

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

Direttore scientifico: Prof. Giovanni Orlandini

Comitato scientifico: avv. Fabio Rusconi avv. Andrea Danilo Conte

In redazione: Andrea Ranfagni Adele Pasquini Giovanni Calvellini

Centro Studi Diritti & Lavoro Firenze Via della Condotta, 12

dirittielavoro@gmail.com
www.dirittielavoro.it

ASPETTANDO MEZZANOTTE

**IL JOBS ACT E' LEGGE
PER ADESSO UNA DELEGA
QUASI IN BIANCO AL GOVERNO
A BREVE ARRIVANO I DECRETI**

**INOLTRE
LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA
PART-TIME E PUBBLICO IMPIEGO
SUCCESSIONE DI APPALTI E TRASFERIMENTO DI AZIENDA
ASSEMBLEA SINDACALE
ANCORA SUL LICENZIAMENTO POST FORNERO**

ECCOCI ALL'ACT

ANCHE IL SENATO APPROVA IL JOBS ACT, IN ATTESA DEI DECRETI DELEGATI

Alla fine il traguardo tanto agognato è stato raggiunto: l'art.18 dello Statuto dei lavoratori - già menomato gravemente dalla riforma Fornero - non c'è più, destinato (con l'adozione del primo decreto attuativo della delega) ad essere sostituito dal nuovo regime del licenziamento associato al c.d. contratto a tutele crescenti. Nel testo definitivamente approvato dal Senato viene infatti esplicitato ciò che si poteva solo supporre fosse implicito nella precedente versione. La riforma della disciplina del licenziamento è rubricata sotto il nome del "nuovo" contratto a tempo indeterminato (art.1, comma 7, lett. c), che s'intende promuovere come forma "comune" di contratto di lavoro (art.1, comma 7, lett. b). Si tratta evidentemente di un'operazione di marketing politico, essendo assai più accattivante proporre una riforma simile come funzionale a garantire tutele (e per di più crescenti!) piuttosto che (come è) a toglierle.

La delega, nel dettare i criteri cui ci si dovrà attenere il Governo nel varare il decreto attuativo, specifica che la "possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro" sarà esclusa per i licenziamenti economici - per i quali sarà previsto "un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio" - e resterà solo nei casi di "licenziamenti nulli e discriminatori" nonché in presenza di "specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato". Le nuove regole varranno solo per i neo assunti, a riprova che, a dispetto dei proclami, il dualismo del mercato del lavoro non è un problema che sta particolarmente a cuore al nostro legislatore.

La portata ed il significato della riforma dipenderà dal modo con cui le "specifiche fattispecie" di licenziamento illegittimo saranno definite dal decreto attuativo della delega; in particolare decisivo appare il profilo dell'onere della prova, singolarmente ignorato nel dibattito che ha preceduto la riforma. Se infatti resterà (seppur ridotta) la possibilità di ottenere la reintegra in ipotesi nelle quali il datore non è in grado di provare l'esistenza dell'addebito contestato, il licenziamento economico diventerà assai più conveniente e meno rischioso per i datori di lavoro: basterà "qualificare" il licenziamento come tale per evitare qualsiasi rischio di dover provare la fondatezza dei motivi di licenziamento e, di conseguenza, di essere condannati alla reintegra. In altre parole, se un datore vorrà liberarsi di un lavoratore in assenza di motivi seri (ovvero legittimi) per farlo, potrà optare per il licenziamento economico che gli permetterà comunque di risolvere il rapporto dietro pagamento di un indennizzo. Diverso quadro si configura invece se le "specifiche ipotesi" saranno identificate con riferimento a comportamenti del datore, associati all'atto di licenziamento; ad esempio un comportamento offensivo o ingiurioso, lesivo in quanto tale della dignità del lavoratore. Ed è questa la prospettiva più probabile, considerando che nella relazione di accompagnamento al d.d.l. viene fatto riferimento a "casi equiparabili per gravità al licenziamento discriminatorio". Se così sarà, indipendentemente dal fatto che il licenziamento sia avvenuto per

ragioni disciplinari od economiche, l'unica via per ottenere la reintegra passerà dalla prova (a carico del lavoratore) della sussistenza di una delle ragioni che la prevedono (maternità, matrimonio, discriminazione o, appunto, altro indicato dal legislatore). Vale a dire che, con un minimo di attenzione ad evitare i comportamenti tipizzati dalla legge, un datore potrà in ogni caso licenziare arbitrariamente rischiando al massimo una condanna di tipo economico.

Quale che sia l'opzione che ha in mente il Governo dunque, le nuove regole forniranno comunque la possibilità per il datore di mettersi al riparo dai (residui) rischi di una condanna alla reintegra, destinata a diventare poco più che un caso di scuola.

Al decreto attuativo spetterà anche chiarire in che modo opererà l'indennizzo economico, "certo" e "crescente" al crescere dell'anzianità di servizio. Anche sotto questo profilo la delega lascia aperte diverse possibili soluzioni su profili che incidono in maniera decisiva sulla portata della riforma. Il Governo sembra orientato a scartare l'ipotesi di associare al licenziamento economico un indennizzo da garantire sempre e comunque al lavoratore, precludendo a quest'ultimo la possibilità di contestarne la fondatezza; scelta che entrerebbe inevitabilmente in contrasto con i principi costituzionali (art. 24 Cost) e del diritto internazionale (art. 30 della Carta dei diritti dell'UE e 24 della Carta Sociale Europea del Consiglio d'Europa). La "certezza" cui la delega fa riferimento atterrebbe piuttosto alla

quantificazione dell'indennizzo in caso di illegittimità del licenziamento, con un massimale destinato a confermare quello vigente introdotto dalla riforma Fornero (24 mensilità). E' del tutto plausibile che gli stessi criteri varranno anche per il licenziamento disciplinare, onde evitare irragionevoli differenze di trattamento. In caso di licenziamento economico, al datore dovrebbe però essere data la possibilità di proporre al lavoratore un indennizzo per concludere la vertenza in sede di conciliazione; indennizzo evidentemente più basso di quello ottenibile con il ricorso al giudice.

Le "tutele crescenti" dunque si identificano nell'indennizzo da corrispondere in caso di licenziamento illegittimo, che la legge quantifica in relazione all'anzianità di servizio. Niente allungamento del periodo di prova -come inizialmente paventato- ma per i neo-assunti la sostanza non cambia: nei primi anni di impiego il licenziamento è praticamente libero, visti i bassissimi costi che implicherà ricorrevi anche in assenza di un giustificato motivo. Solo i lavoratori con molti anni di anzianità potranno trovare nelle nuove regole una qualche forma di deterrenza all'arbitrio del potere datoriale, ma in ogni caso la stabilità del posto di lavoro dipenderà sempre e comunque da una valutazione costi-benefici del datore di lavoro.

