

n. 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



**ARRIVA L'ACCORDO SULLA
RAPPRESENTANZA.
STORICO, D'ACCORDO.
MA LA PARTITA RISCHIA DI GIOCARS
ALTROVE.**

**INOLTRE
APPALTI, FACCIAMO ORDINE
LA SORTE DELLA CLAUSOLA SOCIALE
MATERNITA' ANTICIPATA
IL MINISTERO CI RISPIEGA LA FORNERO**

APPALTI FACCIAMO ORDINE

LIVIA IRTINNI

RESPONSABILITÀ E AZIONE IN GIUDIZIO OLTRE IL VADEMECUM DEL MINISTERO

Come ben noto per i crediti retributivi e previdenziali dei lavoratori maturati nell'esecuzione di un contratto di appalto di opere o di servizi, l'art. 29 comma 2 D.lgs. n. 276/2003 prevede una responsabilità solidale tra il committente imprenditore e l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, che può essere fatta valere entro un limite temporale di due anni dalla cessazione dell'appalto.

Fino alle più recenti modifiche legislative, tale solidarietà faceva sì che l'eventuale inadempimento o insolvenza dell'appaltatore gravasse sul committente, solitamente più solvibile, il quale era responsabile sia per i crediti retributivi, sia per quelli contributivi maturati nel periodo di esecuzione dell'appalto, ferma restando una successiva azione di regresso nei confronti dell'appaltatore.

Questa la disciplina fino al 2012, quando in materia si sono succeduti nel giro di pochi mesi due interventi legislativi. Prima l'art. 21 del D.L. n. 5/2012 (c.d. "decreto sulle semplificazioni") convertito in L. n. 35/2012, poi l'art. 4 comma 31 lett. A) della L. 92/2012 hanno infatti modificato l'art. 29 comma 2 con l'obiettivo di rendere meno gravosa la posizione del committente, ma a deciso discapito di quella del lavoratore: se fino a quel momento infatti quest'ultimo poteva agire sia congiuntamente nei confronti dell'appaltatore e del committente, sia nei soli confronti del secondo senza che sussistesse tra questi soggetti un litisconsorzio necessario, le recenti modifiche legislative hanno fatto invece sì che l'azione esecutiva nei confronti del committente possa essere intentata solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore.

A tale riguardo l'art. 21 del D.L. n. 5/2012, da un lato, ha limitato la solidarietà del committente prevedendo che questa operi solo in riferimento al periodo di esecuzione dell'appalto e non comprenda le sanzioni civili per omissione contributiva *"di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento"*, dall'altro, ha espressamente incluso nei *"trattamenti retributivi"* i ratei di TFR e nei *"contributi previdenziali"* i premi assicurativi. Ma la novità più rilevante si è avuta in sede di conversione del decreto, quando il legislatore ha introdotto la possibilità per il committente di eccepire il beneficio di preventiva escussione distinguendo due ipotesi: a) se il committente è convenuto in giudizio unitamente all'appaltatore il primo ha diritto di eccepire - nella prima difesa - tale beneficio con la conseguenza che *"il giudice accerta la responsabilità solidale di entrambi gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore"*; b) se l'appaltatore non è stato invece convenuto in giudizio, il committente può invocare il beneficio di preventiva escussione con l'onere probatorio di *"indicare i beni del patrimonio dell'appaltatore sui quali il lavoratore può agevolmente soddisfarsi"*.

Resta salva ed espressamente formulata la possibilità per il committente che ha eseguito il pagamento di agire in regresso nei confronti del coobbligato *"secondo le regole generali"*.

Tale disciplina piuttosto caotica del beneficio di preventiva escussione è stata ulteriormente modificata nel giro di brevissimo tempo dall'art. 4 comma 31 della L. n. 92/2012 il quale ha introdotto un vero e proprio litisconsorzio necessario tra i soggetti coinvolti nella filiera dell'appalto; litisconsorzio che vale però solo nei confronti del committente, mentre viceversa, qualora il lavoratore intenda agire solo nei confronti dell'appaltatore senza avvalersi della garanzia derivante dalla responsabilità solidale del committente, non è tenuto a convenire in giudizio pure quest'ultimo.

Dunque in seguito alle modifiche della Riforma i lavoratori e/o gli enti previdenziali sono adesso tenuti a convenire in giudizio per i crediti di propria competenza *“il committente ... unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori”* con l'unico onere per il committente di eccepire, nella prima difesa, il beneficio di preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo o degli eventuali subappaltatori, mentre il riferimento all'onere probatorio gravante su quest'ultimo nella precedente modifica è scomparso.

Tale beneficio, così come formulato, una volta ritualmente eccepito opera solo in sede esecutiva per cui il giudice, laddove ne ricorrano i presupposti, può condannare solidalmente il committente e l'appaltatore, ma il lavoratore pur in presenza di tale condanna solidale è tenuto ad agire in via esecutiva prima nei confronti del datore di lavoro e solo qualora l'esecuzione risulti infruttuosa può agire nei confronti del committente.

L'ulteriore modifica introdotta dall'art. 4 comma 31 lett. A) prevede una disciplina derogatoria alla responsabilità solidale da parte della contrattazione collettiva nazionale stabilendo che l'obbligazione solidale tra committente, appaltatore ed eventuali subappaltatori possa essere inibita ove i *“contratti collettivi nazionali sottoscritti dalle associazioni di datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore”* dispongano diversamente, individuando *“metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti”*.

La possibilità per la contrattazione collettiva di derogare al regime della solidarietà nell'appalto non è invero una novità introdotta dalla Riforma del mercato del lavoro giacché l'art. 6 del D. Lgs. n. 251/2004 - poi abrogato dall'art. 1 comma 91 L. n. 296/2006 - aveva già previsto un simile sistema di derogabilità da parte dei contratti collettivi nazionali.

Tuttavia la nuova formulazione dell'*incipit* dell'art. 29 comma 2 D.Lgs. n. 276/2003 lascia aperte alcune questioni: in primo luogo, non è chiaro se i contratti collettivi cui la norma fa riferimento debbano essere *“sottoscritti da associazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative del settore”* dell'appaltante o, all'opposto, di quello dell'appaltatore, problema che può sorgere nei casi in cui committente ed appaltatore applichino contratti collettivi diversi; ma soprattutto si pone un problema di compatibilità di tale norma con l'art. 8 del D.L. n. 138/2011 (convertito in L. n. 148/2011) il quale ha previsto la derogabilità delle disposizioni di legge e di contrattazione collettiva nazionale da parte della contrattazione collettiva aziendale tramite apposite intese anche in materia di solidarietà negli appalti.

