite non dovrebbe trovare applicazione. Sul punto si veda, tra l'altro, il recente Interpello del Ministero del Lavoro del 19 ottobre 2012, nel quale si è ribadita l'interpretazione in questione.

Nel decreto sviluppo le prime modifiche alla Riforma

Dopo averne chiarito il contenuto nella Circolare di luglio, il Governo è intervenuto a modificare alcuni profili della riforma nell'ambito del cosiddetto Decreto Sviluppo (d.l. n. 83/2012 convertito in L. 7.8.2012 n.134). Si interviene ancora una volta sul contratto a termine, stavolta in relazione all'intervallo tra un contratto e l'altro.

La Riforma Fornero ha infatti previsto un consistente allargamento dell'intervallo temporale che deve trascorrere nel caso di successione di più contratti a termine, portandolo da 20 o 30 giorni (in caso di contratto di durata superiore ai 6 mesi) a 60 o 90. La *ratio* di tale intervento è quella di contrastare l'abuso della tipologia contrattuale in questione, disincentivando la reiterazioni di contratti nei confronti del medesimo lavoratore.

Evidentemente, il Governo tecnico si è accorto di come in realtà tale misura rischi di trasformarsi in un boomerang, facendo passare i lavoratori dal precariato alla disoccupazione. Il rischio, infatti, che un'azienda ponga in essere una successione di lavoratori a termine, anziché una successione di contratti a termine nei confronti del medesimo prestatore di lavoro, è grosso. Proprio per ovviare a ciò, ma allo stesso tempo senza delegittimare troppo le proprie scelte legislative, il Governo ha ridotto nuovamente l'intervallo a 20 o 30 giorni per i contratti "stagionali" ed in "ogni altro caso previsto dai contratti collettivi" stipulati, ad ogni livello, dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Ricordiamo, comunque, come già nella sua formulazione originaria la l. n. 92/2012 aveva previsto la possibilità di riduzione a 20 o 30 giorni ad opera dei contratti collettivi nell'ambito di processo organizzativi determinati da avvio di nuova attività, lancio di un prodotto o di un servizio innovativo, implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico, fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo, rinnovo o proroga di una commessa consistente. Nell'ambito di tali ipotesi "qualificate" di riduzione dei termini di intervallo tra un contratto a termine e l'altro è stata, altresì, prevista la possibilità che, qualora non vi sia alcuna previsione collettiva entro i 12 mesi dall'entrata in vigore della Riforma (quindi entro il prossimo 18 luglio 2013), sia lo stesso Ministero del Lavoro con decreto a sostituirsi alle parti collettive disciplinando tali ipotesi "qualificate". Come ricordato dalla recente Circolare del Ministero n. 27 del 7 novembre 2012, tale intervento sostitutivo non vale però per la novità introdotta dal Decreto Sviluppo. I contratti collettivi hanno pertanto la facoltà di prevedere altre ipotesi diverse da quelle "qualificate" relative a processi di riorganizzazione aziendale, in cui i termini sono ridotti. Qualora non si avvalgano di tale facoltà, non ci sarà alcuna sostituzione da parte del Ministero del Lavoro. La novità introdotta dal Decreto Sviluppo apre certamente un ampio margine di manovra alla contrattazione collettiva. Per di più, mentre nel primo caso occorre rispettare la gerarchia tra livelli, per cui il contratto decentrato può operare la riduzione solo nel rispetto di una delega attribuitagli a livello nazionale, nel caso individuato dal Decreto Sviluppo, la riduzione può essere operata a qualsiasi livello.

Scuola

La Riforma Fornero ha prodotto una serie di effetti "indesiderati" in materia di contratto a tempo determinato, che ne contraddicono la finalità di contrasto alla precarietà. Come visto poc'anzi, una delle novità introdotte dalla Riforma in materia di contratti a termine è stata il prolungamento del periodo di tempo che deve obbligatoriamente trascorrere tra un contratto a termine e l'altro (60 o 90 giorni). La nuova regola ha creato non pochi problemi nell'ambito dei cosiddetti servizi educativi e scolastici dei Comuni. Come noto, questi ultimi, per garantire i suddetti servizi, fanno un largo utilizzo di contratti a termine. Caratteristica di tale modalità di utilizzo del personale è che, nel rispetto del principio del pubblico concorso (art. 97, Costituzione), le singole assunzioni vengono effettuate sulla base dello scorrimento di una graduatoria predisposta a seguito di procedura concorsuale. I lavoratori sono così inseriti all'interno della medesima secondo un determinato punteggio e da essa l'amministrazione provvede ad attingervi sulla base dell'ordine esistente e determinato, appunto, dal punteggio posseduto da ciascun lavoratore. A coloro inseriti tra i primi posti viene normalmente dato un incarico annuale, a quelli collocati in posizioni inferiori un incarico di durata più breve. Gli incarichi annuali vanno normalmente da settembre a luglio. Fino ad oggi la reiterazione di contratti a

termine nei confronti del medesimo lavoratore titolare di tali tipi di incarico non aveva creato problemi. E ciò perché il termine di 30 giorni (applicabile in quanto i contratti a termine per incarico annuale hanno una durata superiore ai 6 mesi) trascorreva nel corso del mese di agosto. Essendo il termine stato prolungato a 90 giorni i titolari di incarico annuale per l'anno scolastico 2011/2012, non hanno visto attribuirsi un altro per l'anno 2012/2013 o ne hanno ricevuto uno di durata ridotta, a prescindere dal punteggio posseduto in graduatoria. Persone fino all'anno prima titolari di incarichi annuali si sono viste attribuire incarichi anche di soli 45 giorni. La l. n. 92/2012 ha così prodotto l'effetto "indesiderato" di creare maggior precarietà tra i lavoratori dei servizi educativi e scolastici dei Comuni. Per ovviare a questo problema, il Dipartimento della Funzione Pubblica con la Nota del 19 settembre 2012 ha riconosciuto la possibilità di non rispettare l'intervallo temporale tra un contratto a termine e l'altro nell'ambito dei servizi in questione. Se, da un lato, il parere fornito è certamente di grande aiuto per i precari coinvolti dalla problematica, dall'altro lato, non si può sottolineare lo scarso rigore delle argomentazioni utilizzate. Il fondamento del ragionamento fatto proprio dalla Funzione Pubblica risiede nell'art. 10, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001. Quest'ultima disposizione, introdotta con il d.l. n. 70/2011, prevede che la normativa contenuta nel d.lgs. n. 368/2001, quindi anche l'art. 5, comma 3, relativo agli intervalli tra contratti a termine, non trovi applicazione per i contratti stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA del Comparto Scuola. Secondo il Dipartimento della Funzione Pubblica detta norma deve trovare applicazione anche per gli incarichi conferiti nell'ambito dei servizi educativi e scolastici dei Comuni. E ciò in quanto anche quest'ultimi servizi, come quelli della scuola statale, rientrano nell'ambito del più generale diritto costituzionale all'educazione, all'istruzione ed allo studio (art. 33 e 34, Costituzione); diritto che deve essere garantito a prescindere dal tipo di istituzioni che erogano il relativo servizio e dal comparto pubblico cui queste appartengono. La Nota sostiene pertanto un'applicazione in via analogica dell'art. 10, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, anche ai servizi educativi e scolastici dei Comuni, in virtù di una lettura costituzionalmente orientata della stessa. A tale considerazione potrebbero però essere fatte diverse obiezioni. In primo luogo, il fatto che quest'ultima norma è di carattere eccezionale e, come tale, non può essere oggetto di interpretazione in via analogica ex art. 14 delle Preleggi al Codice Civile. La disposizione in questione è poi oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale, oltre che di dubbi circa la sua conformità al diritto comunitario ed alla Direttiva UE sul contratto a termine. Al di là di ciò, comunque, ciò che colpisce del ragionamento operato dal Dipartimento della Funzione Pubblica è che, dopo aver escluso l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001, viene affermato come valga la regola sancita dall'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, quindi la necessità che i contratti a termine stipulati dai Comuni per i servizi in questione siano giustificati da ragioni temporanee ed eccezionali di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (si fa leva, in particolare, sull'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 e sul richiamo al d.lgs. n. 368/2001 in quest'ultimo contenuto). Non si riesce a capire come possa escludersi l'applicazione del d.lgs. n. 368/2001 (l'art. 10, comma 4-bis, parla di disapplicazione in toto e non di alcune norme soltanto), invocando al tempo stesso alcune norme dello stesso decreto. Se infatti, da un lato, vi sono esigenze di conformità alla costituzione

