

n. 3_4_2013

a cura di centro studi *diritti e lavoro*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

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

FLASH

dirittielavoro@gmail.com
www.dirittielavoro.it

**ART 28 E SICUREZZA
SUL LAVORO**
**EUROPA AMARA PER
TERMINE E
SOMMINISTRAZIONE**
**DETASSATO IL
SALARIO DI
PRODUTTIVITA'**
**LA MOBILITA' NEL
PUBBLICO IMPIEGO**
**LA CONSULTA SALVA
LA CLAUSOLA
SOCIALE NELLE COOP**

MI TELEFONI O NO?

**CALL CENTER
E CONTRATTO
A PROGETTO.
IL MINISTERO CHIARISCE DOPO
LA LEGGE FORNERO**

ARTICOLO 28 PER DIFENDERE LA SICUREZZA SUL LAVORO

ANDREA RANFAGNI

Una recente pronuncia del Tribunale di Firenze (Decreto del 15 aprile 2013, estensore Davia) ha riconosciuto la possibilità di attivare il ricorso ex art. 28, Statuto dei Lavoratori (da ora in poi SL), anche nel caso in cui non siano state rispettate le prerogative riconosciute dalla legge al Rappresentante dei Lavoratori per la Sicurezza (da ora in poi RLS).

La decisione si inserisce in un dibattito presente all'interno della giurisprudenza di merito, fatto di poche decisioni, distanti nel tempo e tra di loro contrastanti.

IL CASO DI FIRENZE

Il decreto ex art. 28 SL in commento scaturisce dal ricorso promosso dall'associazione sindacale FLMU di Firenze e Provincia e relativo al caso di un rappresentante di tale sindacato in seno a Telecom Italia spa.

Quest'ultimo era stato eletto come membro dell'RSU aziendale e nell'ambito delle medesime elezioni aveva visto eleggersi anche come RLS.

Nel corso di tale mandato l'azienda datrice di lavoro aveva omesso di consultarlo, in via preventiva, in merito ad una serie di aspetti particolarmente rilevanti nell'attuazione della normativa antinfortunistica (d.lgs. n. 81/2008).

Nello specifico, Telecom non aveva provveduto a consultarlo: sulla nomina dei soggetti aziendali preposti alla responsabilità ed attuazione della normativa antinfortunistica; in ordine alle decisioni prese in materia di gestione delle emergenze (procedure standardizzate, date e modalità di svolgimento delle prove pratiche di attuazione delle procedure stesse); in ordine alle attività di formazione svolte a favore dei dipendenti.

L'azienda non aveva altresì provveduto a consegnare copia dei DUVRI (Documento Unico per la Valutazione dei Rischi da Interferenze) connessi ai contratti di appalto, d'opera e di somministrazione in essere presso la Regione Toscana, nonostante un'apposita richiesta dell'RLS stesso.

Ritenendo che tale comportamento aziendale costituisse condotta antisindacale, l'associazione cui appartiene l'RLS ha provveduto a promuovere ricorso ex art. 28 SL.

LE PREROGATIVE DEL RLS

Nell'accogliere il ricorso presentato dal sindacato, il Tribunale di Firenze ha accertato, in primo luogo, l'illegittimità del comportamento aziendale per violazione degli artt. 50 e 26, d.lgs. n. 81/2008.

L'art. 50, rubricato *Attribuzioni del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza*, individua le cosiddette "prerogative" di quest'ultimo soggetto, affermando, tra l'altro, l'obbligo per il datore di lavoro di consultare preventivamente e tempestivamente l'RLS in ordine alla valutazione dei rischi, alla individuazione, programmazione, realizzazione e verifica della prevenzione nella azienda o unità produttiva (lettera b); di consultarlo sulla designazione del responsabile e degli addetti al servizio di prevenzione, alla attività di prevenzione incendi, al primo soccorso,

alla evacuazione dei luoghi di lavoro e del medico competente (lettera c); di consultarlo in merito all'organizzazione della formazione di cui all'articolo 37, d.lgs. n. 81/2008 (lettera d), ovvero quella espletata in favore dei dipendenti ed inerente, ovviamente, la salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

L'art. 26, d.lgs. n. 81/2008, riconosce invece, al comma 5, il diritto dell'RLS a ricevere, su richiesta, copia dei DUVRI connessi ai contratti di appalto, di somministrazione e d'opera stipulati dall'azienda datrice di lavoro.

Constatata la veridicità di quanto denunciato dal sindacato, il giudice fiorentino ha così dichiarato l'illegittimità del comportamento aziendale per negazione delle suddette prerogative.

E' ANTISINDACALE LA VIOLAZIONE DELLE PREROGATIVE DEL RLS?

Accertata la violazione degli artt. 50 e 26, d.lgs. n. 81/2008, il Tribunale di Firenze è stato chiamato a decidere se tale negazione possa integrare, a norma dell'art. 28 SL, una condotta antisindacale, come tale reprimibile sulla base della procedura prevista dalla medesima disposizione dello Statuto.

Come anticipato, la questione è stata già affrontata in passato dalla giurisprudenza di merito, la quale ha in prevalenza riconosciuto la natura antisindacale dei comportamenti aziendali di questo tipo (cfr. Tribunale di Oristano del 26 luglio 2001, Pretore di Campobasso del 10 febbraio 1999, Pretore di Milano del 2 luglio 1997; Tribunale di Brescia del 15 giugno 2000), anche se non mancano decisioni contrarie (Tribunale di Belluno del 23 ottobre 2002; Tribunale Santa Maria Capua di Vetere del 26 aprile 2005).

Il Tribunale di Firenze ha deciso di seguire l'orientamento prevalente ritenendo che la configurabilità della condotta antisindacale emerga sia dal fatto che lo stesso art. 50, d.lgs. n. 81/2008 estende all'RLS tutte le tutele previste dalla legge per le RSU (la disposizione afferma che l'RLS "*Non può subire pregiudizio alcuno a causa dello svolgimento della propria attività e nei suoi confronti si applicano le stesse tutele previste dalla legge per le rappresentanze sindacali*"), dunque anche quella dell'art. 28; sia dalle caratteristiche intrinseche dell'attività espletata dall'RLS diretta alla realizzazione e tutela di prerogative che trascendono i singoli, ed hanno ad oggetto vicende ed interessi collettivi e di gruppo.

Proprio su quest'ultimo aspetto si sono incentrate le divergenze nella giurisprudenza di merito. Secondo taluni giudici infatti, essendo l'art. 28 SL uno strumento eccezionale nel nostro ordinamento, previsto a tutela dell'interesse del sindacato al libero esercizio dell'attività sindacale e del diritto di sciopero (costituzionalmente protetto; artt. 39 e 40, Costituzione), non potrebbe essere attivato qualora si punti ad ottenere la tutela di un diritto individuale quale è quello alla sicurezza sul lavoro.

In realtà, pare più corretto quanto sostenuto dal Tribunale di Firenze. L'art. 50, d.lgs. n. 81/2008 individua infatti prerogative proprie dell'RLS e strettamente inerenti l'attività dal medesimo svolta. Non si tratta, pertanto, di diritti che spettano ai singoli, il cui diritto alla

salute riceve, in questo caso, solo indirettamente e collettivamente una tutela, cioè grazie all'attività dell'RLS.

Il fatto che l'attività dell'RLS costituisca a tutti gli effetti un'attività sindacale, quindi di tutela e rappresentanza degli interessi di un gruppo di lavoratori, trova poi conferma da un'analisi complessiva della normativa in materia.

In primo luogo, lo stesso Statuto dei Lavoratori riconosce, all'art. 9, il diritto dei lavoratori a controllare l'applicazione della normativa antinfortunistica. Nel riconoscere tale diritto dei dipendenti, afferma però che il relativo esercizio può avvenire solo "mediante le loro rappresentanze". Il riferimento pare essere, anche per coerenza sistematica, alle rappresentanze indicate nello stesso Statuto, quindi quelle aziendali (RSA/RSU). E ciò è stato confermato da recente giurisprudenza penale nel riconoscere il diritto del sindacato a costituirsi parte civile nei processi penali per infortunio sul lavoro (cfr. Cassazione, Sezione Penale IV, n. 9923/2011; in particolare, la stessa Cassazione Penale è arrivata a parlare di un vero e proprio "diritto soggettivo" del sindacato a controllare il rispetto della normativa sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro).