Nella sua relazione di presentazione del d.d.l. il senatore Ichino sostiene che una simile regolazione del licenziamento ci porta in linea con il gli altri paesi europei, ma non è così. Il principio per cui un licenziamento illegittimo è inefficace, ed in quanto tale implica il diritto ad essere reintegrati nel posto di lavoro, è accolto dalla stragrande maggioranza degli ordinamenti europei, oltre ad essere sancito dalla Convenzione OIL n.158/1982 e dalle Carte dei diritti dell'UE e del Consiglio d'Europa. Il governo pare piuttosto avere tratto ispirazione dalla riforma del governo Rajoy, declinandola al ribasso; riforma che nel 2012 ha destrutturato il sistema di tutele per il licenziamento in Spagna rendendolo tra i più deboli in Europa. Il che ci avvicina agli Stati Uniti piuttosto che ai sistemi riconducibili al c.d. modello sociale europeo. D'altra parte la riforma in atto si iscrive nel contesto di una governance economica europea che identifica nella compressione del costo del lavoro il fattore principale di competitività delle economie del sud Europa; con buona pace di chi iscrive il Jobs Act nella logica della "flessicurezza" nordeuropea. Di questa logica nella delega non vi è traccia, se non in vuote enunciazioni di principio. Il testo finale conferma piuttosto l'intenzione di ridurre sia sul piano della durata che dell'importo le prestazioni fino ad oggi erogate dal sistema degli ammortizzatori sociali, senza nessuna prospettiva di un significativo ampliamento dei soggetti beneficiari.

Ma per capire in che modo la riforma in atto trasformerà il mercato del lavoro italiano non si può che aspettare il varo dei decreti legislativi, ai quali il Governo sta alacremenente lavorando al riparo dal confronto democratico e dal dibattito parlamentare.

SOLO IL "RISCHIO ELETTIVO" È IDONEO AD ESCLUDERE LA RESPONSABILITÀ DEL DATORE PER L'INFORTUNIO DEL LAVORATORE

La Corte di Cassazione, con sentenza 14 ottobre 2014, n. 21647, ha affermato che, in caso di infortunio sul lavoro, sussiste la responsabilità del datore di lavoro fin tanto che la condotta del lavoratore non presenti "*i caratteri dell'abnormità e dell'inopinabilità rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute*". Irrilevante è quindi – ai fini della configurabilità della responsabilità in capo al datore – l'eventuale concorso di colpa del lavoratore nella causazione del proprio infortunio, essendo le norme dettate in tema di prevenzione degli infortuni sul lavoro dirette a tutelare il lavoratore non solo dagli incidenti derivanti dalla sua disattenzione, ma anche da quelli ascrivibili a negligenza, imprudenza o imperizia dello stesso. Ne consegue che – secondo il Supremo Collegio – il datore di lavoro è responsabile dell'infortunio occorso al proprio dipendente tanto quando ometta di adottare le idonee misure protettive, quanto nell'ipotesi in cui non accerti e vigili che di tali misure il lavoratore faccia effettivamente uso.

Nel caso in cui invece il comportamento del lavoratore abbia configurato una condotta anomala, esorbitante o atipica (c.d. rischio elettivo), esso opera come causa esclusiva dell'infortunio, escludendo così la responsabilità del datore di lavoro. Occorrerà, però, a tale ultimo fine, fornire "*una rigorosa dimostrazione [...] dell'estraneità del rischio affrontato a quello connesso alle modalità ed esigenze del lavoro da svolgere*".

Così argomentando, la Cassazione, con la pronuncia in commento, dà continuità al proprio precedente orientamento che – come detto – esclude la responsabilità del datore per l'infortunio subito dal proprio dipendente solamente nel caso in cui sia fornita la prova del c.d. rischio elettivo, da intendersi come "*la deviazione, puramente arbitraria ed animata da finalità personali, dalle normali modalità lavorative, che comporta rischi diversi da quelli inerenti le usuali modalità di esecuzione della prestazione*".

Sulla base di queste ragioni, la Cassazione ha accolto il ricorso dell'INAIL (che agiva in regresso contro il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 11, D.P.R. n. 1124/1965), in quanto la sentenza (contro cui si ricorreva) del Giudice d'appello triestino, nel rigettare la domanda dell'Istituto, non aveva adeguatamente chiarito se nella condotta del lavoratore fossero in concreto rinvenibili tutti gli elementi per configurarla come abnorme, inopinabile ed esorbitante rispetto al procedimento lavorativo e alle direttive ricevute, così non fornendo elementi idonei a giustificare l'esclusione della responsabilità del datore di lavoro.

GIUSTIZIA LIGHT

ADELE PASQUINI

Rendere più efficiente la macchina della giustizia, ridurre le cause in arretrato ed evitare la ‘valanga’ di nuovi processi. Questi sono i principali obiettivi della riforma della giustizia civile azionata con il d.l. 132/2014, convertito in legge (n. 162/2014) lo scorso 10 novembre. La riforma tanto annunciata dal governo Renzi si compone di ben sette capi e introduce diversi istituti diretti a ottenere – come si legge nella stessa rubrica del provvedimento – una ‘*degiurisdizionalizzazione*’ del contenzioso in materia civile. Un progetto indubbiamente ambizioso ma che – a detta dell’attuale Ministro della Giustizia, Andrea Orlando - porterà i primi risultati già entro l’anno, con la definizione di circa il 40% delle pendenze e la notevole riduzione dei procedimenti arretrati in materia civile (ad oggi quasi cinque milioni).

La nuova riforma introduce un primo blocco di novità consistenti nell’introduzione di diverse misure dirette a facilitare l’accesso a strumenti alternativi di risoluzione della controversia, da azionare prima dell’avvio del processo ovvero a processo pendente.

La norma si apre, infatti, con la possibilità riconosciuta alle parti di trasferire il contenzioso civile relativo a diritti disponibili in sede arbitrale. L’istanza potrà essere proposta dalle parti coinvolte solo con riferimento alle cause “*non assunte in decisione*” pendenti in primo grado ovvero in grado di appello e il contenzioso proseguirà innanzi a un collegio arbitrale secondo quanto stabilito dal codice di procedura civile (titolo VIII del libro IV c.p.c.). Tale facoltà, pur non trovando applicazione per la materia del lavoro nonché per previdenza e assistenza sociale, è stata estesa in sede di conversione a quelle cause vertenti su diritti “*che abbiano nel contratto collettivo di lavoro la propria fonte esclusiva, quando il contratto stesso abbia previsto e disciplinato la soluzione arbitrale*”.

Uno degli interventi maggiormente pubblicizzati dall’attuale Governo e contenuto nel decreto oggi convertito, è tuttavia rappresentato dall’introduzione di una particolare procedura di negoziazione assistita da un avvocato. Si tratta di un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l’assistenza dei propri legali. La soluzione negoziale della lite, ove raggiunta, dovrà essere conclusa necessariamente in forma scritta e (al contempo) sottoscritta dai difensori di parte, i quali – sotto propria responsabilità – certificheranno le firme apposte e garantiranno la conformità del testo a norme imperative e ordine pubblico. Tale accordo – nel rispetto della ratio posta a fondamento della sua introduzione - costituisce titolo esecutivo e titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale, senza bisogno perciò di procedere ad alcuna forma di

omologazione giudiziaria (con il solo obbligo, ex art. 480 c.p.c., di trascrivere integralmente nel precetto l’accordo raggiunto).