ed al diritto comunitario che portano ad una simile lettura, dall'altro lato, è difficile trovare elementi letterali che possono portare ad una simile interpretazione. Resta il fatto che l'interpretazione prospettata è certamente favorevole ai lavoratori interessati dalla problematica ed, allo stesso tempo, elimina il rischio che anche i contratti a termine stipulati nei servizi educativi e scolastici possano essere a-causali e privi di qualsiasi limite. Altrettanto poco convincente è l'interpretazione fornita dalla Funzione Pubblica in un'altra Nota sempre del 19 settembre 2012. Qui si afferma che i nuovi intervalli di tempo non possono valere per i primi contratti stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della Riforma Fornero (18 luglio 2012). In altre parole, non sarebbe il primo contratto stipulato dopo tale ultima data a dover rispettare il nuovo termine di

Flash Pubblico impiego, la Corte UE su stabilizzazioni e anzianità

Chi è stato stabilizzato da una PA a seguito di anni di lavoro con contratti a termine deve vedersi riconosciuta l'anzianità maturata prima di tale stabilizzazione, a meno che non sussistano ragioni oggettive che lo impediscano. Questo quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella Sentenza del 18 ottobre 2012, che era stata chiamata a pronunciarsi sulla legge italiana relativa alle stabilizzazioni nel pubblico impiego (art. 1, comma 519, l. n. 296/2006, Finanziaria 2007). La decisione fa leva sul principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla Direttiva CE n. 1999/70. In base a tale principio è fatto divieto di applicare ai lavoratori a tempo determinato "condizioni d'impiego" diverse da quelle applicate ai lavoratori a tempo indeterminato sempre che non vi siano "ragioni oggettive" che giustificano ciò, quali ad esempio la diversità di mansioni espletate dal lavoratore a termine. Spetta quindi al giudice nazionale valutare se nei casi concreti posti alla sua attenzione sussistono tali ragioni.

60 o 90 giorni, bensì il secondo. Ad avviso dell'ente, infatti, ciò che conta ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile è la data di riassunzione, la quale comporta la stipula di un nuovo contratto e l'esercizio di una nuova autonomia negoziale. Deve pertanto trovare applicazione la disciplina in vigore a tale ultima data. A tal proposito, occorre osservare come non vi sia nessun dubbio sul fatto che debba trovare applicazione la disciplina in vigore alla data di stipula del nuovo contratto. Il problema è che, in mancanza di diversa previsione, la norma implica che sia il nuovo contratto che le parti vanno a stipulare a dover rispettare il termine di 60 o 90 giorni. Quest'ultimo termine prende sì come riferimento il precedente contratto, ma è il contenuto di una regola che deve essere rispettata dallo stesso nuovo contratto perché in vigore il giorno della sua stipula. In altre parole, l'eventuale violazione della regola in questione comporta l'illegittimità del contratto successivo e non di quello precedente. Sempre in questa Nota viene poi affermato il principio per cui il limite di 36 mesi, quale durata complessiva del rapporto tra il medesimo datore di lavoro e lavoratore, così come quello dell'intervallo tra un contratto a termine e l'altro, non valgono nel caso in cui il lavoratore superi un nuovo concorso, quindi stipuli un nuovo contratto sulla base di un graduatoria diversa

da quella che ha portato a stipulare i precedenti contratti. In altre parole, il superamento di un nuovo concorso azzererebbe tutto. Per affermare ciò la Funzione Pubblica fa leva sul principio del libero accesso ai pubblici uffici (art. 51, Costituzione). Anche questa argomentazione pare debole e forzata. Il concorso pubblico non pare infatti poter azzerare ciò che è successo prima tra le parti, visto che è solo lo strumento di assunzione imposto dai principi di trasparenza ed imparzialità sanciti dall'art. 97 della Costituzione. Questo è l'unico elemento che differenzia il settore pubblico dal settore privato. Per il resto, siamo di fronte ad identiche situazioni, in quanto la PA, nell'ambito del rapporto di lavoro, agisce con capacità e poteri di diritto privato. Non si vede quindi per quale motivo si debba azzerare tutto con il superamento di nuovo concorso. Non può certo essere una norma a difesa dei lavoratori e di contrasto al precariato ciò che ostacola l'ingresso nella PA. Diversamente, la stessa cosa potrebbe essere sostenuta nel settore privato, con violazione del diritto al lavoro (art. 4, Costituzione). Insomma, le soluzioni prospettate dalla Funzione Pubblica sollevano grossi dubbi. Ciò che è certo, è che la Riforma Fornero non sembra fornire soluzioni alle problematiche con le quali mondo del lavoro oggi si confronta.

Contratto a termine e pubblico impiego

Sempre in tema di Pubblico Impiego, si registrano altri importanti chiarimenti ministeriali. In materia, ancora, di contratti a termine, il Dipartimento della Funzione Pubblica, con la Nota del 28 settembre 2012, ha avuto modo di affermare che i rinvii alla contrattazione collettiva previsti attualmente dal d.lgs. n. 368/2001, per effetto delle novità introdotte dalla l. n. 92/2012 troveranno applicazione al Pubblico Impiego solo dopo che il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione avrà adottato l'atto di indirizzo prescritto dall'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012. Quest'ultima disposizione prevede, infatti, che le novità introdotte dalla Riforma non trovano immediatamente applicazione per il settore pubblico, ma costituiscono soltanto criteri e principi per la regolamentazione dei rapporti di lavoro. Spetta al suddetto Ministro adottare, sentite le OO.SS., "iniziative normative" volte a definire gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Ferma restando l'applicazione, in quanto compatibile, del d.lgs. n. 368/2001, cui, ricorda il Dipartimento, rinvia l'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, le novità apportate a quest'ultimo da parte della Riforma troveranno così applicazione solo dopo che sarà stato adottato l'atto d'indirizzo suddetto ed, altresì, dopo che saranno stati stipulati i nuovi CCNL di Comparto. Cosa, quest'ultima, ancora lungi da avvenire, dal momento che la Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009, che ha ridisegnato completamente le regole in materia) stenta ancora a trovare applicazione.