La legge, quindi, attribuisce al sindacato un ruolo fondamentale ovvero quello di "rappresentare" i lavoratori nell'esercizio del diritto a controllare il rispetto della normativa antinfortunistica, che spetta sì ai singoli individui ma che può essere esercitato solo collettivamente e attraverso le loro rappresentanze, di fatto "sindacalizzando" tale diritto.

Tale dato trova poi altresì conferma nell'attuale art. 47, comma 4, d.lgs. n. 81/2008, il quale prevede che nelle aziende sopra i 15 dipendenti l'RLS è eletto "nell'ambito delle RSU", oltre che nel comma 5 dell'art. 47 stesso che rinvia alla contrattazione collettiva la definizione delle modalità di elezione e designazione dell'RLS, nonché l'individuazione del tempo retribuito e degli strumenti per l'espletamento delle funzioni di quest'ultimo.

Di fronte a tale quadro e posto che l'attività (sindacale) dell'RLS si esprime principalmente attraverso l'esercizio di quelle prerogative individuate all'art. 50, d.lgs. n. 81/2008, se ne deduce che l'eventuale negazione di queste ultime da parte dell'azienda non può che tradursi in "comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale", come tali reprimibili con la procedura di cui all'art. 28 SL.

La decisione del Tribunale di Firenze pare, in conclusione, corretta e riconosce un importante strumento di tutela per chi è chiamato a rappresentare i lavoratori nell'ambito della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

UN VADEMECUM DEL MINISTERO PER LA RIFORMA FORNERO

In data 22 aprile 2013 il Ministero del lavoro ha adottato un vademecum nel quale esprime alcuni possibili orientamenti interpretativi sulle principali novità introdotte dalla Riforma Fornero (l. n. 92/2012). Tale provvedimento – equiparabile ad una circolare e che pertanto non ha alcuna forza di legge, non vincolando il giudice del lavoro – è stato adottato a seguito degli incontri che lo stesso Ministero del Lavoro ha avuto con il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro. Tra le precisazioni del Ministero si segnalano in particolare quelle sul contratto a termine, per le quali sarebbe possibile stipulare un primo contratto a termine a-causale per la durata massima di 12 mesi anche qualora tra le parti siano già intercorsi rapporti di lavoro, purché di natura autonoma e non sarebbe mai ammessa la proroga dello stesso, indipendentemente dalla sua durata. Altri chiarimenti hanno riguardato le novità introdotte in materia di contratto intermittente, apprendistato, lavoro accessorio, associazione in partecipazione, contratto di collaborazione coordinata e continuativa a progetto, responsabilità solidale negli appalti, procedura conciliativa pre-licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Si rinvia al prossimo numero del Bollettino per approfondimenti in merito.

LEGGE SALVA ILVA, OK DELLA CONSULTA

Le previsioni contenute nel d.l. n. 207/2012 che prevedono la possibilità di autorizzare la prosecuzione dell'attività produttiva di un'azienda per la quale siano in corso accertamenti per violazioni della normativa ambientale è legittima costituzionalmente. Questo quanto affermato dalla Corte Costituzionale, la quale ha dichiarato in parte infondate ed in parte inammissibili le questioni di legittimità sollevate dal GIP e dal Tribunale di Taranto sulla normativa in questione. Ad avviso della Consulta non vi sarebbe alcuna incidenza da parte della previsioni contenute nel d.l. n. 207/2012 sull'accertamento di eventuali responsabilità penali in corso dinanzi all'autorità giudiziaria di Taranto.

LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL COMPORTO E CONCILIAZIONE: DUBBI INTERPRETATIVI

Il nuovo tentativo di conciliazione pre-licenziamento economico non si applica ai licenziamenti per superamento del periodo di comportamento. Questo quanto affermato dal Tribunale di Milano con ordinanza del 5 marzo 2013. Il giudice milanese condivide così l'opinione già espressa dal Ministero del Lavoro nella Circolare n. 3/2013. La suddetta ordinanza ne contraddice tuttavia un'altra, sempre del Tribunale di Milano, datata 22 marzo 2013, nella quale si ritiene che il licenziamento per superamento del periodo di comportamento rientri nell'ambito del giustificato motivo oggettivo e, conseguentemente, deve essere preceduto dalla procedura conciliativa. Ciò in linea con precedenti orientamenti della Cassazione.

SOMMINISTRAZIONE E COLLEGATO LAVORO: IL TRIBUNALE DI ROMA CONTRO LA CASSAZIONE

Due recenti sentenze del Tribunale di Roma hanno affermato che l'indennità risarcitoria compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità, introdotta dalla l. n. 183/2010 (cosiddetto Collegato lavoro) per i casi di contratti a termine illegittimi, non trova applicazione nelle ipotesi di illegittima somministrazione a tempo determinato. Al lavoratore spetterebbe così, oltre alla riammissione in servizio, anche il pagamento delle retribuzioni dal giorno della messa in mora al giorno della effettiva reintegra. Il Tribunale di Roma si è consapevolmente discostato dall'orientamento espresso sempre di recente dalla Corte di Cassazione (Sentenza n. 1148/2013). Ad avviso della Corte Suprema, infatti, nei casi in cui il lavoratore ottenga la reintegra a tempo indeterminato presso l'impresa utilizzatrice per effetto di un rapporto di lavoro tramite agenzia accertato illegittimo, deve trovare applicazione la norma del Collegato lavoro.

TERMINE ACAUSALE: CHI SONO I LAVORATORI SVANTAGGIATI

In data 21 marzo 2013 il Ministro del Lavoro Elsa Fornero ha firmato il decreto con il quale vengono individuati i cosiddetti "lavoratori svantaggiati".

Il riferimento è alle novità che in materia di somministrazione di manodopera sono state introdotte dal d.lgs. n. 24/2012 ed in base alle quali le imprese possono fare ricorso all'assunzione a termine tramite agenzia senza che ciò sia giustificato da comprovate ragioni di carattere organizzativo, produttivo, tecnico e/o sostitutivo qualora i lavoratori impiegati rientrino, appunto, nel concetto di "lavoratori svantaggiati".

In tale categoria di lavoratori vengono individuati anche coloro che, negli ultimi sei mesi, non hanno prestato attività lavorativa di natura subordinata della durata di almeno 6 mesi o che, negli ultimi sei mesi, hanno svolto attività lavorativa di natura autonoma o parasubordinata dalla quale derivi un reddito inferiore al reddito annuale minimo personale escluso da imposizione fiscale.

ESODATI ATTO TERZO

Il Ministero del Lavoro, d'intesa con quello dell'Economia e delle Finanze, ha firmato il terzo decreto ministeriale sui lavoratori cosiddetti "esodati", il quale dovrà ora essere pubblicato in Gazzetta Ufficiale per essere pienamente efficace. Viene così data attuazione al rinvio legislativo contenuto nei commi 231-236 della cosiddetta Legge di Stabilità 2013 (l. n. 228/2012). Nel nuovo decreto viene quantificato in 10.130 il numero di coloro che potranno ancora usufruire della precedente disciplina pensionistica ante Riforma Fornero del novembre 2011.

Tale decreto si aggiunge così ai decreti dell'8 ottobre 2012 e del 1 giugno 2012, con i quali erano stati individuati, rispettivamente, 55.000 e 65.000 lavoratori.

