

# 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

Centro Studi Diritti & Lavoro Firenze Via della Condotta, 12

## FLASH

[dirittielavoro@gmail.com](mailto:dirittielavoro@gmail.com)  
[www.dirittielavoro.it](http://www.dirittielavoro.it)



**SE TI AMMALI NON VALE  
IL NUOVO CORSO DELLA CASSAZIONE  
SUL LICENZIAMENTO PER ECCESSIVA MORBILITA'**

**INOLTRE  
IL JOBS ACT, APPROVATA LA DELEGA IN SENATO  
APPALTI PUBBLICI E SOLIDARIETA'  
LA CORTE UE SULLA CLAUSOLA SOCIALE  
LA CORTE UE SUL CONTRATTO A TERMINE**

# JOBS ACT ATTO PRIMO

GIOVANNI ORLANDINI

## FIDUCIA AL SENATO SUL MAXIEMENDAMENTO

Commentare il ddl delega approvato al Senato l'8 ottobre è un'impresa ardua e forse inutile, talmente vaghi e generici (e a tratti persino contraddittori) sono i principi e criteri direttivi che vi sono contenuti ed ai quali dovrebbe attenersi il Governo nell'adottare i decreti delegati. Il che, come da più parti segnalato, rende di per sé più che dubbia la legittimità costituzionale della riforma sotto il profilo dell'art.76 Cost.

Si tratta di una delega (in alcuni casi, appunto, in bianco) a riformare l'intero sistema del diritto del lavoro, cui si associa la revisione degli ammortizzatori sociali, del sistema ispettivo e dei servizi per l'impiego, con una coda riservata ai congedi parentali ed agli strumenti di conciliazione vita-lavoro. Un piano dunque ambiziosissimo che avrebbe richiesto ben altri tempi e (almeno a leggere il testo approvato al Senato) ben altre competenze.

La parte più "innovativa" è quella nella quale si delega il governo a riscrivere in un "*testo organico semplificato*" la disciplina "*delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro*" (art.1, comma 7). E' proprio questa parte a peccare di maggior genericità nei principi e criteri direttivi, tanto che la materia del licenziamento, che ha monopolizzato il dibattito intorno al Jobs act, non viene neppure affrontata esplicitamente. La riforma dell'art.18 dovrebbe derivare dall'introduzione del c.d. "*contratto a tutele crescenti*" e dall'adozione di misure tese a "*rendere più conveniente*" il contratto a tempo indeterminato rispetto alle forme atipiche di impiego. Tradotto, licenziamento libero per i primi anni (3?) di impiego. In sede di

decretazione dovrebbe (ma nulla è scritto nella delega) anche passare l'eliminazione della reintegra per i licenziamenti "economici": un gioco di parole, che nasconde l'introduzione della libertà di licenziare dietro mero indennizzo fissato dalla legge. Il preannunciato mantenimento della reintegra per i licenziamenti disciplinari non cambia la sostanza della riforma: perché mai, se voglio liberarmi di un lavoratore, dovrei "rischiare" la contestazione disciplinare se ho la comoda via d'uscita del licenziamento per ragioni economiche?

Quanto alla "concessione" della reintegra per i licenziamenti discriminatori, basti ricordare che eliminarla avrebbe posto l'Italia fuori dal novero delle nazionali civili, visto che anche negli Stati Uniti (patria del licenziamento ad nutum) gli atti discriminatori sono "nulli" ed in quanto tali inidonei a modificare lo statuto giuridico di chi li subisce. Il problema, come noto, è che (al contrario di quanto avviene negli Stati Uniti...) nel nostro ordinamento per un lavoratore provare che un licenziamento è discriminatorio è un'impresa titanica.

La maggior flessibilità in uscita dovrebbe servire a contrastare la precarietà, ma è difficile capire come ciò dovrebbe avvenire. Non solo infatti il contratto a tempo indeterminato, privato della stabilità garantita dalla tutela reale, è destinato a diventare esso stesso una forma "precaria" di occupazione (massimamente nei primi anni di impiego). Fatto è che nella delega nulla è detto in merito all'annunciato sfortimento delle tipologie contrattuali esistenti. Da parte sua il Governo ha

manifestato l'intenzione di abrogare le collaborazioni coordinate e continuative (ovvero il lavoro a progetto), ma in tal caso non di una grande semplificazione si tratterebbe, visto che nei fatti il lavoro a progetto è in via di estinzione, fagocitato com'è dal contratto a termine liberalizzato dal decreto Poletti del marzo scorso. Se poi si volesse davvero eliminare il contratto a progetto, non si capisce il senso delle disposizioni con le quali si prevede di estendere gli ammortizzatori sociali ai lavoratori parasubordinati; disposizioni apprezzabili, ma che, appunto, presuppongono la sopravvivenza di quel contratto. A meno che non si intenda eliminare le tutele che il d.lgs.276/03 garantisce al lavoratore subordinato "a progetto", tornando così alle vecchie collaborazioni coordinate e continuative. D'altra parte il Governo non sembra essere consapevole degli enormi problemi che un intervento sulla materia è destinato a sollevare, andando ad incidere sulla nozione stessa di subordinazione contenuta nell'art.2094 del codice civile. Ma è difficile pensare che un simile problema venga affrontato nei decreti delegati, per altro senza alcuna indicazione di legge.