Il d.l. 132/2014 – così come convertito in legge - ha suddiviso la procedura dianzi brevemente descritta in tre diverse tipologie: la procedura prevista per “*le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio*”, con particolari cautele previste nel caso in cui siano coinvolti figli minori o con handicap; la procedura obbligatoria (condizione di procedibilità della domanda giudiziale), prevista per alcune materie espressamente indicate dal legislatore e in particolare – per quel che qui interessa – per “*chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro*”, ivi comprese, dunque, le domande in materia lavoro e, infine, la “*negoziante volontaria*”, ovvero la facoltà (e non l’obbligo) per le parti di tentare una risoluzione della lite prima di adire l’autorità giudiziaria. È in quest’ultimo blocco che il decreto inseriva la modifica (tanto discussa) dell’art. 2113 c.c. (poi eliminata in sede di conversione), che rendeva inoppugnabili le transazioni in materia di lavoro raggiunte con l’assistenza dei soli avvocati, aggiungendo queste ultime alle ipotesi di convalida di accordo tra le parti già indicate nel testo originario e tutt’ora attuale (quale l’accordo in sede sindacale, quello in sede giudiziale, le commissioni di conciliazione delle direzioni territoriali del Lavoro, o ancora, le commissioni di certificazione e alcune procedure di arbitrato con conciliazione). Tale possibilità, come detto, è stata tuttavia eliminata dal legislatore in sede di conversione, rendendo così impossibile per i soli avvocati negoziare controversie aventi ad oggetto diritti inerenti la materia del lavoro, oltretutto (ovviamente) i diritti indisponibili. Dal quadro appena esposto sul tema controverso della “*negoziante assistita da legali*”, emerge chiaramente il diverso ruolo affidato al professionista forense, il quale, da un lato, sarà tenuto “*ad informare il cliente all’atto del conferimento dell’incarico della possibilità (o obbligo) di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita*” e, dall’altro, ha “*il divieto di assistere la parte nell’impugnare l’accordo alla cui redazione hanno partecipato*”. L’accordo eventualmente raggiunto e già sottoscritto verrà poi trasmesso dai legali al Consiglio dell’Ordine degli Avvocati (di sede nel luogo di raggiungimento dell’accordo) mentre l’attività di monitoraggio spetterà al Consiglio nazionale forense, chiamato a trasmettere i dati della procedura direttamente al Ministero della giustizia.

Diverse sono invece le misure tendenti più in generale a garantire una maggiore efficienza e celerità ai processi di cognizione ed esecuzione, novità che, infatti, caratterizzano la seconda parte del provvedimento.

Più in particolare, il capo IV del nuovo decreto contempla “*altre misure per la funzionalità del processo civile di cognizione*” consistenti in un irrigidimento della disciplina della compensazione delle spese processuali (fissata – secondo la nuova formulazione – nel caso specifico “*di novità della questione trattata o di mutamento della giurisprudenza*” e non già al ricorrere delle più generiche “*altre gravi ed eccezionali ragioni, esplicitamente indicate nella motivazione*”), nella c.d. passerella tra rito ordinario di cognizione e rito sommario di cognizione (disposta eventualmente d’ufficio dal Tribunale con ordinanza non impugnabile), nonché nella riduzione del periodo di sospensione dei termini feriali. Eliminata in sede di conversione, invece, l’introduzione delle “*dichiarazioni rese al difensore*”, quale nuovo mezzo di convincimento giudiziale, previsto nella versione originaria dell’art. 15 d.l. 132/2014.

Dinanzi a questi ultimi interventi merita una piccola osservazione il ‘tema oscuro’ delle spese processuali, ormai divenuto una minaccia per tutti coloro che manifestano la volontà di far valere un proprio diritto nelle opportune sedi di giustizia. Il legislatore, infatti, mostra ancora una volta di voler disincentivare l’accesso alla giustizia e risolvere il grave problema del contenzioso civile arretrato, aumentando la percentuale di rischio di un’eventuale condanna alle spese (condanna che purtroppo ha sempre più dell’incredibile). Così facendo il diritto di difesa del singolo ne esce notevolmente pregiudicato e ciò è tanto più vero nel caso in cui uno dei soggetti coinvolti sia un lavoratore (parte debole del rapporto). In quest’ultima ipotesi, infatti, il dipendente pur di non rischiare un’eventuale condanna di pagamento alle spese processuali (che spesso non può permettersi se non con un notevole sacrificio familiare), evita di adire l’autorità giudiziaria, lasciando, così, privo di tutela il diritto compromessogli dal datore di lavoro.

Un brevissimo cenno, infine, sulle nuove disposizioni introdotte in materia di “*tutela del credito*”, dirette a incidere sia sulla disciplina delle procedure esecutive individuali sia concorsuali. Il recente intervento, infatti, cerca di velocizzare anche la procedura esecutiva del credito introducendo misure (sicuramente gradite agli avvocati) funzionali a una semplificazione – seppur di difficile attuazione – dell’*iter* ancor oggi necessario: prima tra tutte la possibilità di ricercare con modalità telematiche i beni da pignorare o, ancora, l’introduzione di un foro generale per l’espropriazione presso terzi individuato nel tribunale del luogo di residenza, domicilio, dimora o sede del lavoratore.

La riforma brevemente descritta – e che, tuttavia, non può trovare ulteriori approfondimenti in questa sede – non è stata esente da critiche. Le polemiche - provenienti in particolare dal mondo dei magistrati – ne hanno evidenziato una natura fortemente sbilanciata a favore degli avvocati (nuovi protagonisti, in particolare, della procedura di negoziazione assistita).

Molti sono ancora i ‘punti oscuri’ del testo legislativo, aspetti per di più legati a questioni processuali e di effettiva attuazione per la concreta realizzazione degli (ambiziosi) obiettivi prefissati dal governo. Non resta dunque che aspettare per poter meglio definire e comprendere il nuovo assetto normativo di giustizia.

FLASH

ESODATI: PUBBLICATA IN GAZZETTA UFFICIALE LA SESTA SALVAGUARDIA

E' stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale la legge 147/2014 che estende i benefici in materia di deroghe alla Riforma Fornero in favore di ulteriori 32.100 lavoratori.

Con la pubblicazione in Gazzetta parte il conto alla rovescia per la presentazione delle domande di accesso ai benefici. Gli interessati avranno 60 giorni di tempo per presentare le istanze di accesso, attraverso le modalità individuate dalla Circolare del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali (n. 27/2014).

Con l'entrata in vigore della legge, il legislatore porta quindi globalmente a 170 mila unità i tutelati, intrappolati nel “limbo” della mancanza di retribuzione e pensione dopo l'entrata in vigore della riforma dell'ex ministro Elsa Fornero.

Con tale provvedimento è stato ulteriormente esteso (di 12 mesi) il periodo utile alla maturazione dei requisiti per accedere alle prestazioni previdenziali: dal 6 gennaio 2015 al 6 gennaio 2016.

Cinque sono i profili di tutela previsti dall’art. 2, co.1 della l. n. 147/2014 (cui si rinvia per approfondimenti): lavoratori in mobilità; autorizzati alla prosecuzione volontaria della contribuzione; cessati dal servizio (a seguito di accordo con il datore di lavoro o licenziati in via unilaterale); lavoratori in congedo per assistere soggetti con disabilità, nonché - ed è questa la vera novità - lavoratori cessati dal servizio per la scadenza naturale di un contratto a tempo determinato.