AMARA EUROPA

GIOVANNI ORLANDINI

SECONDO LA CORTE DI GIUSTIZIA ALLA SOMMINISTRAZIONE E NON SI APPLICA NESSUNA DELLE TUTELE DEL CONTRATTO A TERMINE. I LIMITI DEL RINVIO DEL TRIBUNALE DI NAPOLI

Nella sentenza Della Rocca contro Poste Italiane dell'11 aprile 2013 la Corte di giustizia ha negato che la disciplina del contratto a termine dettata dalla direttiva 99/70 valga a regolare il rapporto che lega un lavoratore somministrato all'agenzia di somministrazione. Lo ha fatto rispondendo alle questioni pregiudiziali poste dal Tribunale di Napoli, che le aveva sollevate nell'ambito di una controversia tra Poste Italiane ed un lavoratore somministrato da Obiettivo Lavoro spa in base a tre contratti di lavoro a tempo determinato succedutisi tra il 2 novembre 2005 ed il 31 gennaio 2007. Solo nel contratto di somministrazione tra l'agenzia e Poste erano state indicate le ragioni che ne giustificavano la stipula (sostituzione di personale assente), ai sensi dell'art.20 d.lgs.276/03, mentre nessuna motivazione era stata apposta dall'agenzia ai contratti di lavoro con i quali era stato assunto il lavoratore somministrato, sul presupposto che non dovesse trovare applicazione l'art.1, d.lgs. 368/01. La reiterazione dei contratti era poi avvenuta senza rispettare gli intervalli previsti dal successivo art.5 comma 3 dello stesso d.lgs.368/01.

La questione pregiudiziale sollevata da un giudice di merito davanti alla Corte di giustizia serve ad ottenere un chiarimento in merito all'interpretazione del diritto dell'UE, nei casi in cui sorga un fondato dubbio sulla compatibilità con questo del diritto interno. Nel caso in esame la Corte di Lussemburgo è stata chiamata a valutare se la disciplina italiana in materia di somministrazione sia o meno compatibile con i requisiti richiesti dalla direttiva 1999/70 per le assunzioni a termine, laddove questa si ritenga applicabile anche al contratto che lega il lavoratore all'agenzia.

Il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Napoli però non brilla per chiarezza, dal momento che alla Corte di giustizia è stato chiesto di esprimersi in merito a questioni relative a profili diversi della disciplina della somministrazione, erroneamente accomunati. Il primo attiene alla causalità del contratto di lavoro con l'agenzia: al fatto cioè se questi, al pari del contratto di somministrazione, debba o meno essere motivato con l'indicazione di ragioni oggettive riconducibili a quelle elencate dall'art. 1, d.lgs 368/01. Il secondo attiene alla possibilità di reiterare più contratti di lavoro con l'agenzia, senza rispettare gli intervalli minimi previsti

dall'art.5, comma 3, d.lgs.368/01 o la durata massima di 36 mesi fissata dal comma 4 bis. Questa possibilità è espressamente prevista dall'art.22 d.lgs.276/03, che esclude l'applicazione al contratto di lavoro con l'agenzia dell'art.5, comma 3 e ss., d.lgs.368/01. Da tale norma si ricava, *a contrario*, che l'art.1, d.lgs.368/01 vale a regolare il contratto a termine con un'agenzia, non configurandosi quei profili di "ontologica" incompatibilità che soli ne giustificherebbero l'inapplicabilità ai sensi della stessa norma ("*per quanto compatibile*"). Il Tribunale di Napoli, nel rimettere la questione davanti alla Corte di giustizia, come detto accomuna i due profili della disciplina (causalità e reiterazione), sostenendo che per entrambi non valga la disciplina dettata dal d.lgs.368/01 per regolare il contratto a termine e chiamando quindi i giudici europei a valutare se ciò sia compatibile con la direttiva 1999/70.

La Corte dà per pacifica la configurazione della disciplina di diritto interno fatta dal giudice rimettente e risolve la questione negando l'applicabilità della direttiva sul contratto a termine al caso di specie. La somministrazione infatti configura una "*costruzione complessa e specifica del diritto del lavoro*", per questo regolata da una direttiva ad hoc (2008/14/CE). La direttiva 99/70 intende invece regolare l'ipotesi di contratto a termine concluso "*direttamente*" con il datore di lavoro e (s'intende) eseguito presso il medesimo.

Le conclusioni cui giunge la Corte erano in buona parte prevedibili, anche se l'argomentazione è criticabile perché si spinge a configurare una sorta di "strutturale" differenza tra il contratto a termine stipulato con un'agenzia e quello stipulato con un "normale" datore. Ancora più sorprendente è l'affermazione per la quale la somministrazione implicherebbe "*un duplice rapporto di lavoro*" con l'agenzia e con l'utilizzatore; è noto infatti che nessuna relazione contrattuale si instauri tra il lavoratore e l'impresa che lo utilizza. Al netto di tali incisi quanto mai discutibili, non si deve però ricavare da quanto afferma la Corte più di quanto questa intenda (e possa) dire.

Affermare che nell'ordinamento dell'UE contratto a termine e lavoro somministrato sono oggetto di due fonti distinte e non sovrapponibili è dire cosa ovvia. D'altra parte il lavoro tramite agenzia è regolato secondo schemi contrattuali diversissimi nei vari Stati membri, il che spiega come mai nella direttiva 2008/14 non si sia voluto imporre una determinata disciplina regolatrice del rapporto tra lavoratore ed agenzia. Chiamata ad esprimersi sul punto, la Corte non ha potuto che ribadire come l'UE non imponga in materia di somministrazione altri vincoli se non quelli (assai elastici) posti dalla direttiva in materia, e non si possa inferire alcunché dalla direttiva sul contratto a termine. Ciò non significa però che l'UE imponga agli Stati di non regolare come contratto a termine il rapporto di lavoro con l'agenzia: semplicemente l'UE lascia liberi gli Stati di adottare gli schemi contrattuali che nel proprio ordinamento essi ritengono più opportuni.

La sentenza della Corte di giustizia può però dar adito a letture strumentali che forzano la lettera della normativa nazionale vigente per prospertarvi una netta separazione tra contratto di lavoro con l'agenzia e contratto a termine;

separazione che come detto non c'è nel nostro ordinamento. Per tacere del rischio che dalle parole dei giudici europei si possa trarre legittimazione per interventi di riforma dell'istituto che ne liberalizzino ulteriormente la disciplina, in deroga a quanto previsto per il lavoro a termine.

Se i rischi di un suo uso strumentali vengono scongiurati, la sentenza non dovrebbe produrre effetti giuridicamente significativi nel nostro ordinamento. Può, questo sì, deludere chi cercava nel diritto dell'UE un fondamento per contestare l'assenza di limiti di legge alla reiterazione dei contratti di lavoro a termine con un'agenzia. Questo fondamento non c'è, dice la Corte di giustizia: da ciò consegue che per il diritto dell'UE è del tutto legittima una norma che, come l'art.22, comma 2 d.lgs.276/03, non sottoponga i contratti di lavoro con i quali viene assunto a termine un lavoratore somministrato ai limiti posti alla reiterazione dei contratti dalla generale disciplina del contratto a termine. E lo stesso vale per il regime delle proroghe, regolato dalla contrattazione collettiva in deroga ai limiti posti dal regime del termine (ai sensi dello stesso art.22, comma 2).

Altro discorso andrebbe fatto in relazione alla a-causalità del contratto di lavoro con l'agenzia ed alla più generale questione dell'applicazione ad esso delle norme dell'art. 368/01, diverse da quelle espressamente pretermesse dall'art.22 d.lgs.276/03 (relative alla reiterazione ed alla proroga). Sotto questo profilo, come detto, sembra discutibile la configurazione fatta dal giudice rimettente, dal momento che non è condivisibile l'affermazione per la quale anche per questi profili non trovi applicazione la disciplina del termine nell'ambito della somministrazione.

Vero è che, almeno per quanto riguarda l'obbligo di giustificare il contratto, la questione è stata parzialmente superata dalla L.92/12, che come noto ha sostanzialmente liberalizzato la prima assunzione (sia per il contratto a termine che per quello di somministrazione). Al di là dell'ipotesi oggi regolata dall'art.1- bis, d.lgs.368/01, l'obbligo di giustificazione da parte dell'agenzia poi è evadibile facilmente dalla stessa, sovrapponendosi di fatto a quello posto a base del contratto di somministrazione.