Ciò che appare in proposito rilevante è determinare se la disciplina dell'articolo 8 del D.L. n. 138/2011 sia oggi compatibile col nuovo sistema di regolazione della responsabilità solidale che attribuisce alla contrattazione collettiva nazionale la facoltà di derogare al modello della solidarietà: è infatti ipotizzabile - ed auspicabile - che il sistema delineato nel 2012, non lasciando spazi alla contrattazione di secondo livello, comporti l'abrogazione implicita parziale di quella parte dell'articolo 8 del D.L. n. 138/2011 riguardante la derogabilità al regime di responsabilità solidale negli appalti, ma la questione risulta comunque dubbia tanto che, senza un intervento di interpretazione autentica da parte del legislatore, il compito dell'interprete non appare certamente agevole.

Tali dubbi permangono anche dopo l'emanazione del Vademecum fornito dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali lo scorso 22 aprile (Circolare n. 37/2013) in seguito ad un incontro svoltosi il 7 e 8 febbraio 2013 organizzato dalla Direzione generale per l'Attività Ispettiva e dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro, a cui hanno partecipato i Dirigenti delle strutture territoriali e i Presidenti provinciali degli Ordini, con l'obiettivo di fornire alcuni orientamenti interpretativi emersi nel corso del dibattito.

In tema di responsabilità solidale, in particolare, i chiarimenti forniti riguardano tre aspetti: la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare alle regole della solidarietà, l'ambito di applicazione soggettivo del principio e la possibilità di applicare tale responsabilità al settore pubblico.

In relazione al primo profilo, la Circolare sottolinea che l'esclusione della responsabilità solidale operata dai contratti collettivi nazionali vale solo per gli obblighi di solidarietà relativi ai crediti retributivi (compreso il TFR) ma non a quelli previdenziali ed assicurativi trattandosi di debiti di natura pubblicistica maturati nei confronti di Istituti che sono *“terzi”* rispetto agli accordi tra le parti sociali; punto di vista peraltro non condiviso dai Consulenti del lavoro che al contrario ritengono valide anche le deroghe contributive.

Il secondo profilo riguarda invece l'ambito soggettivo di applicazione della norma che secondo il Ministero, avendo il legislatore utilizzato genericamente la locuzione *“lavoratori”*, si estende anche ai lavoratori autonomi con possibilità di usufruire della solidarietà anche per i collaboratori coordinati e continuativi, con parere anche stavolta contrario dei Consulenti del lavoro i quali propendono per una interpretazione restrittiva. Infine, specifica la comunicazione del Ministero, per il settore pubblico la norma non è valida dal momento che *“ai sensi dell'art. 1 comma 2, il D. Lgs. 276/2003 non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni e del loro personale”*. Si tratta però in questo caso di un'interpretazione della norma contraddetta dalla giurisprudenza maggioritaria, orientata a ritenere il regime della solidarietà vincolante anche per la PA.

Gli aspetti affrontati dal Vademecum sono piuttosto marginali e lasciano aperte questioni ben più rilevanti: da un lato, un rischio reale connesso alle modifiche della Riforma è che la procedura di recupero assuma caratteristiche di estrema complessità a danno del lavoratore il quale, per poter portare a termine con successo la procedura esecutiva nei confronti del committente solitamente più solvibile, dovrà prima farsi carico dell'intera, infruttuosa, procedura esecutiva contro l'appaltatore; dall'altro, la reintroduzione del rinvio ai contratti nazionali per la derogabilità al regime di solidarietà sembra rafforzare le garanzie per i lavoratori, ma resta l'incertezza circa l'individuazione dei *“metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti”* e, soprattutto, resta inesausta la questione fondamentale del rapporto con gli accordi in deroga di prossimità previsti dall'art.8.

GIOVANNI ORLANDINI

RIASSUNZIONE NEGLI APPALTI (PARZIALMENTE) SALVA, MA ANCORA PER QUANTO?

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è espressa (con parere del 13 marzo scorso) in merito alla legittimità delle c.d. clausole di riassunzione negli appalti pubblici. L'occasione è stata fornita dall'ASUR delle Marche intenzionata ad inserire in due Bandi di gara (per la concessione del servizio di gestione di parcheggi e l'affidamento di servizi infermieristici) una clausola che, in caso di cambio di gestione, prevedesse l'impegno della ditta aggiudicataria di assorbimento del personale già alle dipendenze dei rispettivi, precedenti affidatari. In ottemperanza dell'art. 69 comma 3 d.lgs.163/06 (Codice degli appalti pubblici), aveva quindi chiesto parere preventivo all'AVCP, per ottenere una pronuncia di compatibilità con il diritto dell'UE.

LE CLAUSOLE SOCIALI COME CONDIZIONE DI ESECUZIONE DELL'APPALTO

Le clausole di riassunzione possono configurare infatti una violazione delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, dettate a tutela del corretto funzionamento del mercato unico. In particolare la direttiva 2004/18 (di cui il codice degli appalti costituisce attuazione) ammette la possibilità di condizionare l'esecuzione dell'appalto al rispetto di vincoli sociali ed ambientali (art.26), ma non si esprime né in merito alla possibilità di imporre il rispetto dei contratti collettivi, né in merito ad eventuali obblighi di reimpiego imposti all'appaltatore subentrante. La norma della direttiva è riprodotta nell'art.69 del codice, a norma del quale comma 1 le "esigenze sociali" cui è possibile condizionare l'esecuzione dell'appalto devono essere "compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza,

proporzionalità, e purché siano precisate nel Bando di gara, o nell'Invito, in caso di procedure senza bando, o nel Capitolato d'oneri".

Sia la fonte europea che quella nazionale si limitano a rinviare ai principi generali del diritto del mercato unico, in primis alla regola "principe" che sovrintende al suo funzionamento e per la quale limitazioni alla libertà economica di un'impresa sono ammesse se il fine perseguito è legittimo e purché i mezzi utilizzati non vadano oltre quanto strettamente necessario per realizzarlo. Applicato agli obiettivi di ordine sociale, ciò si traduce in un giudizio di bilanciamento tra gli interessi economici dell'impresa e le esigenze di tutela dei lavoratori; giudizio, con ogni evidenza, tutt'altro che agevole.