SUCCESSIONE DI APPALTI E TRASFERIMENTO DI AZIENDA

IVAN PETRONE

Con sentenza del 17 ottobre scorso il Tribunale di Firenze ha ammesso che, in caso di successione nel contratto di appalto, possa trovare applicazione la disciplina del trasferimento d'azienda di cui all'art.2112 c.c., con conseguente riconoscimento della continuità dei rapporti di lavoro dei lavoratori riassunti dall'appaltatore subentrante e mantenimento dei trattamenti retributivi da loro goduti presso quello uscente.

Il caso riguardava una lavoratrice per anni addetta alle pulizie degli uffici della spa Autostrade, passata alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto per effetto dell'art.4 del CCNL multiservizi che, nell'imporre l'obbligo di riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore, garantisce loro il mantenimento dei livelli retributivi. Il giudice fiorentino da una parte ha riconosciuto l' "irriducibilità" della voce in questione, in quanto tale rientrante nel trattamento minimo dovuto dall'impresa subentrante (indipendente dalle mansioni effettivamente svolte presso il nuovo datore); dall'altra ha ritenuto che il diritto a tale voce retributiva derivasse dall'applicazione dell'art.2112 c.c., integrando il passaggio di personale (operato in virtù della clausola del CCNL) la fattispecie di un trasferimento d'azienda. Per giungere a tali conclusioni è stato necessario superare un duplice ostacolo, costituito sia dall'art.29, comma 3 d.lgs.276/03 sia dalla giurisprudenza della Cassazione.

La norma del decreto "Biagi" prevede che *"l'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda"*. Nel leggere questa disposizione (a prima vista inequivoca), il tribunale ha evidentemente aderito a quell'opinione -maggioritaria in dottrina- che ne suggerisce un'interpretazione "conservativa", finalizzata cioè a preservarne la compatibilità con il diritto dell'UE, come interpretato dalla Corte di giustizia. Quest'ultima infatti ha a più riprese affermato da una parte che la direttiva 2001/23/CE (relativa al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese) trovi applicazione in ogni caso di cambiamento della titolarità di un'azienda, anche in assenza di un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario (com'è nel caso di subentro negli appalti); dall'altra che anche un gruppo di lavoratori impiegato stabilmente in un'attività di servizi possa considerarsi un'"azienda", in quanto *"entità economica organizzata"* funzionale allo svolgimento di un'attività d'impresa (Corte giust. C-13/95, *Suzen* e da ultimo C-108/10, *Scattolon*). Il subentro nella titolarità di un appalto di servizi, associato alla riassunzione dei lavoratori impiegati dal precedente appaltatore, può dunque pacificamente configurare un trasferimento d'azienda per il diritto dell'UE (Corte di giustizia C-51/00, *Temco*).

La giurisprudenza europea non ha avuto fino ad oggi pieno recepimento nella giurisprudenza della Cassazione, che continua a richiedere il *"passaggio di beni di non trascurabile entità"* perché si possa configurare la fattispecie di cui all'art. 2112. Il giudice fiorentino, pur richiamando questi principi giurisprudenziali, ha inteso proporre un'applicazione compatibile con il diritto dell'UE ed ha quindi riconosciuto che, in settori c.d. *labour intensive* (qual è quello delle pulizie), non implicando l'attività imprenditoriale trasferita l'impiego di *"beni di non trascurabile entità"*, anche il mero passaggio di personale al nuovo appaltatore integri un'ipotesi di trasferimento d'azienda. Da ciò la conclusione che ai lavoratori riassunti spetti lo stesso trattamento economico da essi goduto presso il precedente appaltatore.

Pur se sinteticamente argomentata, la sentenza va salutata dunque come un'importante precedente che modifica un quadro giurisprudenziale criticabile, proprio perché contrario ai più avanzati orientamenti della Corte di giustizia. L'auspicio è che essa anticipi un cambiamento anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione.

Naturalmente da una simile lettura dell'art.2112 c.c. non si ricava che ogni ipotesi di successione in appalti di servizi a bassa intensità di capitale configuri un trasferimento d'azienda, essendo tale conclusione condizionata dall'assunzione da parte dell'appaltatore subentrante di un "gruppo di lavoratori" tale da potersi ritenere "azienda" nell'accezione che al termine è data dai giudici europei. In altre parole, l'applicazione del 2112 c.c. è l'effetto e non la fonte del diritto alla riassunzione presso il nuovo appaltatore. Tale diritto trova la sua origine nella "clausola sociale" del CCNL (se esistente), la cui applicazione produce come conseguenza la possibilità di invocare le tutele previste dalla norma del codice. Se ciò è vero, l'art.2112 non è invocabile neppure in caso di mancato rispetto della clausola di riassunzione da parte dell'appaltatore subentrante, ma diventa applicabile solo a seguito dell'esecuzione in forma specifica (ex art.2932 c.c.) dell'obbligo di riassunzione eventualmente disposta dal giudice.

Non si deve però concludere che la configurazione di un trasferimento d'azienda in caso di successione negli appalti serva solo a garantire il mantenimento dei diritti per i lavoratori che siano stati effettivamente riassunti (e mai il diritto in sé alla riassunzione). Un lavoratore ben potrebbe infatti invocare l'art. 2112 c.c. per rivendicare il diritto all'assunzione da parte del nuovo appaltatore qualora sia stato escluso dal gruppo di lavoratori passati alle sue dipendenze; e ciò indipendentemente dal fatto che la clausola sociale del CCNL ammetta o meno la possibilità di operare una selezione tra i lavoratori da riassumere.

PUBBLICO IMPIEGO PART- TIME PIU' FLESSIBILE DICE LA CORTE UE

ADELE PASQUINI

“Il datore di lavoro può disporre la trasformazione di un contratto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno senza il consenso del lavoratore interessato”. Questo è quanto ha stabilito la Corte di Giustizia dell’Unione Europea lo scorso 15 ottobre, con sentenza C-221/2013, chiamata dal Tribunale di Trento a pronunciarsi sulla compatibilità dell’art. 16 del Collegato lavoro (l. n. 183/2010), con l’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, allegato alla Direttiva CE n. 97/81.

Prima di entrare nel merito della decisione, che sembra aver messo un punto sull’interpretazione della disposizione oggetto di diverse perplessità e critiche, è opportuno ricostruire sommariamente l’evoluzione normativa che ha inciso negli ultimi anni sul part-time del settore pubblico.

FACCIAMO UN PASSO INDIETRO: IL QUADRO NORMATIVO

Il contratto a tempo parziale – formalmente introdotto con il DPR n. 13/86 e successivamente generalizzato per tutti i settori del pubblico impiego – è stato oggetto di un’importante revisione da parte del c.d. “decreto Brunetta” (d.l. 112/2008, poi convertito in l. n. 133/2008), che ha messo la parola “fine” al meccanismo di automatica trasformazione del rapporto, che caratterizzava la disciplina previgente. Prima dell’entrata in vigore della “norma del cambiamento”, infatti, il lavoratore interessato – quale titolare di un vero e proprio diritto – doveva limitarsi a presentare un’apposita richiesta all’amministrazione di riferimento. Quest’ultima – priva di ogni profilo di discrezionalità – era tenuta a disporre la conversione del rapporto, con la sola possibilità – da un lato - di differirne la fruizione

per un periodo massimo di 6 mesi (in presenza di “grave pregiudizio”) e – dall’altro - di rifiutare la trasformazione (entro e non oltre 60 giorni dalla domanda) laddove l’ulteriore attività di lavoro autonomo o subordinato eventualmente esercitata dal dipendente, comportasse un conflitto di interessi con la specifica attività di servizio svolta, ovvero in caso di occupazione presso un’altra PA. Decorsi inutilmente i 60 giorni, senza alcuna pronuncia ostativa da parte dell’amministrazione interessata, operava il meccanismo del ‘silenzio-assenso’ con l’automatica conversione del rapporto.