Il passaggio più regressivo della delega rischia però di essere l'introduzione del "*compenso orario minimo*" per legge (art.1, comma 7, lett.f). I minimi salariali nel nostro paese sono da sempre stabiliti dai contratti collettivi nazionali di categoria. Introducendo dei minimi per legge (evidentemente più bassi di quelli contrattuali) si invita di fatto le imprese a sottrarsi al contratto nazionale, che perderebbe così la sua funzione primaria. Il rischio insomma

è di far saltare l'intero sistema di contrattazione collettiva e di alimentare una spirale depressiva sui salari, ancora più drammatica di quella già in atto. Ma se l'obiettivo è quello di rendere il nostro paese competitivo sul piano del costo del lavoro, probabilmente è un rischio del quale il legislatore è pienamente consapevole.

Lo conferma la stessa delega laddove precisa che il "riordino" dei vigenti contratti di lavoro avverrà previa valutazione della loro "effettiva coerenza con il tessuto occupazionale ed il contesto produttivo nazionale ed internazionale". Come dire che fine della riforma è di rendere più "appetibili" i lavoratori da parte delle imprese, ed in particolare di quelle multinazionali. In questa logica si iscrive anche la revisione del regime delle mansioni, sul quale si è raggiunto un compromesso tra le diverse anime del PD definendo più dettagliati criteri direttivi (art.1, comma 7, lett. d). La riforma dell'art.2103 c.c. dovrà riguardare solo i casi "di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale"; dovrà tener conto, comperandoli, degli interessi dell'impresa "all'utile impiego del personale" e di quello del lavoratore "alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche"; dovrà prevedere "limiti alla modifica dell'inquadramento". Se si intende dire che il demansionamento sarà ammesso solo in presenza dei presupposti che legittimano un licenziamento per motivi economici (collettivo o individuale), poco cambierebbe rispetto alla disciplina vigente che già lo prevede. Anche il rinvio ai contratti collettivi non sembra tener conto di quanto già dispone a riguardo l'art.8, L.148/11. E' evidente dunque che in sede di decretazione prevarrà una lettura più "elastica" dei criteri direttivi, che consenta al datore di demansionare il lavoratore a fronte di generiche esigenze economiche. In discussione c'è la stessa garanzia dei livelli retributivi, se è vero che non si esclude di intaccarli, ma si prevede solo che siano posti dei "limiti" al (sotto) "inquadramento". Con buona pace della retorica sull'importanza

della formazione continua e sulla valorizzazione della professionalità come strumento di competitività delle imprese.

Tutta incentrata sull'attenzione ai vincoli di bilancio la parte della delega relativa agli ammortizzatori sociali (art.1, comma 2). Si configura un intervento riformatore teso ad accentuare i caratteri assicurativi del sistema, cioè finalizzato a legare rigidamente il livello delle prestazioni erogate al lavoratore alla quantità di contributi versati per lo stesso [lett. a) punti 4 e 6; lett. b), punto 1], secondo la logica del sistema contributivo già adottata per riformare le pensioni. Al punto da prevedere una stretta anche sui contributi figurativi (con l'introduzione di massimali) [lett. b), punto 4], con conseguenti effetti (ulteriormente) depressivi sul futuro importo delle pensioni. Come, in base a simili principi, si intenda "universalizzare" il campo di applicazione dell'Aspi (l'indennità di disoccupazione riformata dalla legge Fornero) a beneficio dei lavoratori parasubordinati [lett. b), punto 3], non è dato saperlo, visto il livello risibile di contributi che questi potranno versare nella gestione separata dell'INPS. Si capisce ancor meno come possa giustificarsi, in un simile contesto, l'intenzione di "coinvolgere attivamente" il soggetto "beneficiario" degli ammortizzatori sociali in "attività a beneficio delle comunità locali" (lett. c). Una sorta di rilancio in grande stile dei LSU; tant'è che, memori dei disastrosi esiti di quell'esperienza, i novelli legislatori si premuniscono di ammonire sibillinamente i futuri "volontari coatti" che il loro utilizzo avverrà "con modalità che non determinino aspettative di accesso agevolato alle amministrazioni pubbliche". Ai decreti l'arduo compito di determinarle senza incappare nelle censure della Corte costituzionale, che già a proposito dei LSU ebbe a ricordare ad un legislatore maldestro che il principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale.