D'altra parte la stessa direttiva 1999/70 non richiede che la prima assunzione a termine debba essere giustificata da ragioni oggettive, valendo tale onere solo per le assunzioni successive in funzione anti-abusiva (come più volte ribadito dalla Corte di giustizia). Di nuovo, s'intende, ciò non significa che l'UE non permetta di dettare condizioni più stringenti per l'utilizzo di tale contratto. Ma è ormai prassi consolidata di molti Stati membri (l'Italia in primis) utilizzare le direttive UE come fonti sovra nazionali che definiscono standard massimi di tutela dei lavoratori.

E' necessario invece ribadire che le direttive fissano i minimi di tutela che tutti gli Stati devono rispettare e che questi ben potrebbero garantire ai lavoratori livelli più avanzati di protezione. Ciò vale anche per la disciplina della somministrazione, ivi compresi i profili attinenti alla reiterazione dei contratti a termine con l'agenzia, la cui liberalizzazione nell'ordinamento italiano non è imputabile all'Europa ma a precise scelte di politica interna.

LIVIA IRTINNI

MI TELEFONI O NO?

CALL CENTER E CONTRATTO A PROGETTO. IL MINISTERO CHIARISCE DOPO LA LEGGE FORNERO

LA CIRCOLARE DAMIANO E I SERVIZI OUTBOUND

I call center, diventati nell'immaginario collettivo il luogo simbolo del precariato nel momento di crisi occupazionale attuale, rappresentano ancora oggi uno dei settori lavorativi in cui il ricorso alla collaborazione coordinata e continuativa a progetto è piuttosto frequente, sebbene nel tempo tale tipologia contrattuale abbia conosciuto sorti altalenanti.

In tale ambito, infatti, era frequente l'uso del contratto a progetto al fine di contenere i costi del lavoro e di migliorarne la produttività, tuttavia nel corso degli anni le gravi forme di abuso dell'istituto hanno portato il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in primis con la Circolare n. 17/2006 (c.d. circolare "Damiano"), a fornire al proprio personale ispettivo indicazioni operative per garantirne un corretto utilizzo, ponendo soprattutto l'accento sulla necessaria autonomia che deve caratterizzare la prestazione in esame, stante il diritto del collaboratore di determinare "unilateralmente e discrezionalmente, senza necessità di preventiva autorizzazione o successiva giustificazione, la quantità di prestazione da eseguire e la collocazione temporale della stessa".

La Circolare limitava la possibilità di ricorrere alla collaborazione a progetto ai soli servizi di call center c.d. "outbound", cioè quelli in cui il collaboratore contatta materialmente, in un determinato arco temporale, potenziali clienti di un prodotto o servizio per conto di un singolo committente; diversamente le prestazioni rese per servizi c.d. "inbound", ove invece l'operatore si limita semplicemente a rispondere alle telefonate in ingresso (es: addetti alla assistenza online), già nel 2006 venivano assimilate a rapporti di lavoro subordinato.

Dunque, fino alle modifiche introdotte prima dalla Riforma Fornero e poi dal Decreto Sviluppo, nell'ambito dei call center la collaborazione a progetto era ammissibile, limitatamente ai servizi outbound, purché fosse garantita l'autonomia della prestazione lavorativa.

LA LEGGE FORNERO E L'INTEGRAZIONE DEL DECRETO SVILUPPO

Per quel che qui interessa, la L. n. 92/2012, nel riformare i requisiti necessari per stipulare un contratto a progetto, provvedeva, in particolare, a riscrivere l'articolo 61, comma 1 del D. Lgs. n. 276/2003 prevedendo che "Ferma restando la disciplina degli agenti e rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore", e precisando che "Il progetto non può comportare lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale".

In seguito alla introduzione dei requisiti di non esecutività e ripetitività delle prestazioni, intrinsecamente incompatibili con le concrete modalità di lavoro di un operatore di call center, le modifiche apportate dalla Riforma rischiavano quindi di generare un sostanziale blocco dei contratti di lavoro a progetto in questo settore.

Considerata l'importanza sociale del fenomeno dei call center, ecco allora che il legislatore ha tentato di ovviare a tale problema tramite il c.d. "Decreto Sviluppo",

ovvero il D. L. n. 83/2012 (convertito in Legge 7 agosto 2012, n. 134), il quale, ai sensi dell'articolo 24-bis), comma 7, inserisce all'articolo 61, comma 1, del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, dopo le parole «rappresentanti di commercio», le seguenti: «nonché delle attività di vendita diretta di beni e di servizi realizzate attraverso call center “outbound” per le quali il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento», comportando, di fatto, una vera e propria esclusione ad hoc dall'applicazione dei requisiti di cui allo stesso comma 1 dell'art. 61 D. Lgs. N. 276/2003 per quei servizi resi dai call center outbound.

Con la Circolare n. 14/2013 il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali torna ad occuparsi dell'argomento fornendo, in particolare, indicazioni circa due rilevanti questioni: i requisiti necessari per la stipula di un contratto a progetto nel settore dei call center e la delocalizzazione dell'attività per aziende con più di 20 dipendenti.

Requisiti del contratto a progetto nei call center

In merito al primo profilo, come già affermato nella Circolare n. 1/2006, il presupposto della genuinità di un contratto a progetto nei call center outbound è sicuramente rappresentato dall'autonomia che deve caratterizzare la prestazione dell'operatore, seppur “nel rispetto delle forme concordate di coordinamento”, che può essere oggetto di indagine ispettiva volta a verificare se il collaboratore abbia effettivamente la facoltà di determinare unilateralmente e discrezionalmente, senza preventiva autorizzazione o successiva giustificazione, la quantità di prestazione da eseguire e la collocazione temporale della stessa.

In secondo luogo, per effetto della deroga introdotta dal già citato Decreto Sviluppo, la Circolare ribadisce che per le attività di vendita diretta di beni e servizi attraverso call center outbound non sono necessari i requisiti previsti dall'art. 61, comma 1, D.lgs. n. 276/2003 – quali ad esempio la presenza di uno o più progetti specifici determinati dal committente; collegamento ad un determinato risultato finale; divieto di svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi – rimanendo invece inderogabili le successive disposizioni contenute nel Titolo VII, Capo I, del D. Lgs. n. 276/2003, atteso che, diversamente, si creerebbe per i collaboratori in questione un vuoto di garanzie che non sarebbe colmabile

nemmeno con un rinvio alla contrattazione collettiva che è presa in considerazione dal Legislatore esclusivamente in relazione alla previsione di un corrispettivo minimo.

A tale riguardo, infatti, poiché “il ricorso ai contratti di collaborazione a progetto è consentito sulla base del corrispettivo definito dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento”, il Ministero ricorda che al datore di lavoro non è consentito stabilire un compenso inferiore a quello definito da tale contrattazione tanto che, in caso contrario, la mancata pattuizione di corrispettivi definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di riferimento, comportando la violazione di una norma inderogabile di natura “autorizzatoria”, determinerebbe la conversione del rapporto in subordinato ed a tempo indeterminato.

Tuttavia, in attesa di una specifica determinazione in tal senso da parte della contrattazione collettiva e comunque al fine di non impedire l'utilizzo del contratto a progetto nelle more di questa, prosegue la Circolare, il contratto di collaborazione coordinata e continuativa nell'ambito dei call center rimane comunque consentito nel rispetto di quanto stabilito in via generale dall'art. 63, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003, secondo il quale “in assenza di contrattazione collettiva specifica, il compenso non può essere inferiore, a parità di estensione temporale dell'attività oggetto della prestazione, alle retribuzioni minime previste dai contratti collettivi nazionali di categoria applicati nel settore di riferimento alle figure professionali il cui profilo di competenza e di esperienza sia analogo a quello del collaboratore a progetto”: sarà pertanto necessario garantire contrattualmente che il compenso legato alle prestazioni effettivamente rese dal collaboratore non sia inferiore alle retribuzioni minime previste dalla citata contrattazione collettiva ai fini della legittimità del rapporto di collaborazione, ferma restando la natura autonoma dello stesso.

