

# **DIRITTI & LAVORO**

## **FLASH**

idee e strumenti per il sindacato

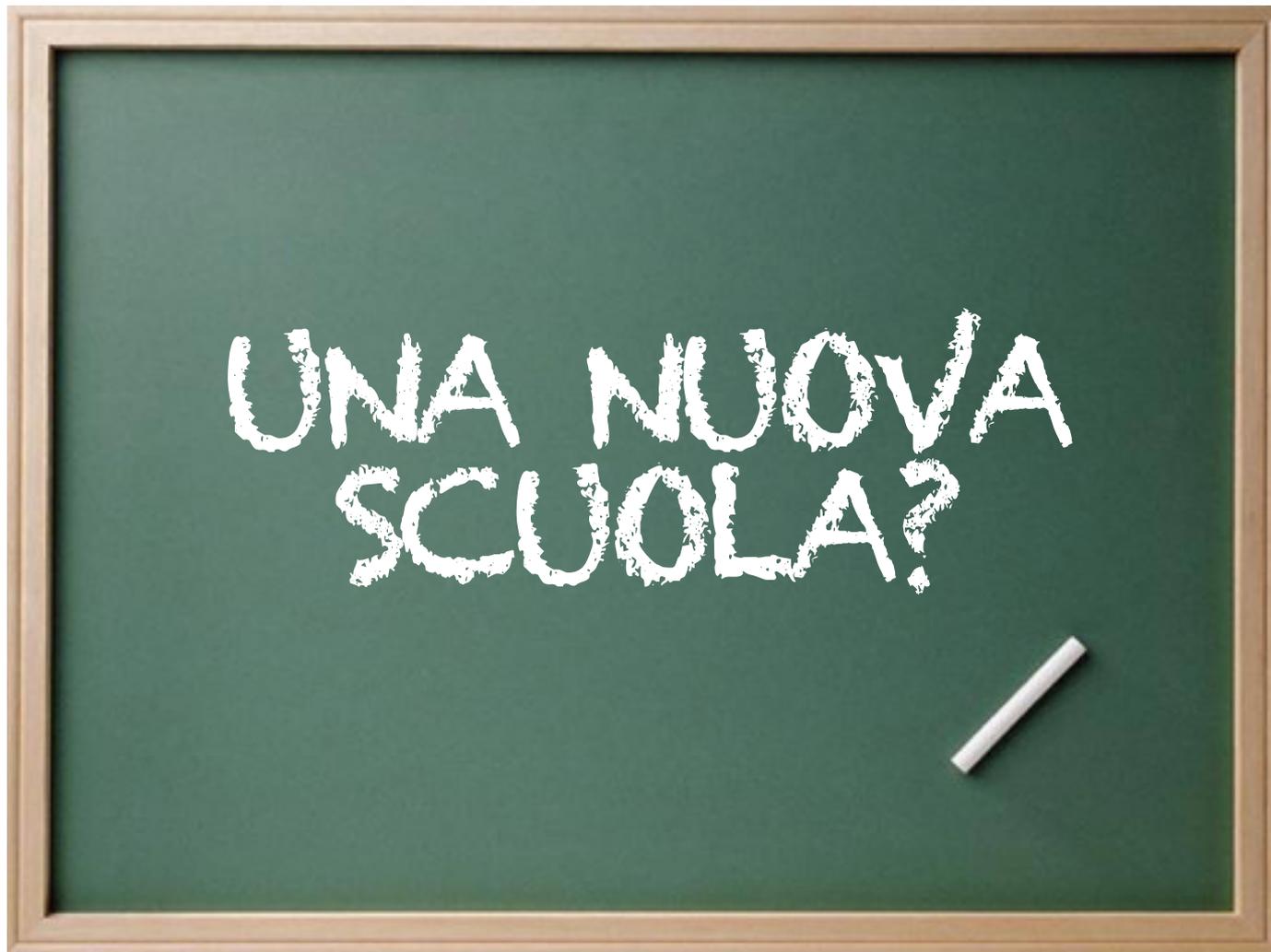
Direttore scientifico: Prof. Giovanni Orlandini