"Razionalizzazione" e "semplificazione" sono invece le parole chiave che ispirano la parte centrale della delega, relativa alle

politiche attive del lavoro ed agli oneri e procedure per l'assunzione e gestione del rapporto di lavoro (commi 3-6). Si tratta di disposizioni a tratti pletoriche e ridondanti, che rimettono al legislatore delegato il compito di rivedere (appunto, razionalizzandoli) istituti e strumenti già esistenti. L'elemento di maggior novità si coglie nell'istituzione di un'Agenzia nazionale per l'occupazione, che dovrebbe assorbire funzioni e competenze ad oggi svolte dal Ministero del lavoro. Sul piano degli oneri amministrativi per le imprese, la "semplificazione" dovrebbe avvenire non solo grazie alla loro completa informatizzazione, ma anche intervenendo sugli "atti di gestione di carattere amministrativo" ("con l'obiettivo di dimezzarli"! ) e sul regime sanzionatorio (valorizzando-ancor più di quanto non sia già previsto- gli "istituti di tipo premiale"). Per capire cosa ciò significhi in pratica, di nuovo, è necessario attendere i decreti legislativi. Spetterà a questi anche chiarire in che modo il "dimezzamento" degli adempimenti amministrativi delle imprese e l'alleggerimento del regime sanzionatorio si concili con le "politiche volte a prevenire e scoraggiare il lavoro sommerso in tutte le sue forme" alle quali la delega attribuisce carattere di assoluta "priorità".

Ha invece il sapore della beffa la parte finale della delega, deputata a rafforzare gli strumenti di conciliazione vita- lavoro. Non tanto perché l'idea più innovativa è rappresentata dall'istituto della cessione delle ferie tra lavoratori, dal forte impatto mediatico ma dalla scarsissima rilevanza pratica.

Fatto è che il presupposto per godere degli strumenti di conciliazione (congedi in primis) è la garanzia della stabilità del posto di lavoro. Nel diritto del lavoro "a tutele crescenti" disegnato dal Jobs act un minimo di stabilità (se mai arriverà), spetterà solo ai lavoratori anziani. Non sarà che la conciliazione vita-lavoro s'intende garantire ai nonni e non alle madri ed ai padri?



**APPALTI PUBBLICI,  
LA CASSAZIONE  
CONFERMA: NIENTE  
SOLIDARIETA TRA  
COMMITTENTE E  
APPALTATORE PER I  
CREDITI DEI  
LAVORATORI**  
ANDREA RANFAGNI

Con la Sentenza n. 15432 del 7 luglio 2014 la Cassazione ha cercato di far chiarezza su di una questione complessa già emersa da tempo nelle aule di giustizia.

I giudici (e non solo), infatti, si sono interrogati più volte sull'applicabilità della responsabilità solidale tra committente e appaltatore negli appalti pubblici e, conseguentemente, se gli obblighi posti in capo al committente dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (cosiddetta Legge Biagi) si applichino anche nelle ipotesi in cui il committente sia una PA.

Sul punto occorre precisare sin da subito come con un recente intervento legislativo – art. 9, comma 1, d.l. n. 76/2013 (cosiddetto Decreto Giovannini) – sia stata espressamente stabilita la non applicazione di detta disposizione ai contratti di appalto stipulati dalle PA (cfr. Bollettino n. 6/2013).

Il problema resta per le situazioni antecedenti a tale intervento, rispetto alle quali la decisione in commento ha il pregio di essere la prima pronunciata dalla Corte di Cassazione.

Sino ad oggi, infatti, si contavano soltanto sentenze di giudici amministrativi (in particolare, di TAR) o di giudici di merito, con prevalente orientamento a favore dell'applicazione dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 anche al settore pubblico.

Sempre in premessa, si ritiene opportuno ricordare come, al di là dell'ambito applicativo, la garanzia di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, ha subito un ridimensionamento a seguito della Riforma Fornero (l. n. 92/2012), la quale - pur mantenendo il diritto dei dipendenti delle ditte appaltatrici di agire nei confronti del committente per la riscossione di crediti maturati nel corso dell'appalto, entro due anni dalla chiusura del medesimo ed al di là dell'avvenuto pagamento del prezzo della committenza – ha introdotto la possibilità per il committente di usufruire del cosiddetto “beneficio della

preventiva escussione dell'appaltatore”. In altre parole, il committente paga solo dopo che si è tentato infruttuosamente di aggredire il patrimonio della ditta datrice di lavoro (Bollettino n. 6/2012, Speciale Riforma e Bollettino n. 4/2013).

**L'ART. 29, COMMA 2, D.LGS. N. 276/2003  
NON HA MAI TROVATO APPLICAZIONE  
NEGLI APPALTI PUBBLICI**

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte ribalta completamente quello fino ad oggi prevalente tra i giudici amministrativi e di merito.

Contestando punto su punto le argomentazioni utilizzate dalla Corte d'Appello di Torino nella sentenza impugnata, infatti, si arriva ad affermare che la garanzia di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, non ha mai trovato applicazione nell'ambito degli appalti pubblici. Ne consegue che il decreto Giovannini non avrebbe che esplicitato quanto già ricavabile per via interpretativa da tale norma. E ne consegue altresì che, per estendere la responsabilità solidale alle PA non basterebbe abrogare quest'ultimo, tornando alla vecchia formula dell'art.29, ma sarebbe necessario modificarlo prevedendolo esplicitamente.

Secondo il giudice torinese, l'applicabilità dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 alle PA si ricaverebbe da una necessaria (ex art. 76, Costituzione) lettura conforme ai principi della legge delega (l. n. 30/2003) del medesimo art. 29, oltre che, soprattutto, dalla previsione di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, secondo la quale “*Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*”. Tale espressione dovrebbe essere interpretata come limitata alle sole ipotesi in cui le PA operano come datori di lavoro e non, come nel caso di specie, quali enti appaltatori esterni al rapporto di lavoro. La non applicazione della Legge Biagi alle PA, in

altre parole, varrebbe solo per quelle discipline (ad esempio, quella sul lavoro a progetto) nelle quali la PA opera come parte del contratto di lavoro.