L'ARGINE (RIMOSSO) ALLE DELOCALIZZAZIONI

L'ultima questione affrontata dalla Circolare riguarda il fenomeno, frequente in tale settore, della delocalizzazione delle attività all'estero, regolato dall'art. 24 bis del D. L. n. 83/2012 attraverso la previsione di un obbligo di comunicazione all'utente circa il paese nel quale si trova l'operatore, prima della richiesta di consenso al trattamento dei dati personali.

Preliminarmente il Ministero torna sul requisito dimensionale che, stante l'applicabilità della norma alle sole “attività svolte da call center con almeno venti dipendenti”, è calcolato tenendo conto sia dei lavoratori subordinati, sia degli stessi collaboratori a progetto; precisando poi che l'art. 24 bis del D. L. n. 83/2012 si applica alle sole aziende che svolgano in via assolutamente prevalente (core business aziendale) una attività di call center outbound, in regime di appalto, escludendo invece quelle che integrano la loro attività principale con un call center interno con una funzione di mero “sportello di front office”. Ciò premesso, la Circolare chiarisce che, in un settore peculiare come quello in esame dove il principale fattore produttivo è costituito dal servizio offerto dagli operatori, l'attività si ritiene “delocalizzata” qualora “commesse acquisite da un'azienda con sede legale in Italia e già avviate sul territorio nazionale siano trasferite – prima della naturale scadenza del contratto – a personale operante all'estero”, ovvero in paesi “extracomunitari” (vale a dire che non si considera delocalizzazione un trasferimento in un paese dell'UE).

Infine e conclusivamente, stante la previsione ex art. 24 bis comma 2 DL. 83/2012 di un obbligo di comunicazione, a carico di colui che intenda spostare l'attività fuori dal territorio nazionale, almeno 120 giorni prima del trasferimento, al Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali con l'indicazione dei lavoratori coinvolti, il suddetto Ministero specifica che i “lavoratori coinvolti” sono coloro i quali, in conseguenza della delocalizzazione, risultano in esubero e dunque a rischio di un minor impiego oppure addirittura di procedure di licenziamento; mentre un tale obbligo non ricorre nel caso in cui l'azienda decida di delocalizzare l'attività senza però generare esuberi o un minor impiego del personale sino a quel momento impiegato.

Il Ministero intende evidentemente depotenziare la portata di una norma introdotta per porre un argine (per la verità in sé già debole) alle delocalizzazioni. Sorprende in particolare la limitazione del suo ambito di applicazione ai paesi extra UE (come se il fenomeno non riguardasse anche i paesi dell'est europeo) ed a delocalizzazioni che determinano esuberi (come se il problema della crescita occupazionale non esistesse). Si tratta di interpretazioni “creative” che prescindono dal testo della legge, e che, per questo, c'è da augurarsi siano ignorate dai giudici chiamati ad applicarla.

CONTRO LA CRISI

DETASSATO IL SALARIO DI PRODUTTIVITA'

ANDREA RANFAGNI

E' stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale (29 marzo 2013) il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 22 gennaio 2013 con il quale sono state definite le modalità di attuazione della detassazione del salario di produttività anche per il 2013. Il DPCM attua la previsione contenuta nella Legge di Stabilità 2013 (l. n. 228/2012) che, al comma 481, ha disposta la proroga nel periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2013 delle misure sperimentali per l'incremento della produttività del lavoro già previste negli anni precedenti.

A seguito della pubblicazione del suddetto decreto è stata adottata, dal Ministero del Lavoro, anche la Circolare n. 15 del 3 aprile 2013 con la quale sono stati forniti altri chiarimenti sull'intervento in questione.

OGGETTO E MISURA DELL'AGEVOLAZIONE

Il Decreto del 22 gennaio 2013 ha innanzitutto definito in cosa ed in quanto consiste la detassazione.

A tal fine si prevede che essa comporti la sostituzione delle imposte sul reddito delle persone fisiche e delle addizionali regionali normalmente applicate sui compensi in questione con un'imposta unica pari al 10%, con conseguente aumento del netto percepito in busta dal dipendente.

Si prevede poi espressamente che tale imposta sostitutiva possa valere solo nel settore privato e per coloro che nel corso del 2012 hanno percepito un reddito lordo da lavoro dipendente non superiore ad euro 40.000.

Il Decreto ha altresì previsto un'ulteriore limitazione, nel senso che la retribuzione di produttività che nel corso del 2013 potrà essere assoggettata all'imposta sostitutiva del 10% non potrà essere superiore ad euro 2.500 lordi.

In generale, poi, è stato stanziato per il 2013 un finanziamento della detassazione pari a 950 milioni di euro.

QUAL'E' LA RETRIBUZIONE SOGGETTA A DETASSAZIONE

Nodo cruciale della normativa in questione e causa di possibili ed eventuali contenziosi futuri è l'individuazione di quali emolumenti percepiti dal lavoratore nel corso del 2013 costituiscono salario di produttività, come tale assoggettato alla suddetta detassazione.

A tal fine, il Decreto del 22 gennaio 2013 prevede un primo requisito imprescindibile: per salario di produttività si intendono le voci erogate in esecuzione di contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale, ai sensi della normativa di legge e degli accordi interconfederali vigenti, da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero delle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda.

Occorre quindi che le voci soggette a detassazione siano previste da accordi collettivi, i quali devono però essere o di natura aziendale, quindi sottoscritti direttamente dall'azienda con le rappresentanze sindacali operanti nella medesima, ovvero territoriali, quindi sottoscritti a livello provinciale o regionale.

Quest'ultima ipotesi pare far riferimento ai casi in cui le aziende sono prive di RSA o RSU e quindi provvedono alla sottoscrizione degli accordi con gli organismi territoriali delle associazioni sindacali. E

ciò segnerebbe un elemento di discontinuità con quanto era stato previsto per il 2012 dall'art. 26, d.l. n. 98/2011, il quale prevedeva che i contratti collettivi territoriali fossero stipulati dai sindacati e dalle associazioni datoriali.

Sia che l'accordo sia stato sottoscritto a livello territoriale, sia che sia stato sottoscritto a livello aziendale, è comunque necessario altresì che le organizzazioni sindacali dei lavoratori stipulanti gli accordi stessi presentino il requisito della maggiore rappresentatività a livello nazionale.

Viene così confermato quanto era stato previsto, per il 2012, dall'art. 26, d.l. n. 98/2011, il quale, tuttavia, estendeva tale requisito anche alle associazioni datoriali nei casi si facesse riferimento ad accordi territoriali. Requisito quest'ultimo non più necessario in quanto ora, come detto, paiono siano ritenuti ammissibili anche accordi sottoscritti a livello territoriale direttamente da parte della singola azienda.

A tale ultimo fine si registra comunque il recente accordo interconfederale del 24 aprile 2013, sottoscritto da Cgil, Cisl, Uil e Confindustria, con il quale, proprio in riferimento ad eventuali aziende prive di RSA/RSU, sono state definite le modalità di sottoscrizione degli accordi territoriali. E' stato così previsto che la singola impresa possa stipulare accordi con le federazioni territoriali di categoria, purché assistita dalle articolazioni territoriali di Confindustria.

In ogni caso non sono ritenuti assoggettabili a detassazione gli emolumenti previsti direttamente dai contratti collettivi nazionali, con ciò evidenziandosi una netta scelta legislativa nel senso della valorizzazione più che mai della contrattazione di secondo livello.

Un secondo requisito che gli emolumenti corrisposti al lavoratore devono avere per essere qualificati come "salario di produttività" consiste nell'essere voci retributive erogate in esecuzione di contratti con "espresso" riferimento ad indicatori quantitativi di produttività/redditività/qualità/efficienza/innovazione.

E' necessario quindi che i contratti collettivi prevedano l'erogazione di determinate somme tali da porsi, in primo luogo, come variabili nel relativo ammontare e prendere come parametro per la relativa quantificazione la produttività e/o la redditività e/o la qualità e/o l'efficienza e/o l'innovazione aziendale.