IL GIUDIZIO DELL'AUTORITA' SUI CONTRATTI PUBBLICI

L'AVCP richiama tali principi per valutare la legittimità della clausola in questione e rileva come la stazione appaltante ne giustifichi l'adozione considerando la "situazione locale di emergenza connessa al mantenimento degli attuali livelli occupazionali, derivante dalla crisi economica in atto nell'area meridionale della regione Marche"; situazione che spiega la necessità di imporre un vincolo teso al "mantenimento degli attuali livelli occupazionali e condizioni contrattuali". Dette finalità "sociali" (pare sottintendere l'AVPC) costituiscono degli obiettivi legittimi anche per il diritto dell'UE; ovvero rientrano tra le condizioni di esecuzione che possono essere apposte ad un bando di pubblici appalti ai sensi dell'art.26 della direttiva 2004/18. Resta da valutarne la proporzionalità, il che significa che va accertato se la clausola, per il modo con cui è stata

configurata, non configuri una compressione eccessiva della libertà dell'impresa aggiudicataria, rispetto alla finalità sociale perseguita. Ed anche sotto questo profilo viene riconosciuta la compatibilità con il diritto dell'UE. Secondo l'AVCP ciò si ricava dal fatto che la clausola sociale non prevede l'"automatica" assunzione dei lavoratori presso l'impresa subentrante, ma condiziona le riassunzioni al fatto che *"il numero e la qualifica degli stessi siano armonizzabili con l'organizzazione di impresa della ditta aggiudicataria e con le esigenze tecnico-organizzative previste per l'esecuzione del servizio"*. In altre parole sarebbe da considerare illegittima una clausola che imponesse all'aggiudicatario un obbligo ineludibile di riassunzione (ed un corrispondente diritto per i lavoratori), mentre il diritto dell'UE non osterebbe a clausole che lascino discrezionalità nella valutazione in merito all'esigibilità dell'obbligo, condizionandolo ad un giudizio di compatibilità con l'assetto organizzativo-produttivo dell'impresa subentrante.

I PRECEDENTI DELL'AVCP E DEL CONSIGLIO DI STATO

L'AVCP conferma quanto già affermato nella delibera 97/2012, precisando così il contenuto del precedente parere 44/2010 nel quale era stata dichiarata illegittima la prescrizione dell'obbligo di riassunzione contenuta in un capitolato di appalto. L'apparente divergenza tra i due pareri si spiega appunto con il fatto che, nel caso oggetto del precedente, non solo l'obbligo era previsto come requisito per l'ammissibilità dell'offerta e non come condizione di esecuzione, ma era configurato come ineludibile, senza possibilità di derogarvi a fronte di esigenze organizzative e produttive dell'azienda subentrante. Nel parere del 2010, l'AVCP aveva inoltre dato rilievo all'essere stata la clausola sociale imposta unilateralmente dall'Amministrazione appaltante, non essendo prevista né dalla legge né dal CCNL applicato dall'impresa subentrante (eventualmente in virtù degli obblighi previsti dalla stesso capitolato); implicitamente sostenendo così che, in questo secondo caso, la clausola sociale sarebbe stata legittimata a monte dalla sua natura di atto "vincolato".

Sulla linea seguita dall'AVCP sembra muoversi il Consiglio di Stato, orientato nella più recente giurisprudenza a far salve le clausole sociali di riassunzione, *"a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante"* (sentenza n. 3900/2009). Ed anche il giudice d'appello amministrativo sembra orientato a giustificare le clausole sociali che trovino origine in un accordo tra l'Amministrazione e le parti sociali (sentenza n. 3764/2012).

I PRINCIPI DEL MERCATO INTERNO A TUTELA DELLE LIBERTÀ ECONOMICHE

Se l'autorità di vigilanza ed il giudice amministrativo concordano sull'applicazione dei principi di diritto dell'UE, non è tuttavia pacifico che le conclusioni cui giungono reggano ad un ipotetico vaglio delle istituzioni europee. Pesa in negativo il precedente della sentenza Commissione/Italia del 2004 (causa C-460/02), nella quale la Corte di giustizia ha riconosciuto come contrario alle regole della concorrenza e del mercato interno l'obbligo di reimpiego imposto ai prestatori di servizi aeroportuali di assistenza a terra dal d.lgs.18/99 (che liberalizza il settore in

attuazione della direttiva 96/67). E' vero che la norma configurava un passaggio "automatico" dei dipendenti al nuovo gestore del servizio; così come non si può ignorare che clausole inserite in capitolati di appalto abbiano un diverso impatto sul mercato rispetto a vincoli di carattere generali imposti a qualsiasi gestore di servizi in un dato settore economico. Tuttavia il modo con cui la Corte di giustizia interpreta i principi regolatori del mercato interno legittima più un dubbio circa la compatibilità "in sé" delle clausole di riassunzione con il diritto dell'UE. Non è affatto scontato infatti che l'esigenza di garantire la continuità dell'occupazione dei lavoratori già impiegati in una determinata attività possa rientrare tra gli obiettivi legittimamente invocabili per limitare la concorrenza e il libero accesso al mercato. Basti osservare come le finalità occupazionali sono sì considerate dalla direttiva appalti 2004/18, ma solo come possibile perseguimento di politiche di sostegno all'occupazione di soggetti svantaggiati, quali ad esempio i disoccupati di lunga durata o i disabili.

Tanto meno trova fondamento nell'ordinamento dell'UE la distinzione (che si è detto prospettata sia dall'AVCP che dal Consiglio di Stato) tra clausole inserite unilateralmente dall'Amministrazione e clausole di origine legale o contrattuale, dal momento che la contrarietà con il diritto comunitario rende parimenti disapplicabili sia la fonte normativa che la clausola di un contratto o accordo collettivo.

I dubbi aumentano poi se si considera la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di distacco transnazionale di lavoratori. Nella sentenza Rüffert del 2008 (causa C-346/06) i giudici europei hanno imposto la rimozione di una clausola sociale che condizionava l'aggiudicazione di un appalto al rispetto del contratto collettivo, in quanto lesiva della libertà di prestazione dei servizi di imprese stabilite in altri Stati membri. Il caso riguardava un'impresa straniera (polacca) esclusa da una gara d'appalto nel Land tedesco della Bassa Sassonia, ma la sentenza ha determinato una revisione della normativa sugli appalti in tutti i Land tedeschi al fine di scongiurare svantaggi competitivi per le imprese nazionali.

IL PROCESSO DI RIFORMA IN ATTO NELL'ORDINAMENTO UE

La normativa comunitaria in materia di appalti è attualmente oggetto di un processo di revisione, che dovrebbe sfociare a breve nell'adozione di nuove direttive. La proposta della Commissione (COM (2011)896) è approdato al Parlamento europeo, dove proprio sul tema delle clausole sociali si sono manifestate le più forti divergenze. Il testo destinato alla votazione finale in aula parlamentare è frutto di emendamenti compromissori ispirati alla massima prudenza. Significativa è la rinuncia ad inserire nella direttiva un rinvio esplicito alla Convenzione OIL 94/49 sulle clausole sociali negli appalti (come suggerito dalla Confederazione europea dei sindacati). Se il testo della proposta non verrà modificato in sede di dibattito parlamentare, non solo le clausole di riassunzione, ma qualsiasi clausola sociale che vincoli al rispetto dei contratti collettivi potrebbe venir esposta al giudizio di compatibilità con le regole del mercato interno. Un giudizio operato dalla Corte di giustizia in una logica di massimo favore per l'apertura dei mercati alla concorrenza e che quindi, anche nel nostro paese, rischia di disarticolare l'intero sistema di tutela del lavoro negli appalti pubblici.