La Corte torinese aggiunge poi altri argomenti di carattere letterale e costituzionale. Sotto il primo profilo, laddove l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, parla di "committente imprenditore o datore di lavoro", farebbe riferimento anche alle PA, in quanto nel rapporto di lavoro pubblico esse operano come datori di lavoro al pari delle imprese private. Sotto il secondo profilo, invece, si è invocato l'art. 3 della Costituzione, quindi un ingiustificato vantaggio a favore dei committenti pubblici rispetto a quelli privati che deriverebbe dalla non applicazione ai primi della garanzia in commento.

La Cassazione si discosta da tali argomentazioni, evidenziando due aspetti che ella definisce "significativi". In primo luogo, ricorda come il Decreto Giovannini dell'estate 2013 - pur non applicabile al caso di specie - abbia previsto la non applicazione agli appalti pubblici dell'art. 29. In secondo luogo, fa leva sull'Ordinanza n. 5/2013 della Corte costituzionale nella quale i giudici delle leggi hanno affermato che l'art. 76 della Costituzione riguarda esclusivamente i rapporti tra legge delegante e decreto delegato. Conseguentemente, qualora parti di quest'ultimo vengano modificate da successivi interventi legislativi, il rapporto con la legge delega, quindi il rispetto dell'art. 76, Costituzione, viene meno. Sarebbe questo il caso dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, dove la previsione sulla responsabilità solidale è stata oggetto, a partire dalla Legge Finanziaria 2007, di varie modifiche.

I due argomenti della Cassazione sono, a parere di chi scrive, discutibili.

Quanto al d.l. n. 76/2013, esso, come riconosciuto dalla stessa Corte Suprema, non è applicabile al passato. Se è così, non è possibile utilizzarlo come parametro interpretativo. La decisione in commento, infatti, si dimentica come siano prospettabili nel nostro ordinamento le cosiddette "norme di interpretazione autentica", le quali si distinguono dalle norme "ordinarie" proprio in quanto vanno ad attribuire ad una disposizione già esistente ed ancora in vigore un certo significato, producendo così effetti retroattivi. Non essendo la norma del 2013 qualificabile in questi termini, non può che avere effetti solo per il futuro.

Insomma, la distinzione tra i tipi di norme è netta e non appare ammettere ibridi come quello prospettato dalla Cassazione. E ciò anche tenendo conto del fatto che l'interpretazione secondo la ratio legis attiene a quella che fu la volontà del legislatore al momento in cui adottò la disposizione, senza poter prendere in considerazione successive scelte legislative, per di più di un legislatore nel frattempo cambiato.

Sul secondo aspetto, invece, occorre rilevare che se è vero che la Consulta ha ricordato più volte che il rispetto della legge delega, quindi dell'art. 76 Costituzione, opera solo per le disposizioni contenute nel decreto legislativo versione "originaria", è altrettanto vero che tale principio deve essere ponderato alle situazioni che di volta in volta si presentano. In altre parole, se, come nel caso di specie, la norma - quindi il significato attribuito ad una disposizione scritta - non cambia nonostante interventi legislativi successivi, permane il doveroso rispetto dell'art. 76, Costituzione. Diversamente, si

arriverebbe al paradosso che basterebbe cambiare una virgola nel testo del decreto legislativo, per escluderlo da qualsiasi vaglio di legittimità costituzionale.

Quanto, poi, alle ulteriori argomentazioni utilizzate dal giudice torinese, la Cassazione afferma che la lettura che considera le PA comprese nella nozione di "datori di lavoro" di cui al comma 2 non troverebbe riscontro in altre parti dello stesso art. 29, che contengono norme inapplicabili alla PA, in primis il comma 3 sull'azione per appalto illecito.

Dalla critica all'argomentazione del giudice torinese quella basata sull'art. 3, Costituzione nascono alcuni spunti interessanti della decisione in commento in merito al necessario rispetto del principio di uguaglianza.

## **SONO ALTRE LE NORMATIVE CHE TROVANO APPLICAZIONE**

Nel negare una violazione del principio di uguaglianza, la Corte di Cassazione evidenzia elementi di specialità del settore pubblico, i quali sarebbero già stati presi in considerazione dal legislatore.

Il riferimento è alla normativa contenuta nel d.lgs. n. 163/2006 (cosiddetto Codice degli appalti pubblici) e alla relativa attuazione operata, per quel che qui interessa, dal D.P.R. n. 207/2010. L'art. 5 di detto Regolamento, infatti, prevede che nel caso di mancato pagamento da parte dell'appaltatore o del subappaltatore delle retribuzioni dovute in favore dei propri dipendenti, il committente pubblico deve, in primo luogo, procedere ad una diffida al pagamento entro 15 giorni.

Si prevede poi che qualora tale diffida non venga eseguita, le stesse amministrazioni "*possono pagare*" direttamente i lavoratori, "*detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'esecutore del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente*".