Come sostenuto anche dal Ministero del Lavoro nella Circolare del 3 aprile 2013, sarà sufficiente la previsione della correlazione ad uno solo (e non a tutti) di tali indicatori da parte della contrattazione collettiva per l'applicabilità dell'agevolazione.

Lo stesso Ministero indica a titolo esemplificativo il collegamento delle voci: all'andamento del fatturato; ad una maggior soddisfazione della clientela rilevabile dal numero dei clienti cui si dà riscontro; a minori costi di produzione a seguito dell'utilizzo di nuove tecnologie; alla lavorazione di periodi di riposo di origine pattizia (ad es. ROL); a prestazioni lavorative aggiuntive rispetto a quanto previsto dal contratto nazionale di categoria; a premi di rendimento e di produttività ovvero a quote retributive ed eventuali maggiorazioni corrisposte in funzione di particolari sistemi orari adottati dall'azienda (come a ciclo continuo, sistemi di "banca delle ore", indennità di reperibilità, di turno o di presenza, clausole flessibili o elastiche); ai ristori ai soci delle cooperative nella misura in cui siano collegati ad un miglioramento della produttività.

La Circolare precisa altresì che l'agevolazione fiscale può trovare applicazione anche nei casi in cui gli accordi collettivi, sempre per perseguire una maggiore efficienza aziendale, dispongano variazioni nella distribuzione degli orari esistenti in azienda ovvero modifiche alle turnazioni o giornate aggiuntive (ad es. lavoro domenicale o festivo) o, ancora, regimi flessibili di orario (ad es. l'orario multiperiodale). Il Ministero precisa che in tali casi la detassazione opererà sulle quote orarie ed eventuali maggiorazioni e potrà essere cumulata con altre detassazioni relative ad altri salari di produttività.

Se sulle maggiorazioni non paiono sussistere particolari problemi, occorrerà capire come troverà applicazione l'agevolazione nell'ambito di eventuali modifiche alla distribuzione degli orari esistenti in azienda. In altre parole, occorrerà capire quale sarà l'emolumento soggetto a detassazione. Parlando, in generale, di modifiche all'articolazione oraria presente in azienda, si fa riferimento infatti anche alla retribuzione per l'orario di lavoro ordinario.

Pare difficile, infatti, che quest'ultimo possa essere totalmente detassato, anche alla luce della soglia massima di detassazione pari a 2.500 euro lordi più sopra vista.

Da sottolineare, infine, che gli accordi collettivi devono far riferimento "espressamente" a finalità che aumentino la produttività, la redditività, la qualità, l'efficienza e/o l'innovazione dell'impresa. Sembra, quindi, che la qualificazione come "salario di produttività" non possa prescindere anche da elementi formali contenuti nell'accordo stesso.

Il Decreto del 22 gennaio 2013 prevede poi un'ulteriore definizione di "retribuzione di produttività", intendendo per essa le voci retributive erogate in esecuzione di contratti che prevedano l'attivazione di una misura in almeno 3 delle aree di intervento di seguito elencate: a) ridefinizione dei sistemi di orari e della loro distribuzione con modelli flessibili, anche in rapporto agli investimenti, all'innovazione tecnologica e alla fluttuazione dei mercati finalizzati ad un più efficiente utilizzo delle strutture produttive idoneo a raggiungere gli obiettivi di produttività convenuti mediante una programmazione mensile della quantità e della collocazione oraria della prestazione; b) introduzione di una distribuzione flessibile delle ferie mediante una programmazione aziendale anche non continuativa delle giornate di ferie eccedenti le due settimane; c) adozione di misure volte a rendere compatibile l'impiego di nuove tecnologie con la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, nel rispetto dell'art. 4 della l. n. 300/1970, per facilitare l'attivazione di strumenti informatici, indispensabili per lo svolgimento delle attività lavorative; d) attivazione di interventi in materia di fungibilità delle mansioni e di integrazione delle competenze, anche funzionali a processi di innovazione tecnologica, nel rispetto dell'art. 13 della l. n. 300/1970.

La Circolare del Ministero del Lavoro ha altresì precisato che a titolo esemplificativo possono rientrare in tale ultima fattispecie l'introduzione di turnazioni orarie che consentono un più efficiente utilizzo delle strutture produttive, unitamente alla distribuzione delle ferie che consenta un utilizzo continuativo delle stesse strutture, nonché una più ampia fungibilità di mansioni tale da consentire un impiego più flessibile del personale.

QUAL'E' IL VALORE DELL'AUTOCERTIFICAZIONE?

Il Decreto del 22 gennaio 2013 ha previsto che gli accordi che hanno individuato voci retributive da qualificarsi come "salario di produttività" devono essere depositate dai datori di lavoro presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente entro 30 giorni dalla relativa sottoscrizione.

La Circolare del Ministero ha chiarito che per i contratti che sono già stati conclusi prima dell'entrata in vigore del decreto stesso, il termine di 30 giorni decorre da tale ultima data.

A tali accordi dovrà, altresì, essere allegata un'autodichiarazione di conformità dell'accordo alle disposizioni dello stesso Decreto.

Sul punto occorre fare una riflessione. La Circolare del Ministero ha infatti affermato che la rispondenza delle voci retributive introdotte alle finalità volute dal Legislatore rappresenta un elemento di esclusiva valutazione da parte della contrattazione collettiva.

Se fosse vero quanto affermato dal Ministero, significherebbe che qualora determinati accordi (firmati da azienda ed OO.SS. comparativamente più rappresentative sul piano nazionale), che hanno previsto voci retributive in effetti qualificabili come "salario di produttività", non siano stati depositati presso la DTL e non siano stati così qualificati come detassabili da parte dei soggetti che li hanno sottoscritti, il lavoratore non potrebbe mai rivendicare la detassazione.

Tale conclusione non sembra in realtà emergere dal testo del Decreto, il quale ha imposto l'obbligo del deposito degli accordi e della autocertificazione al solo fine di "consentire il monitoraggio dello sviluppo delle misure ... e la verifica di conformità degli accordi alle disposizioni" dello stesso decreto. E ciò, evidentemente, stante il fatto che le trattenute fiscali sono operate in busta paga dall'azienda, con necessità per gli organi dello Stato di verificare eventuali usi distorti dell'istituto della detassazione.

Non pare quindi, come sostenuto dal Ministero, che la qualificazione di determinate voci retributive come "salario di produttività" sia un'esclusiva valutazione dei contratti collettivi, potendo il lavoratore rivendicarla davanti ad un giudice a prescindere dal deposito dell'accordo presso la DTL.

PUBBLICO IMPIEGO

LA MOBILITA' DEL LAVORATORE SECONDO LA FUNZIONE PUBBLICA

FRANCESCA MESSINA

Con nota dell' 1.3.2013 il Dipartimento della Funzione Pubblica si è pronunciato sulla portata applicativa dell'art. 30 D. Lgs. 165/2001 nonché sulle prerogative dei Dirigenti Responsabili dei servizi e degli uffici in ordine all'istituto della mobilità volontaria.

La questione è stata sollevata dall'Università degli Studi di Napoli Federico II la quale ha evidenziato i limiti ed i rischi di un' interpretazione strettamente letterale dell'art. 35 comma 5-bis del D.Lgs 165/01 in quanto condurrebbe al disconoscimento dei poteri datoriali dell'amministrazione di appartenenza del dipendente in ipotesi di trasferimento del dipendente.

In base alla citata norma, infatti, i dipendenti assunti mediante concorso devono permanere nella sede di prima destinazione per un periodo non inferiore a cinque anni. Decorso detto termine nessun diniego sembrerebbe poter essere opposto, da parte dell' Ente, alla mobilità volontaria.