Ancora modifiche sul termine

L'ultima tappa del periodo post Riforma Fornero è rappresentata dall'adozione di un secondo Decreto Sviluppo (d.l. n. 179/2012, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 19 ottobre 2012). L'art. 28 di tale decreto contiene un'ulteriore novità in materia di contratti a tempo determinato, prevedendo che non sia necessaria la giustificazione del ricorso a tale tipologia contrattuale sulla base di ragioni temporanee di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, laddove a ricorrervi siano aziende cosiddette di *start-up innovativa*, per lo svolgimento di attività attinenti o strumentali all'oggetto sociale delle stesse. Sono di start up innovativa le aziende che presentano tut

serie di requisiti individuati dalla legge, fra cui l'essere nuove e, in particolare, attive da 48 mesi. Il contratto a-causale può essere stipulato per un periodo di tempo da 6 a 36 mesi ed entro il tetto massimo di 36 mesi possono anche essere stipulati più contratti a termine a-causali. E ciò senza che debba essere rispettato l'intervallo tra un contratto a termine e l'altro, pari a 30 o 90 giorni a seconda della durata, pari o superiore a 6 mesi, del contratto che precede

ANDREA RANFAGNI

E TUTTO IL RESTO

Apprendistato, partite Iva, progetto

Apprendistato

La Circolare del 18 luglio scorso non si è occupata solo delle novità introdotte dalla Riforma Fornero in materia di contratti a termine, ma anche di quelle relative alle altre tipologie contrattuali "atipiche". E' il caso del contratto di apprendistato. La l. n. 92/2012 ha introdotto nel d.lgs. n. 167/2011 (cosiddetto Testo Unico sull'apprendistato) una norma per la quale qualora il datore di lavoro, che occupa alle proprie dipendenze almeno 10 lavoratori, non abbia "stabilizzato" almeno il 50% (il 36% per i primi 36 mesi dall'entrata in vigore della Riforma) degli apprendisti impiegati nei precedenti 36 mesi, non può fare ricorso all'istituto in questione. La Circolare si è soffermata sui rapporti tra tale clausola "legale" di stabilizzazione e quella "contrattuale" già prevista dalla legge prima della Riforma (art. 2, comma 1, lettera i), d.lgs. n. 167/2011, in base al quale tali tipi meccanismi possono essere previsti anche dai contratti collettivi). Il Ministero precisa che le previsioni della contrattazione collettiva non sono soggette al limite dell'occupazione da parte del datore di lavoro di almeno 10 lavoratori e che, qualora il limite legale non possa trovare applicazione, varrà solo quello contrattuale. Se, invece, tra le previsioni della contrattazione collettiva e quanto affermato dal legislatore vi è coincidenza sul punto (nel senso che anche il contratto collettivo pone il limite dei 10 dipendenti), allora varrà esclusivamente la disposizione introdotta dalla l. n. 92/2012. La Circolare giustifica tale scelta interpretativa, considerando che la norma introdotta dalla Riforma contiene una disciplina "specificata" (perché limitata ai soli datori che occupano almeno 10 dipendenti) e pertanto prevalente su quella già prevista dal legislatore. Il Ministero ritiene, comunque, che la violazione tanto della clausola legale, quanto di quella contrattuale, comporti, in entrambi i casi, la trasformazione del (nuovo) contratto di apprendistato in ordinario contratto a tempo indeterminato. Ciò in virtù del fatto che il limite individuato dal contratto collettivo costituisce comunque un'attuazione di rinvii legislativi. L'apprendistato è stato poi oggetto di ulteriori modifiche legislative ad opera del primo Decreto Sviluppo. Si è previsto, in particolare, che tale contratto possa essere stipulato anche nell'ambito di una somministrazione di manodopera a tempo indeterminato. Il Testo Unico sull'apprendistato (d.lgs. n. 167/2011) già prevedeva la possibilità che il contratto di lavoro che lega somministratore e lavoratore potesse essere di natura formativa,

ma contemplava ciò solo nell'ambito della somministrazione a tempo determinato. Adesso, il contratto di apprendistato sarà tale da giustificare la stipulazione, da parte di somministratore e azienda utilizzatrice, anche di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato. Il lavoratore potrà così essere mandato in missione a tempo indeterminato presso una determinata azienda, essendo, allo stesso tempo, legato all'agenzia da un contratto di natura formativa.

Partite IVA

Il Decreto Sviluppo ha previsto modifiche anche alle cosiddette Partite IVA. La l. n. 92/2012 ha, come noto, introdotto alcuni indici di presunzione della sussistenza di un rapporto di lavoro a progetto. Se il titolare di Partita IVA dimostra due dei tre elementi individuati dal legislatore, si presume che tra le parti vi sia stato un rapporto di natura parasubordinata, con possibilità però per il committente di dimostrare il contrario. Il d.-l. n. 83/2012 interviene su due dei suddetti indici presuntivi, estendendo da 1 anno solare a 2 l'arco temporale di riferimento per valutare se il lavoratore autonomo ha percepito più dell'80% del suo corrispettivo complessivo da parte del medesimo committente ed, altresì, per valutare se la collaborazione (con il medesimo committente) è stata superiore agli 8 mesi. L'intervento pare facilitare il committente, già comunque facilitato dal fatto che il meccanismo è presuntivo della sussistenza di un rapporto di lavoro a progetto e non di lavoro subordinato. E ciò in contraddizione alla prassi dove il ricorso alla partita IVA avviene spesso per mascherare proprio tali ultimi tipi di rapporto. Il tema delle partite IVA è stato poi oggetto anche di chiarimenti da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica per ciò che concerne, ovviamente, la loro applicazione nel Pubblico Impiego. Con la Nota del 25 settembre 2012 la Funzione Pubblica si è infatti soffermata sull'argomento. Secondo il Dipartimento le novità sui titolari di partita IVA (principalmente, ricordiamo, relative all'introduzione di meccanismi presuntivi) non possono trovare applicazione nel settore pubblico. Per arrivare a tale assunto viene, in primo luogo, fatto notare proprio l'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012, più sopra ricordato, ed, in particolare, il fatto che in tale disposizione si parli di criteri e principi per la regolazione dei rapporti di lavoro dei "dipendenti" delle pubbliche amministrazioni, diversi dai rapporti di lavoro autonomo che caratterizzano invece le cosiddette Partite IVA. A tale argomentazione potrebbe, in realtà, controbattersi che l'utilizzo della parola "dipendenti" è stata utilizzata dal legislatore per l'individuazione di quali novità costituiscono criteri e principi generali rispetto a quelle di diretta applicazione. Le novità in materia di cosiddette Partite IVA, attenendo a rapporti di lavoro autonomo, non costituiscono così criteri generali, quindi trovano subito applicazione. Più convincente l'altra argomentazione del Ministero secondo la quale le novità introdotte in materia di cosiddette Partite IVA vanno a modificare il d.lgs. 276/2003 (cosiddetta Legge Biagi), il quale, espressamente, non trova applicazione per il settore pubblico. Argomento che va esteso anche alle novità introdotte in materia di lavoro a progetto. Ad ogni modo (e fortunatamente), la Nota ricorda come sia sempre fatta salva la possibilità, per coloro che hanno formalmente stipulato contratti di lavoro autonomo con la PA, di far valere la natura in concreto subordinata e/o parasubordinata del rapporto. E ciò secondo gli ordinari oneri probatori. Si rileva altresì come nel Pubblico Impiego valga la regola secondo la quale ai contratti di lavoro autonomo (e di collaborazione coordinata e continuativa) si

possa far ricorso solo per esigenze non esaudibili con il personale in servizio e, comunque, a favore di esperti di particolare e comprovata specializzazione.

Lavoro accessorio

In materia di lavoro accessorio (ovvero il lavoro pagabile mediante i cosiddetti voucher), la Circolare del luglio 2012 ha precisato che il committente imprenditore "commerciale", che può usufruire di tali tipi di prestazioni nel limite di 2.000 euro l'anno, deve essere inteso come qualsiasi persona fisica o giuridica che opera sul mercato e non come colui che opera solo nel settore del commercio. Con il primo Decreto Sviluppo dell'agosto scorso si è invece estesa al 2013 la possibilità di fare ricorso alla tipologia in questione in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali, e per un compenso massimo di 3.000 euro, "a favore" dei percettori di integrazioni salariali o di misure a sostegno del reddito.