GIOVANNI ORLANDINI

FU VERA STORIA? L'ACCORDO DEL 31 MAGGIO SULLA RAPPRESENTANZA

Il 31 maggio è stato firmato dalle tre confederazioni sindacali e da Confindustria il Protocollo d'intesa sulla rappresentanza e rappresentatività, da più parti definito storico perché con esso si dettano per la prima volta regole in merito alla titolarità negoziale ed all'efficacia del contratto nazionale. In attuazione del precedente accordo del 28 giugno 2011 si prevede che il CNEL certifichi la rappresentatività sindacale sulla base della media tra dato associativo (numero di deleghe, certificato a sua volta dall'INPS) e dato elettorale (voti nelle elezioni delle RSU). La certificazione della rappresentatività serve sia per partecipare al tavolo negoziale (minimo 5%) sia per firmare il CCNL (50% più 1), secondo un modello già sperimentato nel pubblico impiego. La sottoscrizione del CCNL è subordinata alla previa consultazione "*a maggioranza semplice*" dei lavoratori, anch'essa certificata (si presume, dagli stessi sindacati). Così firmati, gli accordi diventano "*efficaci ed esigibili*", vale a dire vincolanti per tutte le organizzazioni aderenti alle tre confederazioni ed applicabili "*all'insieme dei lavoratori e delle lavoratrici*".

Quanto alla rappresentanza in azienda, i sindacati firmatari si impegnano a non costituire RSA rinnovando la costituzione delle RSU con voto proporzionale. Sembra cioè venir meno la riserva del 33% per le OO.SS firmatarie del CCNL prevista dal Protocollo del '93.

L'intento delle parti firmatarie è evidente: porre fine alla stagione della conflittualità tra le tre confederazioni, vincolandosi al rispetto di regole comuni *in primis* in materia di contrattazione nazionale. Peccato che il campo di battaglia principale del conflitto resti fuori dall'ambito di applicazione delle nuove regole, dal momento che la FIAT come noto non è più membro di Confindustria e quindi non è vincolato dall'accordo. E' vero che CISL e UIL dovrebbero considerarsi vincolate alle nuove regole e quanto meno promuovere la costituzione di RSU negli stabilimenti del gruppo italo-americano. Ma a giudicare dalle prime prese di posizioni dei vertici sindacali non è affatto scontato che sia così.

Anche nel suo ambito di applicazione poi (cioè quello delle imprese aderenti a Confindustria) molti problemi cui l'accordo intende dare risposta restano aperti, per il semplice motivo che solo una legge potrebbe risolverli. L'accordo cioè sconta la sua natura negoziale, che ne mina l'efficacia, tutta fondata sulla volontà delle parti di rispettarlo. Parti che escludono i sindacati non confederali, in primo luogo quelli di base per i quali l'accordo non cambia nulla; nel senso che ieri come oggi non sono legittimate come controparti ai tavoli negoziali. D'altra parte per misurare la rappresentatività sindacale valgono "*esclusivamente i voti assoluti espressi*" per i sindacati confederali. Gli altri potranno sottoscrivere gli accordi per adesione o contestarne il contenuto in ragione del loro limitato ambito di efficacia.

Le nuove regole neppure conferiscono al CCNL un'efficacia vincolante nei confronti dei singoli lavoratori, in assenza di una legge che gli riconosca natura erga omnes. Efficacia erga omnes possono invece averla gli accordi aziendali, se riconducibili alla tipologia degli accordi di prossimità, proprio perché in quel caso tale efficacia è prevista dalla legge, cioè dal famigerato articolo 8, L. 148/11 che anche l'attuale governo non sembra intenzionato ad abrogare. Ne consegue che un CCNL "unitario" firmato in base alle nuove regole sarebbe sì vincolante per tutte le federazioni sindacali, ma resterebbe derogabile a livello aziendale da un accordo "separato" legittimato dall'art.8; accordo dotato di efficacia erga omnes, dunque vincolante anche per i lavoratori aderenti al sindacato che in ipotesi non l'abbia firmato nella singola azienda.

D'altra parte un CCNL firmato in base alle nuove regole da sindacati dotati complessivamente di una rappresentatività superiore al 50% nella categoria, ma non sottoscritto dal sindacato "comparativamente" maggioritario, diventerebbe vincolante per quest'ultimo, ma non per i lavoratori ad esso iscritti né tanto meno per quelli iscritti ad altri sindacati non firmatari. Il CCNL mantiene infatti l'efficacia che gli deriva dai principi del diritto civile che lo regolano nell'ordinamento statale, vale a dire che esso produce effetti "normativi" solo nei confronti dei lavoratori iscritti al sindacato firmatario.

I lavoratori poi restano comunque liberi di organizzare ed attuare scioperi per contestare i contratti anche se firmati da tutte le federazioni sindacali; al più, se iscritti a queste ultime, rischiando di subire "sanzioni" endoassociative da parte delle associazioni di appartenenza. Ciò nonostante la dichiarata *"esigibilità degli impegni assunti"* con le clausole di raffreddamento, con le quali i firmatari non possono comunque disporre di un diritto (quello di sciopero) la cui titolarità è dei lavoratori e non del sindacato.

E' del tutto evidente allora che l'accordo del 31 maggio non sconsiglia i rischi di destrutturazione del sistema di contrattazione prospettati dall'art.8; dall'altra parte non garantisce la tanto auspicata (dalle parti firmatarie) *"esigibilità"* dei contratti collettivi.

L'accordo non incide sul rapporto tra i livelli di contrattazione. Lo spostamento del baricentro della struttura contrattuale al livello aziendale era già stato legittimato con l'accordo del 28 giugno 2011, nonostante la riaffermazione del principio per cui resta al CCNL il governo ed il controllo della stessa struttura. Tale legittimazione deriva proprio dal riconoscimento del principio maggioritario (per via referendaria) come sigillo dell'efficacia generale del contratto aziendale; un principio che di fatto attribuisce agli accordi aziendali la prevalenza rispetto a quelli nazionali e che "ridefinisce" la rappresentatività a livello della singola azienda. In questo senso davvero con l'accordo di giugno si è nei fatti assecondata quella linea evolutiva del sistema contrattuale sfociata (in forme ben più destrutturanti) nell'art.8. Riprova ne è il fatto che gli accordi FIAT possono considerarsi rispettosi delle regole (poi) recepite nell'accordo del 28 giugno.

Con l'accordo del 31 maggio si conferma sotto questo profilo quanto già previsto nel precedente, ri-attribuendo però alle RSU il ruolo di sede privilegiata di rappresentanza nei luoghi di lavoro. Le parti firmatarie s'impegnano infatti a non costituire RSA, procedendo al rinnovo delle RSU, laddove nell'accordo del 2011 restava libera la scelta in merito. La novità rischia però di essere neutralizzata dal rinvio alla decisione "unitaria" da parte delle federazioni sindacali della singola categoria come condizione per indire le elezioni della RSU, in sostituzione dell'RSA. Una clausola che sembra riflettere la scarsa volontà di rompere gli esistenti equilibri nel gruppo FIAT.