Analoghe previsioni sussistono per ciò che concerne i contributi eventualmente omessi dall'appaltatore e/o dal subappaltatore.

Dalla lettura di tali disposizioni, la Suprema Corte giunge alla conclusione che per i lavoratori impiegati negli appalti pubblici sono previsti "*specifici strumenti che, se attivati nei tempi e nei modi prescritti, consentono agli interessati di avere direttamente dall'amministrazione committente il pagamento delle retribuzioni dovute dal loro datore di lavoro*" e che "*il mancato pagamento delle retribuzioni nell'ambito di un appalto pubblico è, dal legislatore, considerato più grave del mancato pagamento delle retribuzioni nell'ambito di un appalto privato*".

Tali ultime affermazioni paiono discutibili ed enfatizzano previsioni che, lette bene, non sembrano comportare una tutela superiore rispetto al settore privato.

Ciò che pare decisivo è l'espressione utilizzata dal Regolamento, la quale non sembra configurare un vero e proprio obbligo di pagamento per la PA. Si dice, infatti, che le amministrazioni committenti, a seguito della mancata esecuzione della diffida, "*possono pagare*" le retribuzioni. Il verbo "*possono*" implica evidentemente non un dovere per le PA e quindi non un corrispondente diritto dei lavoratori. La Suprema Corte sembra comunque di diverso avviso e ciò deve essere accolto con favore, sperando che tale orientamento trovi successivo riscontro.

Un profilo di minor tutela rispetto alla garanzia di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 emerge comunque dalla circostanza che l'eventuale pagamento della PA è limitato al prezzo dell'appalto. Il Regolamento, infatti, è chiaro nel prevedere che le retribuzioni possano essere pagate "detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'esecutore". Ricordiamo, invece, come la garanzia di cui all'art. 29 sia molto più ampia, obbligando il committente al pagamento anche qualora il corrispettivo dell'appalto sia già stato corrisposto.

A ben guardare, quindi, la normativa speciale di cui al Codice degli appalti altro non è che una riproposizione delle previsioni dell'art. 1676 cc, la cui applicazione alle amministrazioni pubbliche, come ricordato dalla stessa sentenza oggi in commento, è sempre stata riconosciuta dalla Suprema Corte (cfr. Sentenze Cassazione nn. 3559/2001, 9048/2006, 12048/2003, 6208/2008, 4051/1984).

L'unica differenza, come confermato, ancora, dalla decisione in commento, attiene al tipo di retribuzioni pagabili dalla PA.

Nel caso dell'art. 1676 cc (e anche dell'art. 29) sarebbero soltanto quelle maturate nell'esecuzione dell'appalto, mentre in virtù dell'art. 5, D.P.R. n. 207/2010 si tratterebbe anche di crediti di lavoro maturati nello svolgimento di altre attività lavorative (sempre, ovviamente, con il medesimo datore di lavoro appaltatore).

Volendo, a questo punto, sintetizzare, possiamo dire che dalla recente decisione della Cassazione emerge il seguente quadro.

Nel settore privato, i dipendenti di imprese appaltatrici o subappaltatrici possono agire contro il committente ex art. 29, d.lgs. n. 276/2003 entro due anni dalla scadenza dell'appalto, limitatamente a crediti maturati

nell'esecuzione della committenza, ma anche se il corrispettivo (dell'appalto) è già stato pagato.

Possono altresì agire nei confronti del committente ex art. 1676 cc, senza così il limite di due anni, ma sempre per i soli crediti di lavoro maturati nell'appalto e, a differenza dell'art. 29, con l'ulteriore limitazione (quantitativa) che il committente paga nei limiti di quanto ancora deve corrispondere all'appaltatore.

Nel settore pubblico, è possibile agire, come nel privato, ex art. 1676 cc (alle stesse condizioni appena descritte), ed, altresì, ex art. 5, D.P.R. n. 207/2010, con la differenza, rispetto alla prima ipotesi, che, nei limiti di quanto ancora dovuto all'appaltatore, l'amministrazione paga anche per crediti di lavoro diversi da quelli maturati nell'esecuzione dell'appalto pubblico stesso.

Evidente come la differenza di tutela decisiva tra settore pubblico e privato attiene al *quantum* della garanzia, che solo nel secondo caso va oltre il "prezzo" della committenza. D'altra parte, occorre ricordare come i lavoratori possono aggredire il credito vantato dall'appaltatore nei confronti del committente già sulla base degli strumenti esecutivi ordinari ed, in particolare, con il cosiddetto pignoramento presso terzi.

Da ultimo, preme evidenziare come la sentenza in commento rischia di produrre effetti ben al di là dello stretto ambito delle Amministrazioni pubbliche, potendo riguardare anche gli enti ai quali, nonostante la loro forma privatistica (ad esempio, spa o srl), trova applicazione – ad esempio perché affidatari di un servizio pubblico – il d.lgs. n. 163/2006. In quanto tenuti ad osservare la normativa sugli appalti pubblici il rischio è che questi, nonostante la loro natura privatistica, possano sottrarsi all'applicazione dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003.