Lavoro intermittente

In materia di lavoro intermittente, o a chiamata, la Circolare del 18 luglio 2012 ha precisato che, nonostante l'abrogazione dell'art. 37, d.lgs. n. 276/2003, il quale si riferisce al suo svolgimento in periodi predeterminati della settimana e dell'anno, la contrattazione collettiva può prevedere il ricorso all'istituto in questione anche in tali periodi.

Lavoro a progetto

Il Decreto Sviluppo ha modificato, poi, la disciplina del lavoro a progetto, prevedendo che, qualora a tale tipologia contrattuale si faccia ricorso nei call center e per attività di vendita diretta di prodotti e servizi (cosiddetta attività di "outbound"), sia necessario garantire un corrispettivo fissato dalla contrattazione collettiva. A proposito di call center, si prevede che qualora questi impieghino almeno 20 dipendenti e trasferiscano la propria attività all'estero, perdano una serie di incentivi previsti dall'attuale normativa.

Ammortizzatori sociali e dimissioni

Quanto agli ammortizzatori sociali, il Decreto Sviluppo ha prorogato al 31 dicembre 2014 la vigenza dell'indennità di mobilità "a requisiti pieni", così come rimarrà fino al 2015 la possibilità di fare ricorso alla CIGS per le imprese in amministrazione straordinaria, ma solo se in queste ultime sussistono prospettive di ripresa e di salvaguardia, anche parziale, dei livelli occupazionali, che saranno poi valutati sulla base di criteri oggettivi determinati con DM del Ministero del Lavoro. La Circolare del 18 luglio 2012 ha invece fornito chiarimenti anche sulle dimissioni e risoluzioni consensuali, a proposito delle quali si precisa che esse non necessitano di convalida qualora siano rese ed eseguite nell'ambito di procedure di riduzione del personale svolte in sede sindacale o istituzionale (DPL). E ciò perché tali sedi offrono le stesse garanzie di genuinità del consenso del lavoratore cui è preordinata la nuova normativa in materia. Resta da capire se tale interpretazione è estensibile anche ai casi di cessazioni verificatesi nell'ambito di accordi individuali, sempre stipulati in sede sindacale o istituzionale, ma fuori da procedure di riduzione del personale e per risolvere un contenzioso insorto tra singolo lavoratore e datore ■

GIOVANNI ORLANDINI

PRIMI PASSI

Il Tribunale di Bologna trova lo spazio per la reintegra nei licenziamenti per giusta causa illegittimi. Un buon segnale, ma rimangono i rischi

A neppure 4 mesi dall'entrata in vigore della Legge 92/2012 giunge dal Tribunale di Bologna la prima sentenza (del 15 ottobre) che applica le nuove regole in materia di licenziamento. Segnale questo del fatto che le regole introdotte dalla stessa legge per accelerare i tempi processuali stanno dando i frutti sperati. Il che è senz'altro un segnale positivo. Positivamente va salutata anche la decisione del giudice bolognese, che ha il merito di mettere in risalto, alla prima occasione, le incongruenze del testo del nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori; e di farlo in maniera tale da prospettare, sin dalle sue prime applicazioni giurisprudenziali, una sua ulteriore riforma come unico sbocco per riportare la disciplina ad una minima coerenza sistematica.

Ma andiamo per ordine. La questione verteva su un licenziamento intimato per giusta causa nei confronti di un lavoratore che aveva indirizzato al proprio dirigente una mail dal tono offensivo ed irritante (*"parlare di pianificazione nel gruppo Atti è come parlare di psicologia con un maiale, nessuno ha il minimo sentore di cosa voglia dire pianifica una minima attività in questa azienda"*). Il Tribunale valuta in primo luogo che un simile comportamento non sia di gravità tale da integrare gli estremi della giusta causa né del giustificato motivo di licenziamento. Ed a questo punto entra in giuoco la nuova disciplina che, in presenza di un licenziamento ingiustificato, dispone che il giudice ordini la reintegra solo nel caso di *"insussistenza del fatto ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base della previsione dei contratti collettivi"*. La condotta contestata viene qualificata come *"insubordinazione lieve"*, una fattispecie configurata dal Ccnl dei metalmeccanici e punita con una sanzione conservativa (art. 9, sez. 4, tit. 7): da ciò il diritto del lavoratore ad essere reintegrato. Merita sotto questo profilo osservare come il momento della qualificazione del fatto contestato appaia dirimente, il che dà al giudice un considerevole margine di discrezionalità, con buona pace delle esigenze di certezza cui la riforma dovrebbe rispondere. Il Ccnl infatti ovviamente non identifica, tipizzandole, tutte le possibili condotte sanzionabili, ma le elenca per fattispecie cui è possibile ricondurre i fatti contestati. In altre parole, nel caso di specie, non era affatto scontato qualificare come *"insubordinazione lieve"* la condotta contestata. Ma tant'è: il giudice in tal modo ha proceduto e la reintegra consegue di diritto.

E' però l'ulteriore argomentazione del giudice (per altro superflua nell'economia della decisione) a meritare maggiore attenzione. Il giudice ritiene anche che la reintegra sia dovuta perché nel caso di specie il fatto contestato non sussiste, prendendo posizione su un profilo centrale della nuova disciplina. Secondo il tribunale infatti, riferendosi all'*"insussistenza del fatto"*, il legislatore richiederebbe

che, per negare la reintegra, non sia sufficiente che si sia verificato il "fatto materiale" contestato, ma che si sia realizzato il fatto giuridico *«globalmente accertato nell'unicum della sua componente oggettiva e soggettiva»*. Ora, il punto è che proprio tale valutazione "globale" del fatto è ciò che permette di valutarne la gravità; si tratta cioè della medesima valutazione che permette di valutare se esista o meno una giusta causa del licenziamento. Seguendo l'argomentazione del Tribunale, il fatto non sussiste se, pur materialmente commesso, sia privo di quei requisiti che lo qualificano giuridicamente come fatto rilevante ai fini del licenziamento. E nel caso di specie il fatto non sussisterebbe perché, pur avendo commesso il lavoratore un'insubordinazione, questa non sarebbe configurabile giuridicamente come fatto integrante un'ipotesi di licenziamento. E' evidente che una simile lettura dell'art.18 è potenzialmente capace di estendere la tutela della reintegra a qualsiasi ipotesi di licenziamento ingiustificato; con il che la tutela indennitaria finirebbe per essere espunta come mero caso di scuola dalla nuova disciplina.

Flash

Pubblico impiego, la Corte UE su stabilizzazioni e anzianità

Chi è stato stabilizzato da una PA a seguito di anni di lavoro con contratti a termine deve vedersi riconosciuta l'anzianità maturata prima di tale stabilizzazione, a meno che non sussistano ragioni oggettive che lo impediscano. Questo quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella Sentenza del 18 ottobre 2012, che era stata chiamata a pronunciarsi sulla legge italiana relativa alle stabilizzazioni nel pubblico impiego (art. 1, comma 519, l. n. 296/2006, Finanziaria 2007).

La decisione fa leva sul principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, recepito dalla Direttiva CE n. 1999/70. In base a tale principio è fatto divieto di applicare ai lavoratori a tempo determinato "condizioni d'impiego" diverse da quelle applicate ai lavoratori a tempo indeterminato sempre che non vi siano "ragioni oggettive" che giustificano ciò, quali ad esempio la diversità di mansioni espletate dal lavoratore a termine. Spetta quindi al giudice nazionale valutare se nei casi concreti posti alla sua attenzione sussistono tali ragioni.

Sentenza positiva per i lavoratori dunque, ma forse pure “troppo”, se è vero che una lettura di questo genere della norma, proprio perché capace di vanificarne la portata innovativa, è destinata ad essere superata da letture che, al contrario, permettano di restringere l’ambito di applicazione della reintegra in sintonia con lo spirito della riforma.