Dubbi poi derivano dalle regole previste per la composizione delle RSU. Le parti si impegnano a rendere quelle vigenti, contenute nell'accordo interconfederale del 1993, coerenti con quanto prevede il nuovo accordo. Quest'ultimo da una parte (come detto) richiama il solo "voto proporzionale" come criterio di selezione dei componenti dell'RSU, dall'altra non fa alcun riferimento alla presentazione di liste da parte di sindacati non aderenti alle confederazioni firmatarie. Sarebbe grave se si trattasse di una scelta di chiusura degli organismi di rappresentanza nei confronti del sindacalismo non confederale. La pacificazione tra i confederali aprirebbe una stagione ancor più aspra di conflittualità endosindacale con il mondo del sindacalismo di

FLASH

CASSAZIONE: LA FORNERO NON SI APPLICA AI PROCESSI IN CORSO

Il nuovo art. 18, l. n. 300/1970, così come rivisto dalla recente Riforma Fornero (l. n. 92/2012), non trova applicazione ai procedimenti che erano già in corso alla data in cui le stesse novità sono entrate in vigore (18 luglio 2012). Questo quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la Sentenza n. 15550 del 7 maggio 2013, la quale conferma così l'orientamento già espresso da diversi giudici di merito. Secondo la Suprema Corte, a tale conclusione conduce la natura delle suddette norme, le quali non attengono ad aspetti meramente sanzionatori, ma impongono un approccio diverso alla qualificazione giuridica dei fatti incompatibile con una sua immediata applicazione ai processi in corso, dove le prove sono già state richieste e, in molti casi, acquisite.

IL PUNTO DELL'INPS SUGLI ESODATI

Con la Circolare n. 76 dell'8 maggio 2013, l'INPS ha fornito un riepilogo sui principali interventi realizzati fino ad oggi in favore dei cosiddetti lavoratori "esodati". Viene ricordato, in particolare, come siano state tre le misure adottate. Una prima salvaguardia, in favore di 65.000 lavoratori, è stata realizzata con l'art. 24, commi 14 e 15, l. n. 214/2011, cui ha poi dato attuazione il Decreto interministeriale del 1 giugno 2012. Una seconda salvaguardia è stata invece adottata a vantaggio di 55.000 lavoratori ed è stata attuata con l'art. 22, comma 1, l. n. 135/2012, seguito poi dal relativo Decreto interministeriale dell'8 ottobre 2012. L'INPS ricorda, altresì, un terzo decreto, firmato il 22 aprile 2013 e recentemente pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 28 maggio 2013. Con esso, in attuazione dell'art. 1, comma 231 e ss., l. n. 228/2012 (Legge di Stabilità 2013) verranno salvaguardati altri 10.130 lavoratori.

TERMINE, LA CONSULTA CONFERMA: NIENTE NOME DEL SOSTITUITO NELLE GRANDI AZIENDE

Con la Sentenza n. 107 del 22 maggio 2013 la Corte Costituzionale ha rigettato la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Trani in ordine all'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, nella parte in cui non prevede espressamente l'onere di indicare nel contratto a termine il nome del lavoratore sostituito. La problematica era sorta a seguito dell'orientamento assunto dalla Corte di Cassazione (ad esempio, Cassazione n. 10175/2010) che, nell'ambito dei giudizi sulla legittimità dei contratti a termine stipulati per ragioni sostitutive, ha ritenuto non necessaria l'indicazione del lavoratore sostituito qualora si sia di fronte a realtà aziendali particolarmente complesse. Anche secondo la Corte Costituzionale, quindi, nelle aziende di grandi dimensioni la specificazione dei motivi (sostitutivi) dell'apposizione del termine può prescindere dall'identificazione personale del prestatore sostituito, purché si faccia ricorso a criteri alternativi, rigorosamente oggettivi, tali da raggiungere lo stesso fine di trasparenza.

RIFINANZIATI GLI AMMORTIZZATORI SOCIALI IN DEROGA

Il Governo ha adottato il d.l. n. 54 del 21 maggio 2013 con il quale sono stati adottati *“Interventi urgenti in tema di sospensione dell'imposta municipale propria, di rifinanziamento di ammortizzatori sociali in deroga, di proroga in materia di lavoro a tempo determinato presso le pubbliche amministrazioni e di eliminazione degli stipendi dei parlamentari membri del Governo”*. Come già emerge dal titolo la normativa si occupa di vari istituti, fra cui anche la famigerata sospensione della rata IMU. Sono comunque presenti interventi rilevanti anche per il mondo del lavoro, fra cui l'atteso rifinanziamento degli ammortizzatori sociali in deroga. Grazie a tale intervento, quindi, potrà essere garantita anche nel corso del 2013 la possibilità di usufruire della cassa integrazione guadagni e della mobilità in quei settori nei quali, in via ordinaria, tali istituti non potrebbero operare.

L'intervento legislativo in questione contiene anche un'estensione della possibilità – già prevista dalla legge di Stabilità 2013 (l. n. 228/2012) - di prorogare, oltre il limite di 36 mesi previsto dall'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001, ovvero il diverso limite previsto dalla contrattazione collettiva, i contratti di lavoro a tempo determinato in essere nella PA al 30 novembre 2012. In particolare, se con la Legge di Stabilità 2013 era stato previsto che tali contratti potessero essere prorogati fino al 31 luglio 2013, adesso la deroga al limite di 36 mesi può operare fino al 31 dicembre 2013.

IL CONSIGLIO DI STATO SUL DANNO DA MANCATO RIPOSO

Una recente Sentenza del Consiglio di Stato (Sentenza n. 7 del 19 maggio 2013) ha affermato che l'azione risarcitoria del lavoratore dipendente che non abbia fruito del giorno di riposo settimanale garantito per legge (in primis, art. 36, comma 3, Costituzione), non necessita di prove specifiche sul danno effettivamente patito. E' sufficiente per il lavoratore dimostrare di avere ricevuto disposizioni aziendali che gli hanno impedito di riposarsi per un giorno a settimana ed in riferimento ad un periodo di tempo sufficientemente protratto.

La Sentenza del Consiglio di Stato costituisce un'applicazione della possibilità di ricorrere alla prova per presunzioni (art. 2727 cc), consistente nell'allegare e provare un fatto (nel caso di specie la mancata fruizione del riposo settimanale per un tempo sufficientemente lungo) per consentire al giudice di conoscere dell'esistenza di un fatto ignoto (nel caso di specie l'usura psico-fisica a causa della mancata fruizione del riposo).

FLASH

FRANCESCA MESSINA

MATERNITA' ANTICIPATA, PROCEDURE UNIFORMI E CHIARIMENTI DEL MINISTERO

Al fine di uniformare l'attività delle DTL relativamente all'adozione dei provvedimenti di interdizione anticipata dal lavoro delle lavoratrici madri, il Ministero del lavoro, con nota n. 7553 del 29 Aprile 2013, ha fornito puntuali chiarimenti in materia.