Per la risoluzione del quesito il Dipartimento della FP ha preliminarmente posto l'attenzione sulla nuova formulazione dell'art. 30, introdotta con il D. Lgs. 150/2009 il quale testualmente dispone: "Le amministrazioni possono ricoprire posti vacanti in organico mediante cessione del contratto di lavoro di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica in servizio presso altre amministrazioni, che facciano domanda di trasferimento. Le amministrazioni devono in ogni caso rendere pubbliche le disponibilità dei posti in organico da ricoprire attraverso passaggio diretto di personale da altre amministrazioni, fissando preventivamente i criteri di scelta. Il trasferimento è disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato sulla base della professionalità in possesso del dipendente in relazione al posto ricoperto o da ricoprire".

Da una prima lettura della dispositio iuris in questione la competenza al trasferimento sembrerebbe sussistere unicamente in capo al Dirigente responsabile dei servizi e degli uffici cui il dipendente, che abbia presentato apposita istanza, "è o sarà assegnato" e quindi competente risulterebbe essere l'Amministrazione destinataria o ricevente, secondo l'interpretazione derivante dal senso delle parole utilizzate dal Legislatore.

Il Dipartimento della FP ha, tuttavia, precisato che tale competenza non può affatto essere esclusiva del solo Dirigente dell' Ente ricevente per due ordini di ragioni.

In primis rileva la circostanza per cui il D. Lgs 150/2009 è stato adottato in attuazione della Legge 15/2009 tra le cui finalità si annovera anche la valorizzazione dell'autonomia e della responsabilità del Dirigente, che ex art. 6 comma 2, "esercita i poteri del datore di lavoro pubblico nella gestione delle risorse umane". Anche in tema di mobilità, pertanto, il Dirigente dovrà operare secondo criteri oggettivi in modo tale da assicurare la trasparenza nelle scelte effettuate, nonché l'individuazione dei profili professionali per lo svolgimento dei compiti propri dell'ufficio cui è preposto.

Anche in ragione di ciò, nel tempo, si è venuta a consolidare una consuetudine amministrativa in virtù della quale, in tema di mobilità individuale, andrebbe sempre richiesto il preventivo parere dei Dirigenti di entrambi gli uffici interessati. Diversamente ragionando, e ritenendo che il dato testuale dell'art. 30, in tema di mobilità, attribuirebbe al solo Dirigente dell'Amministrazione ricevente, e non anche al Dirigente responsabile dell'Amministrazione cedente, la

competenza ad emettere il previo parere favorevole al trasferimento, si finirebbe per svilire le prerogative del Dirigente dell'Amministrazione cedente, in materia di gestione delle risorse umane e, conseguentemente, anche la ratio della stessa Legge delega n. 15/2009.

La seconda motivazione per cui, secondo il Dipartimento FP, tale impostazione andrebbe, altresì, assolutamente rigettata consiste nel fatto che il Legislatore, nella formulazione del testo dell'art. 30, avrebbe scientemente utilizzato la congiunzione disgiuntiva "o" proprio per escluderne aprioristicamente la valenza cumulativa. Infatti, laddove l'art. 30 venisse letto senza la disgiuntiva lettera "o" la conseguenza immediata e direttamente sarebbe duplice: da un punto di vista grammaticale si determinerebbe come effetto l'elisione di una delle due locuzioni presenti nel testo ("è assegnato"); da un punto di vista giuridico ne risulterebbero sviliti i criteri ermeneutici in tema di interpretazione del contratto previsti dagli artt. 1362 e ss. cod. civ., ed in particolare il principio in base al quale nell'interpretare il contratto bisogna tener conto del senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dall'intenzione del Legislatore.

Non solo. Mentre nella formulazione originaria dell'art. 30 prevedeva che il trasferimento venisse disposto "previo consenso" dell'amministrazione, nell'attuale formulazione, invece, si legge che: "Il trasferimento è disposto previo parere favorevole dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici cui il personale è o sarà assegnato". Risulta, dunque, scomparso del tutto il precedente riferimento al "previo consenso" (o "nulla-osta") sostituito, dalla nuova dicitura "previo parere favorevole" dei dirigenti responsabili dei servizi e degli uffici. Tale circostanza ha condotto il Dipartimento a porre l'accento sulla natura giuridica del "parere", che, nel recente passato, veniva impropriamente definito "consenso".

Il parere, in quanto tale, rientra nell'attività valutativa o consultiva della P.A. ed è finalizzato a fare acquisire conoscenza agli organi che devono provvedere in relazione ad un determinato oggetto per la formazione di una volontà finale. Dunque esso assume rilevanza nell'ipotesi in cui sia negativo e venga opposto al dipendente che ha spiegato apposita istanza avente come oggetto la mobilità.

La tesi della natura giuridica del parere inteso quale attività consultiva della P.A. troverebbe conferma nell'art. 97 comma Cost. secondo cui le competenze e le responsabilità dei funzionari sono determinate all'interno dell'ordinamento degli uffici e, pertanto, ai relativi Dirigenti responsabili non spetterebbe la titolarità del potere di decisione del trasferimento, che invece, andrebbe correttamente e coerentemente individuata all'interno dell'assetto organizzativo dell'Amministrazione direttamente interessata.

In buona sostanza la competenza in merito alle domande di trasferimento non spetta al singolo Dirigente del servizio o dell'ufficio cui il dipendente è o sarà assegnato ma semplicemente alle Amministrazioni coinvolte attesa sia la natura giuridica del "parere" sia, anche, la natura giuridica della "mobilità" stessa da intendersi come "cessione del contratto di lavoro del dipendente". Di conseguenza, per il perfezionamento del trasferimento-cessione è richiesto il consenso di tutti i soggetti coinvolti, quindi amministrazione di appartenenza; amministrazione ricevente; lavoratore interessato. Dal trasferimento, pertanto, non discende affatto la costituzione di un nuovo rapporto di lavoro ma il rapporto di lavoro già in essere, semplicemente, proseguirà tra dipendente "ceduto" e amministrazione ricevente (cessionaria).

In definitiva, a parere del Dipartimento della FP, l'art. 30 andrebbe letto nel senso che lo stesso, nel sancire la competenza del trasferimento in capo al Dirigente responsabile del servizio, annovera, tra i criteri per la realizzazione, i requisiti dell'istanza di trasferimento, ad iniziativa del dipendente; la finalizzazione dell'istanza alla copertura di un posto vacante, per la stessa qualifica, in altra amministrazione; la vacanza di posti in organico presso l'amm.ne ricevente; e, infine, il parere favorevole (e, si ribadisce, non più "consenso") dell'Amministrazione di appartenenza, quale imprescindibile presupposto per il perfezionamento del tutto.

Il parere del Dipartimento della FP, tuttavia, non appare aggiornato al D.L. 6 Luglio 2012 n.95 che, all'art. 14, comma 7, dispone che "Le cessazioni dal servizio per processi di mobilità nonché a seguito dell'applicazione della disposizione di cui all'articolo 2, comma 11, lettera a), non possono essere calcolate come risparmio utile per definire l'ammontare delle disponibilità finanziarie da destinare alle assunzioni o il numero delle unità sostituibili in relazione alle limitazioni del turnover".

Una rilettura dell'art. 30 del D. Lgs. 165/2001, orientata alla luce della normativa sopra citata dovrebbe condurre a negare la tesi della natura della mobilità come cessione del contratto di lavoro e ad accogliere, per contro, la tesi della natura della mobilità intesa quale cessazione del rapporto di lavoro.

Si evidenzia, peraltro, come la tesi della mobilità-cessione del contratto viene ribadita anche nella pronuncia delle Sezioni riunite della Corte dei conti, n. 59/2010, nella quale testualmente si legge: "Relativamente agli enti locali non sottoposti al patto di stabilità interno, nei confronti dei quali operano i vincoli in materia di assunzione previsti dall'articolo 1, comma 562 della legge n. 296 del 2006, le cessazioni per mobilità volontaria possono essere considerate come equiparabili a quelle intervenute per collocamento a riposo nella sola ipotesi in cui l'ente ricevente non sia a sua volta sottoposto a vincoli assunzionali". In sostanza ciò significa che occorrerà effettuare una verifica in ordine al regime in materia di vincoli di personale al quale risultano soggette l'amministrazione cedente e quella ricevente.