Fatto è che il vizio non sta in una sentenza troppo “benevola” verso i lavoratori, ma nella lettera stessa del nuovo 18: è necessario infatti chiedersi cosa si debba intendere per “*insussistenza del fatto*”. Se si esclude che detto fatto sia il “fatto giuridico”, non resta che far riferimento al mero fatto materiale. Vale a dire che la reintegra spetterebbe al lavoratore cui viene contestato un fatto che non ha commesso; e, di contro, la reintegra andrebbe negata nel caso in cui venga contestato un fatto che, pur non essendo tale da giustificare un licenziamento, è stato comunque posto in essere dal lavoratore (sempre che detto fatto non sia riconducibile ad un’ipotesi sanzionata dal Ccnl con sanzione conservativa).

Peccato però che tale conclusione produca effetti paradossali, dal momento che il “fatto” sussisterebbe (e quindi escluderebbe la reintegra) anche se di gravità irrisoria o perfino irrilevante ai fini sanzionatori, purché appunto “materialmente” compiuto dal lavoratore. L’incongruenza di una simile disciplina aumenta se si considera quanto previsto in merito alle fattispecie tipizzate dal Ccnl. Un fatto del genere infatti verosimilmente non sarebbe previsto dal Ccnl come fatto per il quale si dispone una sanzione conservativa, essendo appunto irrilevante ai fini sanzionatori; quindi non meriterebbe perciò stesso la tutela reale. Una simile conclusione è evidentemente assurda e irragionevole, cioè tale da rendere la norma incostituzionale ex art.3 Cost. Porrebbe dunque più problemi di quanti non sollevi la soluzione proposta dal Tribunale di Bologna, che davanti a simili incongruenze abbraccia una lettura che fa salva la ragionevolezza della norma, riesumando di fatto la previgente disciplina.

Il vizio dunque, come detto, sta nella formulazione del nuovo testo dell’art.18, che pecca di un errore di fondo concettuale prima che giuridico: esso si fonda sull’idea che sia possibile scindere la valutazione in merito alla causale del licenziamento da quella relativa alle tutele applicabili, prevedendo di queste una modulazione diversa a fronte della medesima causale. Una simile idea impone al giudice una doppia valutazione: prima questi deve valutare la gravità del fatto contestato per accertare l’esistenza della causale (giusta causa o giustificato motivo); per poi, accertato che tale gravità non c’è (e che quindi il licenziamento è illegittimo), procedere ad una ulteriore valutazione dello stesso fatto al fine di identificare il tipo di tutela da applicare. Con ciò il giudice si trova costretto ad un impervio e quanto mai discrezionale percorso argomentativo che dovrebbe portarlo ad accertare che, sì, il fatto contestato non è tanto grave da giustificare il licenziamento del lavoratore, ma lo è abbastanza da fargli perdere comunque il posto di lavoro. Salvo poi eventualmente accorgersi che, anche se il fatto non è affatto grave, debba comunque escludersi la reintegra per le ragioni sopra addotte.

Non è un caso allora che una simile astrusa e incongruente disciplina, nata in nome del (falso) presupposto che la previgente disciplina del licenziamento fosse un’anomalia nel quadro europeo, rappresenti un unicum che non ha equivalenti in alcun ordinamento straniero. Volevamo avvicinarci all’Europa e ci ritroviamo fuori dal consesso delle nazioni civili ■

Flash

Licenziamenti collettivi, la Commissione europea apre la procedura d’infrazione contro l’Italia

Con Comunicato stampa del 24 ottobre 2012 la Commissione UE ha reso noto di aver deferito alla Corte di Giustizia UE lo Stato italiano per la non corretta attuazione della Direttiva CE sui licenziamenti collettivi. Ad avviso della Commissione, infatti, la legislazione e la giurisprudenza italiana, escludendo i licenziamenti (collettivi) dei dirigenti dalle necessarie procedure sindacali di informazione e consultazione, oltre che non contando i licenziamenti dei medesimi, assieme alle cessazioni dei profili più bassi, per il raggiungimento del requisito numerico affinché tale procedura venga attivata, non sarebbe conforme a quanto prescritto dal diritto comunitario. Già nel giugno 2012 la Commissione, a seguito di petizione presentata dal Parlamento europeo con la quale era giunta a conoscenza dell’infrazione, aveva chiesto all’Italia tale adeguamento. Nessuna misura in tal senso è però stata notificata all’organo di governo dell’UE da parte del nostro paese. E’ stato quindi effettuato il deferimento alla Corte di Giustizia, con conseguente attivazione della cosiddetta “procedura di infrazione”. Vedremo se il giudice europeo sarà d’accordo con quanto sostenuto dalla Commissione e se quindi, accertata la violazione del diritto comunitario, si giungerà ad una Sentenza di condanna per l’Italia.

Flash

Incentivi alle assunzioni, ecco il decreto

Sulla Gazzetta Ufficiale del 17 ottobre 2012 è stato pubblicato il Decreto interministeriale di attuazione dell’art. 24, comma 27, primo e secondo periodo, d.-l. n. 201/2011 (cosiddetto Decreto Salva Italia). Con esso viene istituito un Fondo nel quale confluiscono, per gli anni 2012 e 2013, ben 230 milioni, destinati ad incentivare la costituzione di rapporti “stabili” con giovani fino a 29 anni e con donne di qualsiasi età. Ad essere premiate saranno le trasformazioni a tempo indeterminato di contratti a termine; le stabilizzazioni, con contratto subordinato a tempo indeterminato, di coloro assunti a progetto; le assunzioni a tempo determinato con orario full time. Si prevede, altresì, che ad essere premiate saranno solo le assunzioni fatte dalla data di pubblicazione del decreto (17 ottobre 2012) e sino al 31 marzo 2013.

FACITE AMMUINA

MARIAGRAZIA LOMBARDI

La Regione Toscana sosteneva che l'art. 8 del d.l. 138/2011 fosse illegittimo perché consentiva alla contrattazione aziendale di derogare alle leggi regionali. La Corte costituzionale respinge.

La Regione Toscana nel novembre 2011 ricorre in via principale alla Corte Costituzionale per censurare i commi 1, 2 e 2 *bis* dell'art. 8 D. L. 138/2011, e deduce la violazione degli artt. 39, 117 co. 3, e 118 della Costituzione, oltre al principio di leale collaborazione. La vicenda esaminata dal Giudice Costituzionale si conclude con sentenza di rigetto, n. 221, depositata il 4 ottobre 2012.

La posizione della Regione Toscana

La ricorrente intendeva discutere la possibilità riconosciuta alle "specifiche intese" di cui al primo comma dell'art. 8 citato di disporre in deroga, oltre che ai contratti collettivi nazionali di lavoro, alle disposizioni di legge statali e regionali vigenti. Tale valorizzazione della cosiddetta contrattazione collettiva di prossimità si porrebbe cioè, per la Regione ricorrente, in contrasto con il riparto di funzioni legislative fra Stato e Regioni stabilito in Costituzione dopo la riforma del Titolo V ad opera della legge costituzionale n. 3/2001, ed in virtù del quale le materie della "tutela del lavoro" e della "sicurezza sul lavoro" (cioè a dire, esemplificando, tutta la disciplina che riguarda il mercato del lavoro) sono state espressamente attribuite alla potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni.