Ai sensi dell'art. 17, comma 2, lett. b, c, D. Lgs. n.151/01, nel testo modificato dalla L. n. 35/2012, viene così disposto: *“Il servizio ispettivo del Ministero del lavoro può disporre, sulla base di accertamento medico, avvalendosi dei competenti organi del Servizio sanitario nazionale, ai sensi degli articoli 2 e 7 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, l'interdizione dal lavoro delle lavoratrici in stato di gravidanza, fino al periodo di astensione di cui alla lettera a), comma 1, dell'articolo 16, per uno o più periodi, la cui durata sarà determinata dal servizio stesso, per i seguenti motivi:*

- a) nel caso di gravi complicanze della gravidanza o di preesistenti forme morbose che si presume possano essere aggravate dallo stato di gravidanza;*
- b) quando le condizioni di lavoro o ambientali siano ritenute pregiudizievoli alla salute della donna e del bambino;*
- c) quando la lavoratrice non possa essere spostata ad altre mansioni, secondo quanto previsto dagli articoli 7 e 12”.*

In sostanza ciò significa che il provvedimento interdittivo, da parte dei sopra citati organi, dovrà essere adottato al ricorrere di specifici presupposti di fatto e di diritto consistenti nella circostanza per cui la donna in gravidanza svolga le attività lavorative individuate dai commi 1 e 2 dell'art. 7 D.Lgs. n. 151/01 (rispetto al quale, ancora oggi, vigono le disposizioni del DPR n.1026/76) e, rispetto a tali attività non sia stato possibile collocare la stessa ad altre mansioni.

Infatti, tra i lavori vietati, per i quali è prevista, ex art. 7 D. Lgs 151/01, anche l'adibizione a mansioni inferiori (senza pregiudizio alcuno per la retribuzione della gestante), rientrano tutte quelle attività di trasporto e sollevamento pesi; i lavori pericolosi, faticosi e insalubri; i lavori comportanti il rischio di esposizione a specifici agenti e condizioni di lavoro di cui all' Allegato B del D.Lgs. n. 151/01. Con particolare riferimento ad i lavori pericolosi e insalubri tale divieto opera fino a sette mesi dopo il parto proprio in considerazione dell'esposizione ad agenti e situazioni pregiudizievoli per il necessario recupero delle energie psico-fisiche della donna, energie perdute nel parto e ulteriormente disperse durante l'allattamento.

Fuori dalle sopra citate ipotesi, secondo quanto stabilito dai successivi commi 4 e 6 dello stesso art.7 D. Lgs. n. 151/01, la DTL, *ex officio* o su istanza della lavoratrice interessata, dovrà ordinare l'adibizione della stessa ad altre mansioni allorché le *“condizioni di lavoro o ambientali”* risultino comunque pregiudizievoli per la salute della donna e del bambino.

Laddove non sia possibile lo spostamento ad altre mansioni dovrà essere disposta l'interdizione dal lavoro fino al periodo di astensione obbligatoria. Tale provvedimento dovrà essere adottato sulla base di una valutazione relativa alle condizioni dell'ambiente lavorativo nonché allo stato di salute della gestante. A riguardo va evidenziato che l'espressione “*condizioni ambientali*” può essere intesa in senso ampio e quindi non come direttamente collegata alle mansioni svolte ma, più genericamente, con riferimento al contesto ambientale in cui la prestazione lavorativa viene resa. Quanto alla durata del provvedimento interdittivo viene specificato che esso opera per il periodo di astensione previsto dall'art. 16 comma 1 lett.a, ossia fino ai due mesi precedenti la data presunta del parto; ovvero fino al periodo di cui all'art.7 comma 6, ed esattamente fino a sette mesi dopo il parto. Ancora. Fuori dalle ipotesi previste dai commi 1 e 2 dell'art.7, può giustificare, altresì, l'adozione del provvedimento interdittivo la sussistenza di condizioni di rischio rilevate dal datore di lavoro nel corso della redazione del DVR, a norma dell'art. 11 del sopra menzionato D. Lgs. n.151/01. Sarà obbligo a carico del datore di lavoro indicare le misure per la rimozione della condizioni di rischio, o l'impossibilità di adottarle. Anche in questo caso la DTL dovrà tenere in considerazione, ai fini del provvedimento, sia le situazioni di rischio rilevate da datore di lavoro, sia le misure applicate in conformità al dettato dell'art. 12. La nota afferma, a tal proposito, la sussistenza di un potere “esclusivo” in capo al datore di lavoro, in ordine alla valutazione del rischio: il datore di lavoro, infatti, è l'unico soggetto abilitato a valutare se sussistono o meno le condizioni per l'adibizione della gestante ad altre mansioni. In casi del tutto eccezionali, come ad esempio in ipotesi di contraddizioni manifeste, carenza di criteri di valutazione o assoluta genericità di suddetti criteri, potrà prendersi in considerazione l'eventualità di formulare apposita richiesta di verifica all'ASL relativamente all'adeguatezza del DVR.

Tornando all'esclusività del “potere valutativo” in capo al datore di lavoro, dalla nota si evince che detto potere deriva proprio dal ruolo ricoperto dal soggetto in questione in quanto esso è l'unico in grado di conoscere l'effettiva organizzazione aziendale. Il fondamento giuridico sarebbe da rinvenire nell'art. 18 comma 6 DPR n.1026/76 che attribuisce all'Ispettorato del lavoro una facoltà e non già un potere/obbligo in merito a successivi accertamenti. Detto articolo così recita: *“Ferma restando la facoltà di successivi accertamenti, l'Ispettorato del lavoro può disporre immediatamente l'astensione dal lavoro allorché il datore di lavoro, anche tramite la lavoratrice, secondo la richiamata lettera c) dell'art. 5 della legge, produca una dichiarazione di quest'ultimo nella quale risulti in modo chiaro, sulla base di elementi tecnici attinenti all'organizzazione aziendale, la impossibilità di adibirla ad altre mansioni”*.

Proprio in tali “elementi tecnici attinenti all'organizzazione aziendale” la DTL trova il limite allo svolgimento dell'attività ispettiva, rispetto alla valutazione dal datore di lavoro, in ordine a mutamento di mansioni o adibizione a mansioni diverse. Poiché l'organizzazione aziendale è finalisticamente orientata al raggiungimento di obiettivi economici l'adibizione a mansioni diverse deve poter garantire l'efficienza dell'organizzazione aziendale e non comprometterne le finalità economiche. Ad ulteriore conferma di ciò anche lo stesso art. 2082 cod. civ. allorché qualifica l'imprenditore il soggetto che *“esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi”*.

Nella denegata ipotesi in cui l'ufficio dovesse ritenere sussistente, contrariamente a quanto rilevato dal datore di lavoro nel DVR, la possibilità di spostare la gestante ad altra mansione, dovrà adeguatamente argomentare tale eventualità e fondare su tali puntuali motivazioni l'adozione del provvedimento di diniego.