Alla luce di quanto espressamente previsto dall'art. 14 del D. Lgs. 95/2012, appare più complesso continuare a sostenere la tesi della natura giuridica della mobilità-cessione del contratto di lavoro, in quanto tale teoria trovava la ragion d'essere proprio nella neutralità finanziaria che da essa ne discendeva. Secondo detto articolo, infatti, le cessazioni da servizio per mobilità non possono più essere considerate come risparmio utile. Conseguenza immediata e diretta è il diverso inquadramento della natura giuridica della mobilità, che esplicita disposizione di legge, viene equiparata non più ad una cessione, quanto ad una vera e propria cessazione del contratto di lavoro. In tal senso la stessa Corte dei Conti, sez. Controllo Lombardia, parere n. 373 del 30 luglio 2012: "Il decreto legge n. 95/2012 interviene a disciplinare la regola di comportamento, che l'ente cedente l'unità di personale in mobilità deve osservare per procedere a nuove assunzioni, precludendogli il conteggio dell'unità ceduta sia ai fini del conseguimento del risparmio utile, che del numero di unità acquisibili, secondo il tipo di limitazione, cui ogni amministrazione può essere soggetta. Tuttavia, la novella disciplina non preclude la perdurante possibilità di colmare la vacanza di organico, generata dalla cessazione, mediante l'istituto della mobilità". Questa è la regola di comportamento che, secondo la Corte dei Conti, l'ente cedente l'unità di personale in mobilità dovrà osservare per procedere a nuove assunzioni.

GIOVANNI ORLANDINI

COOPERATIVE LA CONSULTA SALVA LA CLAUSOLA SOCIALE (PER ORA)

E' salvo, per il momento, il debole argine posto dalla legge all'utilizzo di contratti pirata nel travagliato mondo del lavoro nelle cooperative. La Corte costituzionale ha infatti dichiarato inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Lucca relativa all'art.7, comma 4, d.l. n. 248/07 (conv. in legge n.31/08) che garantisce ai soci lavoratori *"trattamenti economici complessivamente non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria"*. Con tale *"clausola sociale"* s'intende contrastare la prassi di applicare contratti collettivi firmati da organizzazioni prive di rappresentatività nel settore, per erodere ulteriormente i (già bassi) livelli retributivi dei dipendenti di cooperative. Il riferimento obbligato ai CCNL firmati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative solleva però problemi di tenuta sul piano del rispetto dei vincoli costituzionali posti dall'art.39 Cost., che, come noto, in ragione della sua perdurante in attuazione, non consente alla legge di attribuire efficacia generale (*erga omnes*) ai contratti collettivi.

Era dunque inevitabile che la Corte Costituzionale sarebbe stata chiamata ad esprimersi in merito alla legittimità del meccanismo configurato dal legislatore del 2007. L'occasione offerta dal Tribunale di Lucca non ha permesso però ai giudici di legittimità di esprimersi sulla questione; ciò in ragione del fatto che l'art.7, d.l.248/07 non è stata ritenuta dalla Corte norma pertinente per decidere la causa da cui era originata la questione di legittimità.

La controversia oggetto del giudizio riguardava infatti un ricorso in opposizione ad iscrizione a ruolo di credito previdenziale; ricorso proposto da una cooperativa per contestare il maggior imponibile richiesto dall'INPS sulla base del CCNL firmato dal CCNL ANGCI-ANST-LEGACOOP, CONFOPERATIVE (parte datoriale)- FILTCGIL, FIT-CISL e UIL Trasporti (parte dei lavoratori), invece che in base al CCNL UNCI (parte datoriale)- CONFISAL (parte dei lavoratori) effettivamente applicato.

La normativa rilevante nel caso di specie, afferma la Corte, è quella relativa alla

retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali (c.d. minimale contributivo): ovvero l'art.1, comma 1, d.l. n. 338/1989 (conv. in legge 389/89) che (con il successivo art.2, comma 25, legge n. 549/95) individua nei contratti collettivi firmati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative quelli da assumere come riferimento in caso di pluralità di contratti esistenti nella stessa categoria. La controversia, non vertendo sui profili sostanziali del rapporto di lavoro, non riguardava quindi il rapporto di lavoro tra socio lavoratore e cooperativa, ma il rapporto contributivo tra questa e l'ente previdenziale. Da ciò l'inammissibilità della questione sollevata per errore nell'individuazione della norma denunciata (c.d. *aberratio ictus*).

Occasione persa, dunque. Il che non significa che i dubbi circa la legittimità della norma (erroneamente) denunciata non siano fondati e che la Corte non possa intervenire di nuovo per sancirne l'incostituzionalità. Non c'è dubbio infatti che il legislatore si sia spinto ben oltre i limiti della tecnica di estensione indiretta dell'efficacia dei contratti collettivi che caratterizza la disciplina delle clausole sociali nei pubblici appalti ed in virtù della quale i soggetti aggiudicatari devono applicare i contratti collettivi firmati dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative (ex art.4, comma 1, d.p.r. 207/2010), pur restando liberi di non farlo se non partecipano a bandi pubblici. L'art.7, d.l. 248/07 vincola invece sempre e direttamente tutte le cooperative al rispetto della parte economica del CCNL individuato dalla legge e sembra così davvero introdurre un meccanismo che attribuisce efficacia *erga omnes*. Né certamente potrebbe utilizzarsi l'argomento della natura *"gestionale"* degli accordi collettivi cui la Corte Costituzionale è già ricorsa per far salve altre disposizioni di dubbia costituzionalità (come in materia di accordi sui licenziamenti collettivi o sugli scioperi nei servizi pubblici), vista la natura senz'altro normativa delle clausole sui minimi retributivi.

Non mancano tuttavia argomenti che potrebbero salvare la costituzionalità della norma; argomenti fondati sulla lettera della legge, che svela la consapevolezza del

legislatore del 2007 circa i rischi cui la disposizione andava incontro. La norma ha in primo luogo carattere *"transitorio"*, trovando applicazione *"fino alla completa attuazione della normativa di socio lavoratore di società cooperative"*; e la Corte costituzionale (nella storica sentenza 106 del 1962) ha fatto salva la prima *"tornata"* applicativa della c.d. legge Vigorelli proprio per il suo carattere transitorio. Ma si tratta di un argomento debole, giusta la vaghezza e incertezza del rinvio alla futura normativa di riordino della materia.

Più solido l'altro argomento utilizzabile, che vede nella controversa disposizione non l'attribuzione dell'efficacia *erga omnes* al CCNL, ma la mera individuazione di un parametro di riferimento per determinare la retribuzione equa, in attuazione dell'art.36 Cost.; il che sarebbe confermato dal fatto che il legislatore non impone di applicare il CCNL, ma di corrispondere ai soci lavoratori trattamenti economici *"complessivamente non inferiori"* a quello fissati dalle parti sociali comparativamente più rappresentative. Un parametro già utilizzato per altro dal legislatore, ad es. per determinare la retribuzione spettante ai lavoratori italiani impiegati al di fuori dell'UE (L.389/87), ai lavoratori extra-comunitari (d.lgs.286/98) e, da ultimo, per i lavoratori a progetto (art.63, d.lgs.276/03).

Il rischio di una censura di costituzionalità resta comunque alto. D'altra parte è questo un rischio in cui il legislatore è destinato ad incorrere se e finché continuerà ad intervenire sul sistema di relazioni sindacali senza affrontare il nodo di fondo della rappresentanza sindacale. La questione oggetto della sentenza della Corte mette in ultima analisi in luce un problema che va ben al di là del lavoro nelle cooperative e riguarda tutti i lavoratori: quello dell'assenza di una legge che, dando sostanziale attuazione all'art.39 Cost., detti una disciplina organica in materia di rappresentanza e contrattazione collettiva capace di impedire alle imprese (e non solo alle cooperative) di scegliersi il CCNL più conveniente o, come insegna la FIAT, di non applicarne alcuno.