In particolare, poiché l'art. 8 legittima il contratto collettivo aziendale a regolare la disciplina del lavoro con riguardo a finalità molto articolate – fra le quali quelle di promozione e di partecipazione dei lavoratori, di gestione delle crisi aziendali ed occupazionali, di investimenti, anche relativi all'introduzione di nuove tecnologie – la fonte negoziale aziendale è virtualmente capace di incidere su aspetti legati alle politiche attive del lavoro che, come detto, l'art. 117, 3° co. Costituzione riserva alla potestà legislativa concorrente regionale di tutela del lavoro. Va sottolineato peraltro come la Regione Toscana si collochi tra quelle più virtuose rispetto alla delega Costituzionale di funzioni normative relative alla tutela del lavoro, dato che già nel 2002 ha approvato una legge, la n. 32, intitolata "Testo Unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione, istruzione, orientamento, formazione professionale e lavoro" con la principale funzione di ricognizione della normativa regionale vigente, ma anche di progressiva implementazione della stessa e, in generale, prova di un notevole protagonismo regionale nella materia. Stando alla Legge citata infatti, fra gli obiettivi regionali di intervento figurano lo sviluppo e la promozione della occupazione, il sostegno di azioni di

pari opportunità volte a migliorare l'accesso delle donne al mercato del lavoro, lo sviluppo delle azioni dirette a garantire ai disabili l'accesso al lavoro, le politiche di sostegno alla continuità lavorativa al fine di favorire condizioni lavorative stabili, la diffusione della cultura di impresa, con particolare riferimento a quella cooperativa. Nel ricorso si censura quindi la normativa impugnata "nella parte in cui impone di considerare preminente il contratto collettivo aziendale e/o territoriale sul contratto collettivo nazionale e sulla legislazione statale e regionale", con un riferimento dunque centrato sull'incisione del riparto di competenze normative fra Stato e Regioni, ma incidentalmente relativo anche alla derogabilità del contratto collettivo nazionale che, in modo indiretto, vanificherebbe tutti i richiami allo stesso operati dalla normativa regionale nei casi in cui è prevista, come obbligatoria o opzionale, una regolazione che integri fonte legale e fonte contrattuale. Uno dei punti molto interessanti del ricorso – in cui si lamenta la violazione dell'art. 118 Cost. e del principio di leale collaborazione – è infatti relativo alla notazione per cui l'art. 8, destinato ad aprire ad un sistema contrattuale derogatorio della legislazione regionale, non prevede alcun coinvolgimento delle Regioni, e quindi irrompe in maniera quasi violenta su un sistema integrato di regolazione del lavoro, in cui l'intreccio fra legge regionale (o statale) e contratto collettivo è attentamente calibrato.

Ultimo motivo di ricorso è poi l'allegata violazione dell'art. 39 della Costituzione, a sua volta legato alla violazione dell'art. 117, 3° co., perché le intese di cui all'art. 8, potendo assumere efficacia generale e derogatoria della Legge al di fuori del meccanismo della registrazione stabilito dal 39 Cost., si qualificerebbero come "fonti paralegislative extra ordinem".

La Corte Costituzionale, accogliendo la posizione dell'Avvocatura dello Stato, rigetta il ricorso, ritenendo che l'impatto derogatorio delle "specifiche intese" di cui al primo comma dell'art. 8 abbia dei limiti ben precisi e non invece portata generale. Questo per due motivi: il primo, per cui le intese in parola, raggiunte sulle "materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione" (testualmente, dal 1° comma dell'art. 8) possono riguardare istituti ed ambiti il cui elenco, contemplato dalla norma stessa, dovrebbe intendersi come tassativo; e il secondo, per cui l'art. 8 avrebbe natura di norma eccezionale ed in ossequio all'art. 14 delle Preleggi non "si applica oltre i casi e i tempi in essa considerati". La Corte Costituzionale conclude che per questo "l'effetto derogatorio previsto dall'art. 2-bis opera in relazione alle

materie richiamate dal comma 2 e non ad altre”.

In merito a tale primo assunto della Sentenza, sembra addirittura superfluo raffinare la riflessione in relazione alla natura esemplificativa o tassativa dell’elenco contenuto al comma 2, poiché qualunque sia la soluzione accolta, anche, in ipotesi, adesiva rispetto alla lettura illustrata in sentenza in termini di tassatività delle materie richiamate, le stesse sono talmente eterogenee che anzi sarebbe esercizio di fantasia trovare un aspetto relativo alla regolazione del lavoro (si passi l’espressione amplissima) che non sia ricompreso in qualcuna di esse. I riferimenti sono infatti agli impianti audiovisivi (lett. a), alle mansioni del lavoratore, classificazione ed inquadramento del personale (lett. b), ai contratti a termine, ad orario ridotto, modulato o flessibile, al regime della solidarietà negli appalti ed ai casi di ricorso alla somministrazione di lavoro (lett. c), alla disciplina dell’orario di lavoro (lett. d), alle modalità di assunzione e disciplina del rapporto di lavoro, comprese le collaborazioni coordinate e continuative a progetto e le partite IVA, alla trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e alle conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro, fatta eccezione per i casi di licenziamento discriminatorio rammentati dalla norma stessa (lett. e). Ammettiamo pure che quello trascritto sia un elenco tassativo, dunque: la più restrittiva lettura di esso abilita comunque la fonte negoziale aziendale e/o territoriale a derogare alla legge in ambiti cruciali, intervenendo sul *core business* del diritto del lavoro. Tanto che una lettura in termini esemplificativi non porterebbe ad aggiungere in via interpretativa quasi nulla di altrettanto importante, e ciò consente di ridurre molto la valenza dell’argomento usato dal Giudice.

La divisione per materia secondo la Consulta

Nella medesima ottica di limitazione dell’ambito di rilevanza delle intese, e quindi di una valutazione dell’art. 8 in termini di compatibilità con il sistema delle fonti delineato in Costituzione, la sentenza distingue fra *oggetto* della disciplina normativa e sue *finalità*, affermando che le stesse non rilevano per il giudizio relativo al riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni, poiché le materie elencate nell’art. 8, co. 2, “*concernono aspetti della disciplina sindacale e intersoggettiva del rapporto di lavoro, riconducibili tutti alla materia dell’ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lett. i) Cost.*), rientrando nella competenza legislativa esclusiva dello Stato”.

Quindi non sarebbe di “*tutela del lavoro*” e di “*sicurezza sul lavoro*” che si sta parlando ma di ordinamento civile dello Stato. In merito a tale aspetto, e nonostante l’impressione contraria derivante dall’ampiezza della norma, si può concordare con la Corte, la cui giurisprudenza, in maniera costante, ha ricondotto la disciplina del rapporto di lavoro all’ordinamento civile dello Stato. Ma tale passaggio, il più significativo dell’argomentazione giudiziaria – e forse scontato dato che la Corte non fa altro che esprimersi nei limiti del ricorso – è anche quello potenzialmente più fecondo per successivi sviluppi, perchè in sostanza centrato sull’affermazione che le intese di cui all’art. 8 non incidono sulla competenza legislativa regionale, bensì su quella Statale. Questa ricostruzione ha come effetto di decapitare il ricorso, disconoscendone il punto fondamentale, cioè quello relativo all’incidenza dell’art. 8 sul riparto di competenze legislative, ma, allo stesso tempo, introduce il tema