ANDREA RANFAGNI

FORNERO PER PRINCIPIANTI IL MINISTERO CI RISPIEGA LA RIFORMA

A fronte dei mille dubbi interpretativi sollevati dalla Riforma Fornero e, probabilmente, a fronte altresì della presa di coscienza della totale inefficacia della medesima rispetto agli obiettivi occupazionali che si era posta, il Ministero del Lavoro ha adottato, in data 22 aprile 2012, una Circolare-vademecum sulle principali novità introdotte dalla l. n. 92/2012.

Tale intervento, che fa seguito alla già commentata Circolare n. 18 del luglio 2012 (cfr. Bollettino n. 8/2012), è stato elaborato a seguito di incontri tenuti nel mese di febbraio scorso tra lo stesso Ministero ed il Consiglio Nazionale dei Consulenti del Lavoro.

A prescindere dalle perplessità che suscita la scelta dell'unico interlocutore, la Circolare offre l'occasione per soffermarci ulteriormente sulle principali novità introdotte dalla Riforma.

I principali chiarimenti forniti dal Ministero attengono all'istituto del contratto a termine, alla cui disciplina, come noto, sono state apportate rilevanti modifiche.

IL TEMPO INDETERMINATO E' LA FORMA COMUNE DI ASSUNZIONE

Il Vademecum esordisce soffermandosi sulla previsione contenuta all'art. 1, comma 01 del d.lgs. n. 368/2001 (*"il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"*), la quale è stata modificata dalla l. n. 92/2012 con la sostituzione della parola "normale" con "comune".

Il Ministero afferma oggi che il significato da attribuire a tale espressione è di ritenere il lavoro subordinato a tempo indeterminato l'istituto a cui ricondurre un rapporto quando la diversa tipologia contrattuale scelta manca di quegli elementi di "specialità", tanto formali quanto sostanziali, richiesti dalla legge.

Tale interpretazione non contrasta certamente con il consolidato orientamento della giurisprudenza che sanziona i vizi di illegittimità riscontrati nelle tipologie contrattuali diverse da quella subordinata a tempo indeterminato ex art. 2094 cc.; perciò va salutata con favore.

Una simile lettura "continuista" mal si concilia però con la modifica letterale apportata dalla Riforma Fornero. La sostituzione del termine "normale" con "comune" sembra infatti proprio finalizzata a incidere sulla consolidata lettura del rapporto regola-eccezione tra lavoro a tempo indeterminato ed a termine. La nuova espressione pare piuttosto identificare nel primo come quella tipologia a cui nella maggior parte dei casi - secondo un messaggio più politico, che normativo - dovrebbe farsi ricorso, senza che però esso costituisca la regola per l'assunzione. Il che si pone, del resto, in linea con l'apertura che al lavoro a termine (sia tramite agenzia, sia alle dirette dipendenze) la Riforma Fornero ha fatto nel momento in cui ha consentito la possibilità di stipulare il primo contratto senza indicazione delle ragioni che giustificano, in via del tutto eccezionale, l'apposizione del termine al contratto di lavoro.

Proprio l'obbligo della necessaria giustificazione mediante comprovate ragioni di natura temporanea concretizza la natura "eccezionale" che il contratto a termine ha rispetto al lavoro standard a tempo indeterminato. E l'apertura alla "a-causalità" è certamente un'attenuazione di tale rapporto regola-eccezione.

IL PRIMO CONTRATTO A TERMINE ACAUSALE

Proprio sulla possibilità, per tutti i datori di lavoro, di stipulare un contratto a termine senza l'indicazione di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e/o sostitutivo, aventi natura temporanea e che giustificano la stessa apposizione del termine, si concentrano altri e più significativi chiarimenti del Ministero.

La condizione fondamentale perché ciò possa avvenire è che si tratti del "primo" rapporto a termine (art. 1, comma 1-bis del d.lgs. n. 368/2001). Come già specificato dal Ministero nella Circolare n. 18/2012, tale novità ha voluto offrire alle aziende la possibilità di impiegare la contrattazione a termine anche come "periodo di prova". Ed è proprio alla luce di ciò che nella medesima circolare si era ritenuto che non fosse possibile stipulare il contratto a termine "a-causale" qualora in passato fossero già intercorsi tra i medesimi soggetti altri rapporti di lavoro a termine o a tempo indeterminato. Non era stato, tuttavia, chiarito se per altri rapporti si intendessero anche quelli di natura diversa da quella subordinata (ad es. rapporti di lavoro a progetto).

Con il Vademecum il Ministero prende posizione sul punto ed afferma che precedenti rapporti tra le parti che precludono il ricorso alla "a-causalità" sono solo quelli di natura subordinata. Se, quindi, in

passato il medesimo lavoratore ha già lavorato con la solita azienda ma con rapporti di natura autonoma (cosiddette partite IVA) o parasubordinata (a progetto) è possibile stipulare un primo contratto a termine senza che sussistano specifici motivi.

La posizione del Ministero non pare trovare riscontro nel dato letterale contenuto nell'art. 1, comma 1-bis, il quale parla genericamente di "rapporto" a termine, senza distinguere la natura.

Quanto al fatto che la "a-causalità" sarebbe funzionale ad utilizzare il contratto a termine come periodo di prova, è vero che lavorare alle dirette dipendenze o in "semi" autonomia può implicare caratteristiche ed attitudini professionali diverse; ma non si può negare che le capacità del lavoratore siano valutabili anche nell'ambito di rapporti di natura autonoma o parasubordinata.

Nessun dubbio, comunque, che il ricorso alla "a-causalità" sia precluso qualora, nonostante l'impiego con contratto di lavoro autonomo ovvero con contratto a progetto, nella sostanza il rapporto si è realizzato con caratteristiche tipiche di un rapporto di lavoro da dipendente. Ovvio che in tal caso è necessario il previo accertamento della natura del rapporto in sede giudiziaria.

Sempre in riferimento al contratto a-causale - il quale, ricordiamo, non può avere durata superiore a 12 mesi - il Ministero ricorda che esso, per espressa previsione legislativa, non può essere oggetto di proroga.

L'amministrazione ha invece chiarito che il cosiddetto periodo "cuscinetto", ovvero quel periodo di 30 o 50 giorni (a seconda della durata pari o superiore a 6 mesi del contratto) in cui il lavoratore può continuare a lavorare oltre la scadenza del termine, senza che vi sia trasformazione a tempo indeterminato del rapporto, vale anche per l'ipotesi "a-causale". Anche se la normativa non era sul punto esplicita, non parevano sussistere dubbi in tal senso.

PROSECUZIONE DEL RAPPORTO E LAVORO IN NERO

Il Vademecum del Ministero, proprio in riferimento al cosiddetto periodo "cuscinetto", si è preoccupato di offrire chiarimenti in merito alle ipotesi in cui si assista ad una prosecuzione di fatto oltre i suddetti termini.