Diverso, invece, è quanto ha previsto il legislatore del 2008. Spazzando via ogni forma di “automatismo” dalla precedente disciplina, il d.l. 112/2008 ha subordinato la concessione del part-time a una valutazione discrezionale della PA. Per la normativa ancora oggi vigente, infatti, la Pubblica Amministrazione interessata avrà la possibilità di negare la trasformazione del rapporto, non solo in presenza di un conflitto di interessi o per lo svolgimento di un lavoro presso un’altra pubblica amministrazione (ipotesi, come detto, già previste dal precedente legislatore), ma anche (e soprattutto) per la sussistenza di un pregiudizio alla funzionalità dell’amministrazione (aspetto, quest’ultimo, rimesso interamente alla discrezionalità della PA, cui la richiesta è destinata).

È nel quadro appena descritto che si inserisce l’art. 16 del d.lgs. 183/2010, disposizione che ha sollevato fin da subito numerosi dubbi e perplessità tra gli esperti del settore. Con tale previsione normativa, in via del tutto eccezionale e per far fronte ai vincoli finanziari introdotti (che hanno impedito alle PA di soddisfare il

proprio bisogno di personale attraverso le ordinarie forme di reclutamento), è stata riconosciuta la possibilità alle amministrazioni interessate di rivedere le vecchie concessioni del part-time alla luce dei nuovi e più stringenti limiti introdotti. In altre parole, dunque, è stata prevista la facoltà per le PA - nel rispetto del principio di correttezza e buona fede - di rivalutare (entro 180 giorni dall'entrata in vigore della norma) i rapporti di lavoro part-time già in essere prima dell'applicazione del "decreto Brunetta". Un dipendente pubblico già titolare di un contratto part-time nel 2008 - frutto di una precedente trasformazione chiesta e ottenuta dalla datrice di lavoro - si trova, dunque, nella posizione di dover sottostare a una nuova valutazione da

parte dell'amministrazione pubblica, con il rischio di vedersi revocare il contratto a tempo parziale e tornare a prestare (anche contro la sua volontà) l'attività lavorativa a tempo pieno.

PER LA CORTE COSTITUZIONALE NON C'È CONTRASTO

La disposizione in commento non è stata – come prevedibile – esente da critiche e conseguenze. Con ordinanza del 27 giugno 2012, il Tribunale di Forlì, ha sollevato questione di legittimità costituzionale per asserito contrasto “con gli artt. 10, 35, co. 3, e 117 della Costituzione, nonché con l’art. 5, co.2, dell’accordo quadro del lavoro a tempo parziale allegato alla direttiva 97/81/CE del 15.12.1997”, nella parte in cui sembra imporre la presenza del consenso del lavoratore per la trasformazione del rapporto.

La Corte Costituzionale, con sentenza del 19 luglio 2013, n. 224, ha tuttavia confermato la compatibilità dell’art. 16 con il quadro normativo di riferimento e in particolare ha evidenziato che alla luce di un’interpretazione sistematica della normativa europea, non vi è alcun contrasto tra la disposizione censurata e la direttiva eurounitaria. Secondo la Corte, infatti, la direttiva più volte richiamata, seppur finalizzata a tutelare il lavoro part-time e a impedirne ogni forma di discriminazione (anche in fase di trasformazione del rapporto), riconosce al tempo stesso rilevanza e tutela alle esigenze organizzative, tecniche e produttive dell’amministrazione. In altre parole, dunque, il potere di rivalutazione del rapporto part-time, previsto e disciplinato dall’art. 16 del Collegato lavoro, è legittimo solo se diretto a perseguire un interesse effettivo dell’amministrazione datrice di lavoro, qual è quello consentito dalla norma censurata. Secondo la Consulta, infatti, non vi sono dubbi: il potere riconosciuto alle PA non è arbitrario, né indiscriminato, ma saldamente ancorato alla presenza obiettiva di verificabili esigenze di funzionalità dell’organizzazione amministrativa e

condizionato a modalità di esercizio scrupolosamente rispettose dei canoni generali di correttezza e di buona fede.

Per la Corte “*in definitiva, il lavoratore non è assoggettato incondizionatamente alle determinazioni unilaterali del datore di lavoro pubblico ai fini della trasformazione del rapporto da part-time a full-time. L’iniziativa dell’amministrazione, infatti, deve essere sorretta da serie ragioni organizzative e gestionali ed attuata nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede*”. In mancanza di tali presupposti, il dipendente può legittimamente rifiutare di passare al tempo pieno e - per ciò solo - non può mai essere licenziato.

LA TANTO ATTESA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

Nessun contrasto con la direttiva CE n. 97/81 anche per la Corte di Giustizia che lo scorso 15 ottobre, con sentenza C-221/2013, si è pronunciata sulla ‘domanda pregiudiziale’ sollevata dal Tribunale di Trento con ordinanza 11 aprile 2013. Secondo la Corte europea, la clausola 5, punto 2 della direttiva, non impone agli Stati membri di adottare una normativa che subordini al consenso del lavoratore la trasformazione del suo contratto di lavoro (da tempo parziale a tempo pieno), ma è unicamente volta ad escludere che il rifiuto di un lavoratore ad una simile trasformazione possa costituire l’unico motivo del suo licenziamento. Del resto, aggiunge la Corte, uno degli obiettivi dell’accordo quadro è proprio quello di contribuire all’organizzazione flessibile dell’orario di lavoro, in modo da tener conto delle esigenze – non solo dei lavoratori – ma anche delle amministrazioni datrici di lavoro.

La CGUE aggiunge, poi, che la trasformazione unilaterale del rapporto (come prevista dalla norma censurata) – da part-time a full time – aumenta le tutele del lavoratore e che dunque – anche per tale ragione - deve ritenersi compatibile con il quadro europeo di riferimento (a differenza della situazione opposta, ovvero della riduzione unilaterale dell’orario lavorativo).

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, la Corte europea - ponendo fine ad un dibattito protagonista delle aule giudiziarie degli ultimi anni - mette un punto definitivo sulla questione e stabilisce che “*L’accordo quadro sul lavoro a tempo parziale – ed in particolare la sua clausola 5, punto 2 – deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in base alla quale il datore di lavoro può disporre la trasformazione di un contratto di lavoro da contratto a tempo parziale in contratto a tempo pieno senza il consenso del lavoratore interessato*”.