# FLASH

## LE FERIE INTERROMPONO IL PERIODO DI COMPORTO SOLO IN PRESENZA DI RICHIESTA SCRITTA

*Con sentenza n. 17538 del 1° agosto 2014, la Corte di Cassazione è nuovamente intervenuta sul tema relativo al rapporto tra ferie e periodo di comporto e in particolare si è soffermata sulla possibilità di usufruire delle ferie maturate allo scadere del periodo di malattia durante il quale il dipendente ha diritto alla conservazione del posto. Nel caso di specie, la Suprema Corte di Cassazione ha confermato la legittimità del licenziamento irrogato a un dipendente che al termine del periodo di comporto contrattualmente prevista in caso di malattia, aveva deciso di usufruire dei giorni di ferie da lui maturati (e non goduti), senza, tuttavia, averne fatto una espressa richiesta scritta all'azienda.*

*Nel dirimere la controversia la Cassazione ha preliminarmente richiamato il principio costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità che consente al lavoratore di sostituire la malattia con le ferie maturate e non godute evitando, così, il decorso del periodo di comporto.*

*Pur tuttavia, la Suprema Corte ha ricordato come in altre pronunce avesse già avuto modo di chiarire che in simili circostanze è indispensabile che il lavoratore richieda le ferie in forma scritta, affinché il datore di lavoro possa valutare il fondamentale interesse del richiedente al mantenimento del posto lavorativo. A tale proposito, precisano gli Ermellini, neanche l'eventuale stato di confusione mentale del lavoratore per effetto della malattia, sarebbe idoneo a impedire il licenziamento in caso di mancato assolvimento dell'obbligo della già richiamata richiesta formale.*

# LA CORTE DI GIUSTIZIA

IVAN PETRONE

## *sulla clausola sociale negli appalti pubblici*

La Corte di giustizia conferma il proprio orientamento di chiusura nei confronti dell'utilizzo delle clausole sociali negli appalti pubblici. Nella sentenza Bundesbrückerei (C-549/13) del 18 settembre scorso la questione ha riguardato la compatibilità con le regole del mercato interno di una legge del Land tedesco della Renania Settentrionale-Vestfalia che prevede l'obbligo per gli aggiudicatari di rispettare i minimi salariali fissati dalla stessa legge (8, 62 euro orari). La legge era stata approvata in risposta alla precedente sentenza Rüffert del 2008 (C-346/08) che aveva dichiarato la contrarietà al diritto dell'UE dell'obbligo di rispettare il contratto collettivo come condizione di aggiudicazione di un appalto pubblico. In quel caso l'argomentazione della Corte si era basata sul mancato rispetto della direttiva 96/71 in materia di distacco transnazionale, che non consente di imporre ad imprese stabilite all'estero l'applicazione di contratti collettivi privi di efficacia generale (erga omnes). A seguito di questa sentenza molti Land tedeschi hanno quindi proceduto a riformare la legislazione in materia fissando direttamente nella legge i minimi salariali da rispettare nell'eseguire un appalto. In questo senso ha proceduto anche il Land della Renania Settentrionale-Vestfalia, ma ciò non ha evitato l'ulteriore censura della Corte di giustizia.

La censura ha colpito in questo caso il fatto che la legge tedesca estende l'obbligo di rispettare i minimi salariali anche agli appalti da eseguire al di fuori del territorio tedesco. Tale vincolo, osservano i giudici europei, non può giustificarsi con l'esigenza di garantire una *"congrua retribuzione ai lavoratori"*, essendo i minimi salariali fissati in base al costo della vita tedesco che non ha *"alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate"*. A questa conclusione la Corte giunge però- ed è questo il passaggio più preoccupante della sentenza- dopo aver ribadito quanto affermato nella sentenza Rüffert in merito al fatto che non è comunque compatibile con il diritto dell'UE un obbligo di rispettare determinati standard di tutela, se imposto solo nell'ambito degli appalti pubblici e non in quelli privati. In altre parole, il fatto che l'appalto sia da eseguire all'estero aggiunge un'ulteriore ragione di illegittimità della clausola, che sarebbe comunque inammissibile anche se l'appalto fosse stato da eseguire sul territorio nazionale. Non importa dunque se le tariffe salariali sono stabilite dalla legge o dal contratto collettivo, né se l'appalto comporti o meno il distacco dei lavoratori da un paese diverso di quello della stazione appaltante: per vincolare anche le imprese straniere aggiudicatrici, tali tariffe devono vincolare tutte le imprese del settore interessato e non valere solo nell'ambito degli appalti pubblici.