In primo luogo, viene affermato che la mancata comunicazione al Centro per l'Impiego della prosecuzione del rapporto oltre la scadenza del termine e nei limiti dei periodi "cuscinetto" non comporta l'applicazione di alcuna sanzione amministrativa.

Il riferimento è alla previsione contenuta nell'art. 5, comma 2-bis, d.lgs. n. 368/2001 che ha introdotto l'obbligo di comunicazione in questione. Non sono state tuttavia individuate sanzioni per il mancato adempimento e, conseguentemente, in assenza di esposte previsioni legislative, il Ministero ritiene non possa essere irrogata alcuna sanzione al datore di lavoro.

In effetti questa sembra essere l'interpretazione che emerge dal testo di legge, ma non si può non evidenziare la lacuna presente nell'ordinamento che rischia di rendere l'obbligo in questione privo di rilevanza e di portata applicativa.

Diverso il discorso se il rapporto continua oltre il periodo "cuscinetto". In questo caso il Ministero afferma che è configurabile un rapporto di lavoro a nero, con applicazione della maxi sanzione amministrativa e con conseguente trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Anche in questo caso l'interpretazione pare corretta e, del resto, anche sotto questo profilo, non parevano sussistere particolari dubbi.

INTERVALLI TRA CONTRATTO E CONTRATTO

In materia di periodi che devono necessariamente trascorrere tra un contratto a termine e l'altro – i quali, ricordiamo, sono stati allungati dalla Riforma da 20 a 60 giorni e da 30 a 90 a seconda della durata pari o superiore a 6 mesi del contratto a termine che precede – il Ministero afferma che il limite vale per tutti i tipi di contratto, compreso il primo a-causale.

L'unica ipotesi in cui tale obbligo non opera è nel caso di assunzione ai sensi dell'art. 8, comma 2, l. n. 223/1991, ovvero quando si provvede ad assumere un lavoratore iscritto alle liste di mobilità. Tale esclusione sarebbe giustificata dalla peculiarità che caratterizza tale contratto, il quale non trova disciplina nell'ambito del d.lgs. n. 368/2001.

L'interpretazione pare corretta ed in linea con la ricostruzione giurisprudenziale e dottrinale formatasi sul punto che ha sempre concepito l'assunzione a termine in questione come misura speciale di incentivo all'occupazione, analogamente a quanto avviene per le assunzioni a termine nell'ambito del collocamento obbligatorio dei lavoratori appartenenti alle cosiddette categorie protette (l. n. 68/1999). L'allungamento degli intervalli tra un contratto a termine e l'altro, che, come noto, costituisce uno degli aspetti più problematici della Riforma Fornero, può essere derogato dai contratti collettivi, di tutti i livelli, i quali possono farlo sia in riferimento a particolari ragioni organizzative (ad es. l'avvio di un prodotto), sia in qualsiasi altro caso. Il Ministero ha chiarito che queste ulteriori ipotesi di deroga devono essere "specificatamente" declinate dalla contrattazione collettiva, la quale dunque non può limitarsi ad indicazioni generiche, ma deve individuare ipotesi riferibili a situazioni aziendali concretamente verificabili. Anche tale interpretazione pare condivisibile ed opportuna.

IL LIMITE DEI 36 MESI

Un'interpretazione invece discutibile è quella fornita dal Ministero in riferimento all'art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001.

Come noto, tale disposizione prevede che la durata massima di più rapporti a termine tra il medesimo lavoratore ed il medesimo datore di lavoro, per lo svolgimento di mansioni equivalenti, non può essere superiore a 36 mesi.

L'articolo è stato oggetto di modifica ad opera della Riforma Fornero, la quale ha previsto espressamente che *"ai fini del computo del periodo massimo di trentasei mesi si tiene altresì conto dei periodi di missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti fra i medesimi soggetti, ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 1 del presente decreto e del comma 4 dell'articolo 20 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, inerente alla somministrazione di lavoro a tempo determinato"*.

Anche il periodo a termine svolto tramite agenzia, quindi, deve essere considerato ai fini del calcolo del termine di 36 mesi.

Il Ministero sostiene che la misura sanzionatoria della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto non trova applicazione nel caso di successione temporale di più contratti di somministrazione a termine. In altre parole, se un soggetto ha lavorato in somministrazione con la medesima azienda e per l'esercizio delle medesime mansioni tale rapporto può durare più di 36 mesi. I periodi di lavoro tramite agenzia rilevarebbero (ai fini del superamento del limite) solo se in aggiunta a quelli sempre a tempo determinato, ma alle dirette dipendenze dell'impresa utilizzatrice.

Ad avviso del Ministero, a tale conclusione condurrebbe la previsione contenuta nell'art. 22, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 secondo la quale *"in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e seguenti..."*.

Insomma, siccome l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 esclude l'applicazione dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001, non si può ritenere operante il limite dei 36 mesi nel caso di successione temporale di soli contratti di somministrazione.

A tale considerazione viene subito da obiettare che l'art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, nell'escludere l'applicazione dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001 fa espresso riferimento al solo rapporto (formale) tra lavoratore ed agenzia di lavoro interinale, non anche al rapporto (sostanziale) con l'impresa utilizzatrice né a quello tra quest'ultima e l'agenzia.

Riferendosi il nuovo art. 5, comma 4-bis, d.lgs. n. 368/2001 ai "periodi di missione" è evidente che alluda ai soli rapporti diretti tra utilizzatore e prestatore, i quali si realizzano grazie al contratto di somministrazione a termine stipulato tra agenzia ed utilizzatore. Il lavoratore può infatti essere legato (anche se nei fatti ciò non avviene mai) all'agenzia da un contratto a termine di durata più lunga rispetto a quella del contratto di somministrazione.

Occorre poi tener presente che la somministrazione a termine viene sempre più equiparata al lavoro a tempo determinato, trovando applicazione tutti i limiti valevoli per quest'ultimo. In tal senso si ricorda come la possibilità di stipulare un primo contratto a termine a-causale della durata massima di 12 mesi vale anche per la prima missione nell'ambito della somministrazione a termine.

La stessa Corte di Cassazione ha proprio di recente ricordato come, nonostante la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ritenga non applicabile al lavoro interinale la Direttiva sul lavoro a termine (si veda Bollettino n. 3/2013), comunque i due istituti presentano caratteri strutturali identici. E proprio per tale motivo deve trovare applicazione in entrambi i casi l'indennità risarcitoria tra le 2,5 e le 12 mensilità di cui all'art. 32, l. n. 183/2010 in sostituzione del pagamento di tutti gli arretrati dal giorno della messa in mora al giorno dell'effettiva reintegra (cfr. Cassazione, Sezione Lavoro, n. 13404/2013).

Alla luce di tali considerazioni pare pertanto che l'orientamento espresso dal Ministero non sia condivisibile.