CAOS ASSEMBLEA

ANDREA RANFAGNI

A pochi giorni di distanza dalla Sentenza n. 15437 del 7 luglio 2014 (commentata in questa rivista; Bollettino n. 6/2014), la Suprema Corte si è pronunciata nuovamente sulla sussistenza o meno del diritto del singolo membro RSU ad indire autonomamente assemblea retribuita. La sentenza n. 17458 del 31 luglio 2014 prospetta un ampliamento dell'ambito soggettivo della prerogativa in questione e, per ciò solo, non può altro che essere valutata positivamente. Tuttavia, discostandosi dalla precedente pronuncia crea una situazione di incertezza che, con la Sentenza del 7 luglio 2014, si pensava fosse stata superata.

Quest'ultima aveva accolto una soluzione per così dire di "mediazione". Di fronte all'incertezza provocata da un testo contrattuale del 1993 poco chiaro nel rinviare, in materia di prerogative sindacali, al Titolo III dello Statuto dei Lavoratori e dovendo comunque tener conto del principio di gerarchia tra fonte legale e fonte contrattuale, la Corte aveva affermato due principi: 1) le RSU non sono un organismo a funzionamento unitario, ben potendo il singolo membro operare autonomamente (con ciò disconoscendo quell'orientamento precedente che faceva leva sul necessario funzionamento unitario per negare il diritto di assemblea al singolo membro RSU); 2) il rinvio operato dal protocollo del 1993 al Titolo III dello Statuto impone il rispetto del criterio di rappresentatività di cui all'art. 19, SL, come rivisto dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 231/2013.

Sulla base di questi due presupposti, si

era così arrivati ad affermare che il singolo membro RSU ben può indire autonomamente l'assemblea retribuita, a patto che sia stato eletto in liste di OO.SS. aventi il requisito di rappresentatività di cui all'art. 19, SL: aver firmato un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva in cui è costituita la RSU, ovvero aver partecipato attivamente alle trattative che hanno portato alla stipulazione di quel contratto.

La nuova decisione della Corte di Cassazione riconosce invece il diritto ad indire assemblea retribuita al singolo membro RSU, senza che sia necessaria la sua appartenenza ad OO.SS. aventi il requisito di rappresentatività di cui all'art. 19, SL. Di fatto, si dà seguito ad uno dei due orientamenti "originari" della Corte di Cassazione, rispetto ai quali, come detto, la Sentenza del 7 luglio 2014 aveva cercato di fornire una mediazione sulla scorta dei principi recentemente affermati dalla Consulta. Leggendo la decisione del 31 luglio 2014, infatti, ci si accorge come a proprio sostegno si richiami la Sentenza n. 1892/2005, la quale si era contrapposta alle Sentenze n. 2855 e 5675 del 2002.

Pur citando la precedente decisione del 7 luglio 2014, nell'ultima sentenza la Suprema Corte sembra far leva sull'assunto – proprio, appunto, della decisione del 2005 - secondo il quale la contrattazione collettiva ben può individuare diversi criteri di rappresentatività ed altre prerogative, rispetto a quanto affermato dalla legge, salvo il limite del divieto di riconoscere ad un sindacato un'ingiustificata posizione

differenziata che lo collochi quale interlocutore privilegiato del datore di lavoro. Insomma, l'autonomia della contrattazione collettiva può andare al di là del criterio di rappresentatività di cui all'art. 19, SL, anche se è la stessa a rinviare al Titolo III dello Statuto in cui lo stesso art. 19 è contenuto.

E questo è ciò sarebbe avvenuto con il Protocollo del 1993, nel quale si è rinviato alle prerogative del Titolo III, ma sempre sulla base di un criterio di rappresentatività autonomo, ovvero quello meramente "elettivo".

Non trovandosi ostacoli letterali nel testo del 1993 ad un esercizio individuale del diritto di indire assemblea retribuita, questo può ben essere riconosciuto al singolo eletto, senza che, per i motivi appena detti, sia necessario interrogarsi sulla rappresentatività ex art. 19, SL.

In effetti, anche la sentenza del 7 luglio 2014 aveva ribadito il principio, oramai pacifico, della possibilità per la contrattazione collettiva di introdurre nuovi criteri di rappresentatività, salvo il limite del supremo principio costituzionale di uguaglianza. Chiamare in causa l'art. 19, SL ed il diverso criterio ivi previsto pare così una contraddizione, oltre che un tentativo d'interpretazione troppo espansiva del Protocollo del 1993.

I propositi della Sentenza del 7 luglio 2014 sono stati, come detto, di "mediazione" e, a guardar bene, esprimono il tentativo della giurisprudenza di legittimità di andare al di là dei dati normativi oggettivi e delle regole interpretative, surrogandosi al legislatore e alle parti sociali nel delineare un nuovo quadro di regole.

Dalla lettura delle due sentenze di luglio 2014 permane, dunque, un'incertezza oggettiva sul diritto in questione, che prima o poi dovrà essere definitivamente eliminata. Basti pensare che le due decisioni, pur avendo entrambe origine da controversie riguardanti Telecom Italia spa, hanno determinato la coesistenza di due diverse situazioni: 1) in base alla sentenza del 7 luglio 2014, il membro dell'RSU avrà diritto ad indire singolarmente l'assemblea retribuita se, nel giudizio di rinvio (nel quale il giudice di merito dovrà obbligatoriamente osservare il diverso principio di diritto affermato nella sentenza del 7 luglio 2014), riuscirà a dimostrare che la propria OO.SS. possiede la rappresentatività ex art. 19, SL; 2) in base alla sentenza del 31 luglio 2014, dove, invece, è certo che il membro RSU è titolare del diritto ad indire assemblea retribuita, senza dover dimostrare alcuna rappresentatività ex art. 19, SL.

E NEL PUBBLICO IMPIEGO COME FUNZIONA?

Il contrasto configurato dalle due recenti decisioni della Suprema Corte è anche l'occasione per gettare brevemente lo sguardo sul Pubblico Impiego e per comprendere se la questione sussiste anche lì e, in caso, in che termini.

Come noto, il sistema di relazioni sindacali del settore pubblico è oggetto di una disciplina che, pur mantenendo la sua specificità e la sua autonomia, ricalca in parte il settore privato. Anche l'art. 42, d.lgs. n. 165/2001 (Testo Unico sul Pubblico Impiego) prevede due forme di rappresentanza sui luoghi di lavoro: RSA e RSU, entrambe strutturalmente identiche al settore privato (di nomina dell'OO.SS. la prima; elettiva la seconda).

Per la costituzione delle RSA, però, il criterio di rappresentatività non è stabilito dall'art. 43, d.lgs. n. 165/2001, ed è pari al 5%, quale

media tra dato associativo e dato elettorale, entrambi calcolati a livello nazionale (criterio quest'ultimo, che, come si ricorderà, è stato adottato di recente dal Testo Unico sulla rappresentanza nel privato del 14 gennaio 2014 per l'individuazione dei soggetti ammessi al tavolo delle trattative del CCNL).

Per quanto riguarda, invece, l'esercizio delle prerogative sindacali, se per le RSA si rinvia al Titolo III dello Statuto, per le RSU (rispetto alle quali può porsi il problema dell'indizione dell'assemblea da parte del singolo membro) si rinvia agli "accordi e ai contratti collettivi" che regolano la costituzione ed il funzionamento della RSU stessa.