cruciale dell’impatto dell’articolo 8 sul sistema complessivo, incentrato sulla disciplina unitaria, rimessa alla legislazione statale, del rapporto di lavoro, e sul ruolo della norma inderogabile a tutela del lavoratore nel sistema costituzionale. Dal punto di vista formale, c’è chi ha sostenuto che affermare la competenza dello Stato non è incompatibile con la delega di tale competenza alla fonte convenzionale. Da un punto di vista di tenuta dell’ordinamento, di razionalità dello stesso, ed anche di possibilità di riconoscimento in esso per il corpo sociale, però, assolutizzare tale soluzione al di fuori dei casi di delega alla contrattazione pure presenti nell’ordinamento – ma specifici e calibrati, e mai così generici – rappresenta il trionfo del formalismo e, amaramente, la perdita di senso del sistema. Pertanto può dirsi che, da un punto di vista sostanziale, in riferimento alle finalità di regolazione del mercato del lavoro – dopo anni che si pontifica su come la tutela del lavoro, dal punto di vista del rapporto e dei diritti, anche sindacali, da esso derivanti, è inscindibile dal mercato – è innegabile che la Legge mette in concorrenza il contratto collettivo aziendale e la legislazione regionale. La concezione integrata della regolazione del lavoro, determina un intreccio fra fonti statali regionali e convenzionali, in cui più che “chi fa cosa”, è importante conservare un riferimento unitario nella protezione dei diritti dei lavoratori e consentire specificazioni locali o aziendali che però non concretizzino il rischio di eliminare, nella sostanza, le tutele così costruite. La rappresentata esigenza di unitarietà è ribadita dallo stesso Giudice Costituzionale proprio attraverso il richiamo all’ordinamento civile. Ad esso non può sfuggire allora come tale unitarietà possa semmai articolarsi attraverso delega di funzioni legislative – attraverso il coinvolgimento delle Regioni – poiché tale delega è sottoposta ad un controllo politico democratico, e decentramento della regolazione al livello negoziale (ai vari livelli negoziali), secondo un movimento ormai fisiologico e comunque accompagnato dalla prudenza consigliata dagli scricchiolii di un edificio tradizionalmente aggregato intorno al principio dell’inderogabilità. In riferimento ad esso si addensa la riflessione degli ultimi anni su legittimazione e rappresentatività dei soggetti negoziali, su pesi e contrappesi da ripensare, introdurre, sperimentare, in un sistema di relazioni industriali in rapida evoluzione, che esce invece stravolto dalla delega in bianco al contratto aziendale, per definizione sensibile, quando non asservito, ai mutevoli equilibri dei rapporti di forza in azienda.

La Corte esclude solo che l’art. 8 sia in contrasto con l’art. 117, non con altre norme

Va sottolineato conclusivamente come nella pronuncia annotata la Corte Costituzionale abbia escluso che ci sia violazione dell’art.117, ma non che l’art. 8 possa essere incostituzionale sotto altri profili, nonostante la contrarietà all’art. 39, pur non avendo costituito specifico motivo di ricorso ed esorbitando dallo stesso, era stata evocata dalla Regione ricorrente. Tale silenzio lascia a parere di chi scrive aperti degli spiragli, soprattutto in giudizi incidentali, alla possibile lettura in termini di illegittimità della norma impugnata rispetto al complessivo sistema fondato sull’art. 39 Cost. ■

STRANIERI MENO SOLI

Con un anno di ritardo, l'Italia recepisce la direttiva UE sulle sanzioni per i datori che impiegano stranieri irregolari

Con il d.lgs. n. 109 del 16 luglio 2012, entrato in vigore lo scorso 9 agosto, l'Italia ha recepito, con un anno di ritardo, la Direttiva 2009/52/CE, relativa alle sanzioni ed ai provvedimenti nei confronti dei datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

La Direttiva pone un generale divieto all'impiego di cittadini di Paesi terzi irregolarmente soggiornanti, garantendo che tutti gli Stati membri introducano sanzioni e provvedimenti analoghi, e li applichino effettivamente, a carico sia dei lavoratori illegali che dei datori di lavoro. Il provvedimento risponde alla finalità di evitare le distorsioni nel mercato unico causate dalla concorrenza sleale dei datori di lavoro che impiegano immigrati irregolari, e più in generale di disincentivare il ricorso all'immigrazione illegale, che sovente è alimentata proprio dalla possibilità per lo straniero di trovare un'occupazione, sia pure irregolare, a condizioni (salariali, ma non solo) più convenienti rispetto a quelle praticate nel Paese di origine. Non è, dunque, la tutela dei lavoratori stranieri irregolari a giustificare l'adozione della Direttiva (anche perché non sarebbe stato semplice individuare il fondamento di una competenza dell'Unione in tal senso); ma, di riflesso, si può dire che la repressione dell'immigrazione clandestina finisce per tutelare anche i lavoratori immigrati clandestini.

Innanzitutto, il d.lgs. di recepimento non si sofferma sugli obblighi, che pure sono previsti dalla Direttiva, gravanti sul datore di lavoro che intende assumere uno straniero, essendo sul punto il nostro ordinamento già sostanzialmente conforme alle prescrizioni europee. In virtù di tali obblighi, il datore è tenuto ad accertarsi che lo straniero possieda un permesso di soggiorno valido, a conservarne copia, ai fini di un'eventuale ispezione, e ad informare le competenti autorità circa l'inizio dell'impiego.

Venendo al cuore delle disposizioni introdotte dal decreto, va preliminarmente segnalato che l'art. 22, comma 12, del t.u. immigrazione (d.lgs. n. 286/1998) già prevede che il datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, sia punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con una multa di 5.000 euro per ogni lavoratore straniero impiegato. Nel caso di particolare sfruttamento del lavoratore, l'art. 12 comma 5, del t.u. prevede anche la più grave fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale dello straniero a scopo di ingiusto profitto.

Tale apparato sanzionatorio è ora rafforzato dalle disposizioni di cui ai nuovi artt. 12 *bis* e 12 *ter*, t.u., introdotti dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 109/2012. In primo luogo, è previsto che le suddette pene siano aumentate da un terzo alla metà in ipotesi di particolare

sfruttamento lavorativo, vale a dire nel caso in cui i lavoratori occupati siano in numero superiore a tre, siano minori in età non lavorativa o siano sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui all'art. 603 *bis* c.p. (che configura come reato la condotta di «chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori»).

Con la sentenza di condanna, il giudice applica anche la sanzione amministrativa accessoria del pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente (determinato con decreto del Ministero dell'interno, di concerto con i Ministri della giustizia, dell'economia e delle finanze e del lavoro e delle politiche sociali); i proventi derivanti dall'applicazione della sanzione saranno destinati in parte al fondo rimpatri di cui all'art. 14 *bis* t.u. immigrazione, ed in parte al fondo sociale per l'occupazione e la formazione di cui all'art. 18, comma 1, del d.l. n. 185/2008 (conv. in l. n. 2/2009) per la realizzazione di interventi di integrazione sociale di immigrati e minori stranieri non accompagnati.

Vengono, inoltre, introdotti, sempre nel corpo dell'art. 22 t.u. immigrazione, i nuovi commi 5 *bis* e 5 *ter*, ai sensi dei quali è ora disposto il rifiuto del nulla osta al lavoro, da parte dello sportello unico per l'immigrazione, anche qualora si rispettino i limiti numerici quantitativi e qualitativi determinati in sede di programmazione annuale dei flussi migratori in ingresso, nei confronti del datore di lavoro che risulti condannato, negli ultimi cinque anni, anche con sentenza non definitiva, per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia o dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati, per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite; ugualmente, il nulla osta è rifiutato (o revocato, se già rilasciato) qualora i documenti presentati siano stati ottenuti con la frode, falsificati o contraffatti, ovvero se lo straniero non si rechi presso lo sportello unico per l'immigrazione per la firma del contratto di soggiorno entro otto giorni dall'ingresso in Italia (salvo che il ritardo sia dipeso da cause di forza maggiore). Trattasi, in quest'ultimo caso, di disposizioni di sicuro rilievo, specie nell'ottica di disincentivare il ricorso all'immigrazione illegale, delle quali, tuttavia, si fatica a trovare il fondamento nelle maglie della Direttiva.