La Corte di giustizia nella sua giurisprudenza si è occupata soltanto di casi di appalti transnazionali, nei quali cioè l'aggiudicatario è stabilito all'estero, ma il rischio è che sulla base di questi principi sia messo in discussione il meccanismo delle clausole sociali in qualsiasi ipotesi di appalto. La recente direttiva in materia di appalti pubblici (2014/24) non permette di scongiurare questo rischio, visto che, se da una parte ammette la possibilità di imporre agli aggiudicatari degli appalti il rispetto dei contratti collettivi (art. 18.2), dall'altra richiama esplicitamente la giurisprudenza della Corte di giustizia. In Italia in pericolo è la tenuta del sistema di estensione indiretta del contratto collettivo previsto dallo Statuto dei lavoratori (art.36) e dal Codice dei contratti pubblici (art.118, comma 6, d.lgs.163/06). L'auspicio è che il recepimento della direttiva 2014/24 non costituisca l'occasione per indebolirlo.







in tema di impossibilità sopravvenuta (artt. 1463 ss. cod.civ.). Esclusa la fondatezza della tesi che riconduceva il fenomeno al giustificato motivo oggettivo, le Sezioni Unite affermavano dunque, da un lato, l'impossibilità per il datore di lavoro di far cessare il rapporto di lavoro prima del superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (periodo di comportamento), predeterminato per legge, dalla disciplina collettiva o dagli usi, oppure, in difetto di tali fonti, determinato dal giudice in via equitativa, e, dall'altro, che il superamento di quel limite è condizione sufficiente di legittimità del recesso, nel senso che non è all'uopo necessaria la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa. Secondo gli Ermellini, quindi, il giudice avrebbe dovuto innanzitutto risolvere il problema alla luce della disciplina del comportamento prevista in sede contrattuale collettiva, verificando se tale fonte regolasse l'ipotesi del c.d. comportamento per sommatoria; se cioè, secondo lo specifico contratto applicabile al rapporto, fosse possibile cumulare più periodi di malattia breve al fine di raggiungere il tetto complessivo del periodo di comportamento: il che avrebbe risolto il problema in radice. In mancanza di indicazioni del contratto collettivo, sarebbe spettato al giudice ricorrere alle fonti succedanee dell'art. 2110 cod.civ. e, segnatamente, alla determinazione del comportamento per "sommatoria" in via equitativa. In ciò il giudice non sarebbe stato privo di riferimenti, ma avrebbe dovuto utilizzare come parametro le previsioni contrattuali del comportamento "secco". Sempre secondo quest'orientamento giurisprudenziale, ove le assenze determinate da malattia del lavoratore non avessero superato il periodo di comportamento per "sommatoria" stabilito dall'autonomia collettiva o, in difetto, dal giudice in via equitativa, non sarebbe stato possibile per il datore di lavoro – in virtù dell'applicazione dell'art. 2110 cod.civ. – procedere al licenziamento del prestatore; in sostanza il superamento del periodo di comportamento era condizione necessaria per il recesso datoriale. Questa impostazione fatta propria dalle Sezioni Unite nel 1980 è stata poi ribadita più e più volte nel corso degli ultimi decenni dalla giurisprudenza di legittimità (si veda, *ex multis*, Cass. 23 aprile 2004, n. 7730; Cass. 28 gennaio 2010, n. 1861). La Cassazione, con la recente pronuncia qui in commento, dichiara di condividere la ultradecennale giurisprudenza che valorizza il ruolo dell'art. 2110 cod.civ. anche in relazione all'ipotesi di malattie brevi e reiterate, ma, al contempo e in maniera contraddittoria, riesuma la categoria dell'eccessiva morbilità (appunto superata dall'orientamento giurisprudenziale ricordato) quale legittima causa di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, indipendentemente dal superamento del periodo massimo di tolleranza delle assenze. Ciò in quanto, *"per le modalità con cui le assenze si*

*verificavano (per un numero esiguo di giorni, due o tre, reiterate anche all'interno dello stesso mese, e costantemente 'agganciate' ai giorni di riposo del lavoratore) [...] davano luogo ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società [...]".* Per la Suprema Corte, infatti, *"la malattia non viene in rilievo di per sé, ma in quanto le assenze in questione, anche se incolpevoli, davano luogo a scarso rendimento e rendevano la prestazione non più utile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale"*. In altre parole, la Cassazione non dà tanto importanza – ai fini della legittimità del recesso – alla durata delle assenze (quindi al superamento del periodo di comportamento determinato anche in via equitativa), quanto alle modalità con cui le stesse erano realizzate (appunto, a "macchia di leopardo"); modalità che erano suscettibili di determinare lo scarso rendimento del lavoratore. Ciò che rende la sentenza in commento anomala rispetto alla giurisprudenza consolidata negli ultimi trent'anni è che si afferma per la prima volta che la malattia potrebbe giustificare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo – anche prima del superamento del comportamento (cumulativo o secco) – ove le modalità di assenza siano tali da creare un apprezzabile disagio produttivo per il datore. Così facendo però si giunge ad un risultato contrastante con la *ratio* che sta alla base della previsione legale, contrattuale o – in mancanza – giudiziale del periodo di comportamento. È ovvio infatti che un'assenza per malattia (o per qualsiasi altra ragione) generi un disagio per il datore di lavoro, il quale dovrà – tra le altre cose – provvedere a sostituire il lavoratore assente; questo però non può bastare a giustificare il licenziamento dello stesso, giacché, proprio al fine di tutelare il "fondamentale" diritto alla salute degli individui (anche) sul lavoro (cfr. art. 32 Cost.), è previsto un periodo di tempo (per l'appunto, il periodo di comportamento) entro il quale la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore è compressa e il datore di lavoro è costretto a sopportare il disagio prodotto dall'assenza del prestatore. Solamente una volta che venga superato detto limite di tollerabilità (con assenze dovute ad uno solo o a più episodi morbosi) tornerà a riespandersi la libertà d'impresa con la conseguente facoltà del datore di lavoro di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il superamento di quel limite sarà – come detto – anche condizione sufficiente di legittimità del recesso. La sentenza della Cassazione ha abbandonato la strada di tale interpretazione costituzionalmente orientata fatta propria invece dalla giurisprudenza di legittimità degli ultimi decenni. L'auspicio è che si sia trattato di una svista e che le successive pronunce vorranno tornare a valorizzare l'orientamento che – prima dell'ultima decisione – sembrava essersi consolidato.