Sussiste pertanto un ampio rinvio alla contrattazione collettiva, senza specificazione di quale livello; e ciò in presenza di un contratto collettivo che, diversamente dal settore privato, è, tra l'altro, efficace erga omnes, quindi vincolante anche nei confronti di chi non lo ha firmato (sempre che venga raggiunta la soglia di rappresentatività del 51% da parte dei sottoscrittori).

Sulla base di tutto ciò, è evidente come non sia possibile utilizzare le due decisioni della Cassazione sopra richiamate.

Una prima serie di accordi collettivi che si sono occupati delle prerogative sindacali nel Pubblico Impiego sono stati gli Accordi Quadro (firmatari Aran e Confederazioni sindacali) del 7 agosto 1998. In particolare, quello relativo all'utilizzo delle prerogative sindacali si occupa dell'assemblea all'art. 2, stabilendo che "*Le assemblee, che riguardano la generalità dei dipendenti e gruppi di essi, possono essere indette singolarmente o congiuntamente ... dai soggetti indicati nell'art. 10*". Andando a vedere l'art. 10, emerge come vengano indicati una serie di soggetti tra cui "*i componenti delle RSU*".

Le suddette previsioni non sono chiarissime, ma è possibile sostenere

che da tale testo emerga il diritto del singolo membro RSU ad indire assemblea retribuita, non essendoci nell'art. 10 il riferimento alla sola RSU.

Due, tuttavia, potrebbero essere gli ostacoli a tale tesi.

In primo luogo, come sostenuto da gran parte della dottrina, diversamente che nel privato la RSU del Pubblico Impiego viene ritenuta un organismo a funzionamento unitario. Si fa leva, in particolare, sulla previsione di cui all'art. 8, comma 1, dell'altro Accordo quadro del 7 agosto 1998, ovvero quello relativo alla costituzione delle RSU, dove si prevede che "*Le decisioni relative all'attività della RSU sono assunte a maggioranza dei componenti*". Un'espressione che sembra alludere ad un esercizio unitario anche delle prerogative sindacali quali il diritto di assemblea.

L'altro ostacolo, è rappresentato dalla contrattazione collettiva dei vari Comparti, la quale, tanto a livello nazionale, quanto a livello integrativo, spesso esclude espressamente il potere del singolo membro RSU di indire assemblea (ad esempio, nel Comparto Sanità).

Quest'ultimo ostacolo sembra forse quello più difficile da superare. Infatti, anche volendo sostenere che dall'Accordo Quadro derivi il diritto del singolo membro RSU ad indire assemblea retribuita, il contrasto con il CCNL di Comparto parrebbe risolvibile, sulla base di un criterio cronologico e di specialità, a favore del secondo. E ciò stante l'assenza, almeno nei rapporti tra Accordo Quadro e CCNL (diverso il discorso tra CCNL e Contratto Integrativo), di un espresso criterio di gerarchia tra i diversi livelli di contrattazione ed il conseguente doveroso ricorso ai due criteri ricordati (cronologico e di specialità) propri dei rapporti tra fonti dello stesso livello.

ANCORA LA CASSAZIONE SUL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE POST FORNERO

GIOVANNI CALVELLINI

Una recente sentenza della Corte di Cassazione ci porta a prendere nuovamente in mano il tema del licenziamento disciplinare illegittimo e delle sue conseguenze sanzionatorie a seguito dell'entrata in vigore della c.d. Legge Monti-Fornero (legge n. 92/2012). In un precedente numero di quest'anno (Bollettino *Diritti & lavoro*, n. 5/2014, al quale si rimanda per un approfondimento), avevamo, infatti, già affrontato la questione, dando conto dell'orientamento maggioritario tra i giudici di merito che interpreta la dizione "insussistenza del fatto contestato" di cui al nuovo art. 18 comma 4 Stat.lav. come riferito al *fatto* nella sua dimensione giuridica, e dunque comprensivo non solo della sua componente oggettiva (cioè la sua esistenza materiale nella realtà), ma anche della sua portata inadempiente e della sua dimensione soggettiva (ovvero della sua imputabilità al lavoratore); inoltre, sempre secondo questa opzione interpretativa, la *sussistenza del fatto* deve essere valutata secondo un criterio di indefettibile proporzionalità tra addebito e sanzione.

Un esempio rende assai meno astratta la soluzione del problema interpretativo dell'espressione "*fatto insussistente*": se un datore contesta a un dipendente di aver "starnutito" e perciò lo licenzia, è evidente che, per sottrarsi alla reintegra, non potrà solo dimostrare che in effetti, materialmente, il dipendente starnutì. Dovrà provare invece che lo starnuto sia gravemente inadempiente al rapporto e che il lavoratore lo abbia fatto consapevolmente.

In sostanza, con l'esempio paradossale, si vuol rendere evidente che la mera esistenza, in sé, del fatto materiale, avulsa dalle qualificazioni giuridiche che lo rendono rilevante in termini di inadempimento imputabile, non ha alcun senso.

In forza di questo orientamento (sostenuto anche dalla dottrina largamente maggioritaria), il lavoratore licenziato per giusta causa (o giustificato motivo soggettivo) avrebbe accesso alla tutela reintegratoria attenuata del comma 4 dell'art. 18 Stat.lav. (reintegra e indennità onnicomprensiva fino ad un massimo di dodici mensilità) tanto nell'ipotesi in cui il fatto contestato non si sia mai verificato nella realtà, quanto in quella in cui esso non sia imputabile al lavoratore, quanto – infine – nel caso in cui il fatto non abbia una gravità tale da giustificare in astratto il provvedimento espulsivo (Trib. Bologna 15 ottobre 2012; Trib. Milano 28 gennaio 2013; Trib. Ravenna 18 marzo 2013; Trib. Prato 6 maggio 2014). Fuori da queste ipotesi (e da quella in cui per il fatto contestato il codice disciplinare stabilisce espressamente una sanzione conservativa), il licenziamento illegittimo sarebbe sanzionato con la sola indennità risarcitoria dell'art. 18 comma 5 Stat.lav.

La sentenza 6 novembre 2014, n. 23669 della Suprema Corte sembra – ad una prima lettura – mettere in dubbio gli approdi cui è giunta tale giurisprudenza. In un passaggio della pronuncia si legge, infatti, che, ai fini del riconoscimento della tutela reintegratoria in alternativa a quella indennitaria, occorre operare una netta distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione giuridica come giusta causa o giustificato motivo: "*la reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato*".

Secondo quanto si è appena riportato, per l'applicazione della tutela reintegratoria, parrebbe preclusa al giudice sia una valutazione della componente soggettiva del fatto contestato, sia l'accertamento della riconducibilità – sotto il profilo della proporzionalità – dello stesso fatto entro gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo. In poche parole, secondo questa ricostruzione, se il fatto posto a base del licenziamento si è verificato (qualunque sia la sua gravità, ma anche, a rigore a prescindere dall'essere inadempiente al contratto o se solo dovuto a caso fortuito, tipo lo "starnuto"), è esclusa la tutela reintegratoria a priori e il lavoratore potrebbe sperare nella sola tutela indennitaria dell'art. 18 comma 5 Stat.lav.