Il d.lgs. di recepimento, sfruttando la possibilità concessa dalla Direttiva, prevede altresì l'estensione della responsabilità penale anche alle persone giuridiche che siano dichiarate responsabili del reato di cui all'art. 12 t.u. In particolare, l'art. 2, inserendo l'art. 25 *duodecies*

nel corpo del d.lgs. n. 231/2001, prevede che, in presenza delle già citate ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo, di cui al comma 12 *bis*, «si applica all'ente la sanzione pecuniaria da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro».

Particolarmente rilevante è anche la previsione del pagamento, da parte del datore di lavoro nei confronti del lavoratore straniero irregolare, di tutte le somme dovutegli a titolo retributivo, contributivo e fiscale, nonché dei relativi accessori, che egli avrebbe dovuto pagare in caso di assunzione legale. A tal fine, e salva prova contraria, fornita dal lavoratore o dal datore di lavoro, si presume che il rapporto di lavoro abbia avuto una durata di almeno tre mesi (art. 3, d.lgs. n. 109/2012). Per il lavoratore, tuttavia, sarà praticamente impossibile ricevere quanto dovuto prima dell'allontanamento. Il lavoratore può, infatti, presentare domanda per ottenere quanto spettante, dopo di che sarà tenuto ad entrare nel percorso, volontario o coatto, di allontanamento, secondo quanto previsto dalla Direttiva 2008/115/CE, che detta norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (recepita in Italia dalla l. n. 129/2011).

Va, peraltro, rilevato che il decreto di recepimento (a differenza di quanto suggerito dalla Direttiva) nulla dice circa l'eventuale pagamento anche dei costi derivanti dal trasferimento degli arretrati nel Paese di rimpatrio. Solo qualora si sia in presenza delle già citate ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo, di cui al comma 12 *bis*, il lavoratore avrà diritto a ricevere quanto dovuto prima di allontanarsi, dal momento che in tali casi (molto limitati, a dire il vero) è prevista la concessione al lavoratore straniero irregolare, che abbia denunciato il datore di lavoro che impiega manodopera illegale e che cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti di quest'ultimo, di un (seppur temporaneo) permesso di soggiorno per motivi umanitari. Tale permesso di soggiorno, della durata di sei mesi, può essere rinnovato per un anno (o per il maggior periodo occorrente alla definizione del procedimento penale), ed è revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, ovvero qualora vengano meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio (art. 12 *quater* e 12 *quinquies*, t.u. immigrazione, introdotti dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 109/2012). Saranno determinate, con decreto dei Ministri dell'intero e del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con quello dell'economia e delle finanze, le modalità e i termini per garantire che i cittadini stranieri assunti illegalmente possano presentare domanda ed ottenere l'esecuzione nei confronti del datore di lavoro di una sentenza per le retribuzioni arretrate, anche in caso di rimpatrio volontario o forzato, o possano chiedere direttamente alla competente autorità di avviare le procedure di recupero delle retribuzioni arretrate senza che sia necessaria la previa presentazione di una domanda in tal senso (art. 1, comma 3, d.lgs. n. 109/2012).

Circa le ulteriori sanzioni a carico del datore di lavoro, di natura essenzialmente economica, previste dalla Direttiva (consistenti nell'esclusione del beneficio di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici, per un periodo fino a cinque anni; nell'esclusione dalla partecipazione ad appalti pubblici, per un periodo fino a cinque anni; nel rimborso di alcune o di tutte le prestazioni, sovvenzioni o aiuti pubblici già concessi al datore di lavoro fino a dodici mesi prima dell'assunzione illegale; nella chiusura temporanea o permanente degli stabilimenti in cui ha avuto luogo la violazione, o nel ritiro temporaneo o permanente della licenza d'esercizio dell'attività economica in questione, se giustificata dalla gravità della violazione), non si rinviengono nel decreto di recepimento misure idonee a renderle operative nel nostro ordinamento. Sono proprio tali sanzioni, invece, che potenzialmente potrebbero giocare un

fondamentale ruolo di deterrenza, dal momento che si tratta di conseguenze molto pesanti per il datore di lavoro. Neppure vengono dettate dal decreto misure particolari per l'ipotesi del subappalto, ed in particolare per quanto concerne la responsabilità solidale che viene sancita dalla Direttiva in capo all'appaltante qualora il datore di lavoro in questione sia un subappaltatore che impieghi immigrati irregolari.

Neppure pare che il d.lgs., diversamente da quanto previsto dalla Direttiva, abbia predisposto particolari meccanismi per agevolare le denunce da parte degli stranieri assunti illegalmente. L'art. 4 del d.lgs., invece, si propone di garantire che siano effettuati, per mano del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, controlli adeguati ed efficaci sull'impiego di cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, previa identificazione dei settori di attività con una più alta incidenza delle assunzioni irregolari. E' inoltre previsto che, una volta l'anno, venga comunicata alla Commissione europea il numero totale delle ispezioni effettuate l'anno precedente per ciascun settore di attività a rischio, assieme ai relativi risultati.

Infine, l'art. 5 del decreto, rubricato «Disposizione transitoria», prevede l'ennesima procedura di regolarizzare, che ha consentito ai datori di lavoro (e non ai lavoratori) di presentare una dichiarazione di emersione per regolarizzare i rapporti di lavoro irregolari in corso da almeno tre mesi con lavoratori stranieri. Si tratta dell'ennesima procedura di regolarizzazione, a soli tre anni di distanza da quella riservata a colf e badanti e prevista dall'art. 1 *ter* della l. n. 102/2009.

Al fine di non incorrere nelle sanzioni previste dal d.lgs., è stata concessa ai suddetti datori di lavoro l'opportunità di sanare la propria posizione, presentando una dichiarazione di emersione nel periodo compreso fra il 15 settembre ed il 15 ottobre 2012, sulla base di tre presupposti: il datore doveva occupare irregolarmente alle proprie dipendenze lo straniero da almeno tre mesi alla data di entrata in vigore del d.lgs., e continuare ad occuparlo alla data di presentazione della dichiarazione di emersione; il lavoratore straniero doveva essere presente in Italia, in modo continuativo, almeno dal 31 dicembre 2011 (o da data precedente); la presenza in Italia doveva essere attestata da una documentazione proveniente da organismi pubblici.

Prescindendo dalla sanatoria, il d.lgs., intervenuto su di un tema particolarmente scottante come quello del lavoro nero, ha sicuramente gettato le basi per una più efficace tutela dello straniero impiegato irregolarmente, sia pure in modo ancora troppo blando (si pensi solo alla preclusione di qualsiasi forma di regolarizzazione *ad personam*, che consenta a chi lavora irregolarmente di acquisire anche i titoli per il soggiorno regolare). Ciò di cui non si è adeguatamente tenuto conto è il fatto che il principale fattore che in Italia genera le croniche sacche di illegalità è rappresentato dalla farraginosità dei meccanismi che consentono l'incontro tra domanda ed offerta di lavoro per le persone provenienti da Paesi terzi.

Da una lettura congiunta delle disposizioni del d.lgs. n. 109/2012 e della già citata legge n. 129/2011 sull'allontanamento degli stranieri irregolarmente soggiornanti, risulta che, a fronte di datori di lavoro colpiti da sanzioni, avremo lavoratori allontanati dal Paese in cui prestano la propria attività. Ne deriva con tutta evidenza che non è quindi individuabile alcuna convenienza per il lavoratore a denunciare alle autorità la situazione di lavoro irregolare: tranne che nei casi di sfruttamento e di occupazione dei minori, per i quali si avrà diritto ad un limitato permesso di soggiorno per motivi umanitari, egli si troverebbe difatti di fronte alla prospettiva dell'allontanamento, e solo in via ipotetica al riconoscimento almeno dei diritti di natura economica, presentando ricorso prima di partire ■