# LA CORTE DI GIUSTIZIA

IVAN PETRONE

*sul contratto a termine*

La Corte di giustizia si esprime in merito alla disciplina dei contratti a termine dei marittimi contenuta nel codice della navigazione e, nel farlo, enuncia principi rilevanti anche per valutare la compatibilità con il diritto dell'UE del d.lgs. 368/01 come riformato dal recente decreto Poletti (n. 74/2014).

Il codice della navigazione prevede la possibilità di impiegare a termine un lavoratore per un periodo massimo di un anno, oltre il quale il lavoratore deve considerarsi assunto a tempo indeterminato. La durata massima s'intende superata anche in caso di più successioni a termine, tra le quali sia intercorso un intervallo inferiore ai sessanta giorni. La Corte di giustizia, nella sentenza Flamingo del 3 luglio scorso, ha giudicato compatibile una simile disciplina con la direttiva 1999/70/CE (sul lavoro a tempo determinato), ribadendo quanto più volte chiarito nella sua precedente giurisprudenza in merito al fatto che tale direttiva da una parte nulla dispone circa la prima assunzione a termine (ponendo limiti solo per quelle successive); dall'altra lascia ampi margini di discrezionalità agli Stati membri nella scelta delle misure da adottare per contrastare il ricorso abusivo a questa forma contrattuale. In particolare, uno Stato può scegliere una tra le 3 misure elencate nella direttiva: indicazione di una causale per i rinnovi; previsione di un numero massimo degli stessi; fissazione della loro durata massima complessiva. Allo Stato è permesso anche adottare misure diverse da quelle elencate, purché

analogamente efficaci nel garantire la prevenzione degli abusi.

Secondo i giudici europei, nel caso di specie il legislatore italiano ha scelto una regolazione conforme alle finalità perseguite dalla direttiva, anche considerando la sanzione che consegue al superamento dei termini di legge (la trasformazione in contratto a tempo indeterminato). Nel far salva la normativa italiana la Corte sottolinea anche come la valutazione in merito all'efficacia delle misure adottate da uno Stato debba essere condotta in concreto, tenendo in debito conto tutti gli aspetti della loro applicazione. In merito quindi all'intervallo di 60 giorni richiesto dal codice della navigazione per escludere la natura "ininterrotta" del rapporto, la Corte osserva che esso appare adeguato a contrastare comportamenti elusivi delle finalità della direttiva, essendo tale da garantire che la (nuova) assunzione non avvenga per le medesime esigenze della precedente. Riguardo invece alla previsione della durata massima di un anno, diventa fondamentale escludere che questa sia "calcolata in funzione non del numero di giorni di calendario coperti da questi contratti di lavoro, ma del numero di giorni lavorativi effettivamente prestati dal lavoratore interessato quando, a causa, per esempio, della scarsa frequenza dei tragitti, quest'ultimo numero sia nettamente inferiore al primo".

Se dunque la nuova disciplina prevista dal decreto Poletti non sembra contestabile per il solo fatto di aver reso a-causale l'assunzione a termine, non è

pacifica la compatibilità della nuova disciplina con la direttiva 1999/70 se se ne considera globalmente gli effetti; se cioè si tiene conto di come, complessivamente, essa risulti inidonea a prevenire efficacemente l'abusivo utilizzo dei contratti a termine. Come ricorda (di nuovo) la stessa Corte, la disciplina nazionale deve infatti basarsi sul presupposto che "il beneficio della stabilità del rapporto di lavoro è considerato un elemento assolutamente rilevante per la tutela dei lavoratori, laddove è solo in determinate circostanze che contratti di lavoro a tempo determinato possono soddisfare le esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori"; ed è alla luce di questo presupposto che va condotta la valutazione in merito all'efficacia delle misure di contrasto all'abusivo utilizzo del contratto a termine. Da ciò il fondato dubbio che possa ritenersi "efficace" la semplice previsione della durata massima complessiva di 36 mesi del rapporto, eventualmente frutto di proroghe (fino a 5) e di rinnovi; specie considerando quanto specificato dalla Corte in merito alle condizioni che legittimano la durata annuale prevista dal codice della navigazione. Così come dubbia appare l'"efficacia" degli intervalli di 10 e 20 giorni (a seconda se il contratto abbia o meno durata superiore a 6 mesi), considerando le ragioni che hanno indotto la Corte a valutare positivamente l'intervallo bimestrale previsto dal codice della navigazione.