Se ci soffermassimo alla lettura della sola massima, potremmo ritenere che la Cassazione – con la sentenza in parola – abbia accolto quella giurisprudenza del Tribunale di Milano, secondo cui, una volta accertata la sussistenza dei fatti "*nella loro materialità*" posti a base del licenziamento, e ritenutane invece la non proporzionalità a giustificare il licenziamento, la conseguenza deve essere la condanna del datore alla corresponsione dell'indennità risarcitoria e non alla reintegrazione (Trib. Milano 20 novembre 2012 e Trib. Milano. 28 dicembre 2012). In queste pronunce i Giudici sembrano aver mantenuto separate le due fasi dell'accertamento dell'esistenza materiale del fatto addotto dal datore di lavoro e della valutazione della relativa gravità e configurabilità, dunque, come giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

La portata delle parole della Suprema Corte va però ridimensionata.

Il caso portato all'attenzione della Corte riguardava il

licenziamento di un direttore di banca, al quale erano state contestate condotte consistenti nell'incaricare abitualmente i dipendenti della filiale di fare la spesa per lui durante l'orario di lavoro e di timbrare l'entrata in servizio a nome dello stesso. La contestazione riguardava, quindi, non singoli e determinati episodi o fatti, ma – come aveva avuto cura di precisare la Corte d'Appello di Venezia nella sentenza impugnata (App. Venezia, 19 dicembre 2013, n. 817) – *“un modus operandi del direttore della filiale che era inaccettabile, in quanto espressione di un atteggiamento perdurante e attuale di grave scorrettezza e inadempienza nella gestione dell'ufficio”*. L'istruttoria svolta nei precedenti gradi del giudizio, accertato che certi episodi e fatti si erano verificati, aveva tuttavia escluso che il dipendente avesse posto in essere delle vere condotte come contestate, ossia con riferimento ai connotati dell'abitualità.

La Cassazione, nel confermare la decisione della Corte territoriale (che aveva disposto la reintegra del direttore ai sensi dell'art. 18 comma 4 Stat.lav.), concorda con l'impostazione di quest'ultima, secondo la quale solo l'abitualità delle condotte contestate avrebbe attribuito al fatto del lavoratore una gravità tale da far ritenere proporzionato il provvedimento espulsivo. La mancata prova (non di singoli fatti, ma) dell'abitualità contestata ha fatto sì che le singole condotte occasionali fossero ritenute inadeguate a giustificare l'irrogazione della massima sanzione disciplinare.

Nel caso di specie, quindi, sebbene fosse stata raggiunta la prova dell'effettiva verifica del fatto materiale (alcuni episodi erano stati provati), la Cassazione ha ritenuto opportuno operare una qualificazione giuridica dello stesso, ammettendo che, ai fini della decisione sulla tutela da applicare, si dovessero valutare anche elementi ulteriori quali – per l'appunto – la proporzionalità della sanzione irrogata. Così decidendo, la Suprema Corte ha insomma contraddetto l'affermazione sopra riportata, adottando la c.d. teoria del fatto giuridico come *ratio decidendi*.

E d'altronde, il recepimento dell'orientamento secondo il quale è sufficiente l'esistenza nella realtà del fatto materiale contestato per escludere la tutela reintegratoria metterebbe di fatto nelle mani del datore di lavoro la facoltà di scegliere tra tutela reale e tutela obbligatoria (e non vi è dubbio che l'opzione preferita sarebbe quest'ultima); l'esempio già fatto fa capire che sarebbe sufficiente intimare il licenziamento per un qualsiasi fatto (realmente avvenuto, ma) di minimo o di nessun rilievo disciplinare (e non espressamente sanzionato dal codice disciplinare) per “liberarsi” del lavoratore dovendo sopportare le sole sanzioni economiche dell'art. 18 comma 5 Stat.lav.

La Cassazione stessa è – oramai da tempo – piuttosto chiara nello stabilire che, anche in tema di tutela contro il licenziamento, così come – sulla base dell'art. 2058 cod.civ. – nell'ambito generale del diritto privato, la *“tesi, che considera la tutela per equivalente del diritto soggettivo come la regola e la tutela specifica come l'eccezione, non può essere condivisa”*. Infatti, *“l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione [...] costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto*

all'art. 24 Cost.”; e *“questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro”* (Cass, SU, 10 gennaio 2006, n. 141). Ciò comporta che un'interpretazione costituzionalmente orientata impone che la scelta tra tutela reale e obbligatoria non possa essere rimessa – per via ermeneutica – alla libera volontà della parte che commette l'illecito, ossia del datore di lavoro.

Peraltro, appare decisiva la circostanza che la Banca datrice di lavoro, in uno dei motivi del ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'appello di Venezia (che la condannava alla reintegra), lamentava la violazione e falsa applicazione dell'art. 18 commi 4 e 5 Stat.lav., in quanto queste disposizioni avrebbero consentito – a suo dire – *“la reintegra solo in presenza della insussistenza totale ed assoluta del fatto contestato, e non già (come nel caso di specie) in ipotesi di sussistenza quantomeno parziale [...] del medesimo”* (si ricordi che alcuni episodi erano stati provati). In altre parole, la difesa datoriale proponeva – per l'appunto – alla Suprema Corte di accogliere la teoria del fatto materiale e, quindi, sulla base di questa, di escludere la reintegra in favore della tutela meramente indennitaria. Se quindi la Cassazione avesse ritenuto di dover far propria detta teoria avrebbe dovuto accogliere questo motivo di ricorso; invece il Collegio non ha avuto alcun dubbio nel ritenerlo infondato e nel reputare quindi applicabile il regime del comma 4.

Insomma, le parole (sopra riportate) della Cassazione che sembrano accreditare l'accoglimento della teoria del fatto materiale sono ambigue, soprattutto perché – come detto – lo stesso Supremo Collegio ha poi deciso il caso di specie proprio adottando la teoria opposta, ovvero quella del fatto giuridico. Questo non vuol dire che quelle parole non avranno una ricaduta pratica: le difese datoriali le cavalcheranno e in non pochi casi i giudici potrebbero farle proprie. Proprio per questo, considerato che quella in commento è una delle prime decisioni della Cassazione sulla nuova disciplina del licenziamento disciplinare introdotta dalla Legge Monti-Fornero, sarebbe opportuno che prima possibile la Suprema Corte chiarisse in modo netto e definitivo cosa debba intendersi per *“insussistenza del fatto”* ai sensi dell'art. 18 comma 4 Stat.lav.

Va detto che questa decisione della Cassazione è il frutto del “pasticcio” creato con il nuovo art. 18 Stat. lav. dalla legge Monti-Fornero. La versione finale del c.d. Jobs Act intenderebbe proprio evitare che si creino dubbi interpretativi di questo tipo nella determinazione delle conseguenze del licenziamento disciplinare ingiustificato: si delega infatti il Governo, per le nuove assunzioni, a limitare *“il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato [...]”* (“nuovo” art. comma 7 lett. c)); ovvero a prevedere una precisa casistica in cui il licenziamento disciplinare illegittimo potrà dar luogo alla reintegra. Non è chiaro come ciò sarà realizzato; la topa rischia comunque di essere peggiore del buco, essendo figlia dell'illusoria idea che sia possibile impedire al giudice di interpretare le fattispecie di legge adattandole agli infiniti fatti materiali oggetto di controversie.