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



**PIU' DEL PIANO SCUOLA  
DEL GOVERNO PUO' LA CORTE  
DI GIUSTIZIA. UNA SENTENZA  
CHE POTREBBE ESSERE  
STORICA**

**INOLTRE**

**TFS E TFR NEL PUBBLICO IMPIEGO**

**L'ATTESA DEL DECRETO DELEGATO DEL JOBS ACT**

**LE MISURE SUL LAVORO NELLA LEGGE DI STABILITA'**

**DIRIGENTI E LICENZIAMENTO COLLETTIVO**

**PERICOLO PER LA RESPONSABILITA' SOLIDALE NEGLI APPALTI**

**CONTRATTI A TERMINE E CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITA'**

ANDREA RANFAGNI

# PUBBLICO IMPIEGO. VIA LIBERA DELLA CONSULTA AL RIPRISTINO DEL TFS PER GLI ASSUNTI PRIMA DEL 2001

Con la Sentenza n. 244 del 28 ottobre 2014, la Corte Costituzionale è tornata a pronunciarsi sul TFS quale forma di “liquidazione” valevole nel pubblico impiego per i lavoratori assunti prima del 1° gennaio 2001.

La Consulta ha dichiarato la legittimità costituzionale dell’art. 1, commi 98 e 99, l. n. 228/2012 (Legge di Stabilità 2013), mediante i quali, a seguito della Sentenza della medesima Corte n. 223/2012, è stato ripristinato detto regime, disponendo la cessazione dei procedimenti in corso, il venir meno degli effetti delle sentenze già emesse ma non passate in giudicato, la riliquidazione dei TFS.

Come noto, in punto di trattamento erogato in occasione della fine del rapporto di lavoro pubblico, sussiste ad oggi un doppio regime: quello valevole per coloro assunti non oltre il 31 dicembre 2000; quello per chi è stato assunto dal 1° gennaio 2001. Per i primi vale il meccanismo del cosiddetto Trattamento di Fine Servizio (TFS), calcolato moltiplicando 1/12 della cosiddetta base contributiva – rappresentata, a sua volta, dall’80% dell’ultima retribuzione percepita – per il numero di anni di servizio prestati dal dipendente. I secondi, invece, sono soggetti al regime di TFR previsto e disciplinato dall’art. 2120 cc, quantificato mediante l’accontamento di una quota annua, a sua volta calcolata dividendo per 13,5 la retribuzione annualmente percepita.

Per i lavoratori rientranti nel regime di TFS, è previsto, quale forma di finanziamento del medesimo, un contributo del 9,60% sull’80% della retribuzione lorda a carico dell’Amministrazione di appartenenza, con diritto, della stessa, di rivalersi mensilmente sul dipendente del 2,5% di

tale importo (80% della retribuzione lorda).

Con il d.l. n. 78/2010, nell’ottica di risanamento dei conti pubblici, era stata estesa la disciplina del TFR anche a coloro assunti prima del 1 gennaio 2001. Tuttavia, nel fare ciò era stato mantenuto il prelievo mensile del 2,5% sull’80% della retribuzione lorda.

L’irragionevolezza del mantenimento di questo prelievo, nonostante il passaggio ad un regime di TFR, aveva indotto molti dipendenti ad impugnare detta previsione, contestandone la legittimità costituzionale e chiedendo la restituzione delle somme nel frattempo trattenute.

Puntualmente e correttamente, la Corte Costituzionale, con la Sentenza n. 223/2012, ha dichiarato l’illegittimità costituzionale della disposizione in questione. Il mantenimento del prelievo del 2,5%, infatti, introduceva una disparità di trattamento rispetto al settore privato, quindi a coloro soggetti al regime di TFR (che non subiscono il prelievo), con conseguente violazione del principio di uguaglianza ex art. 3, Costituzione, oltre che una riduzione dell’accantonamento annuale della quota TFR (evidentemente “toccata” dalla rivalsa) irragionevole perché non collegata con la quantità e qualità del lavoro prestato, con violazione così anche dell’art. 36, Costituzione (diritto alla giusta retribuzione).

Gli effetti di tale decisione sarebbero stati che le PA avrebbero dovuto cessare il prelievo mensile del 2,5%, restituendo, a tutti i lavoratori assunti non oltre il 31 dicembre 2000 e passati al regime di TFR, le somme nel frattempo trattenute, con sconfitta, altresì, delle stesse PA nei procedimenti in corso e probabile condanna delle stesse alle spese legali.

Evidente che gli effetti economici sarebbero stati preoccupanti ed avrebbero pregiudicato i risparmi conseguiti con il passaggio di tutti i dipendenti pubblici al TFR.

In questi termini pare spiegarsi l’intervento contenuto nella Legge di Stabilità del 2013, mediante il quale, come detto, si è ripristinata la situazione esistente prima del d.l. n. 78/2010: coloro assunti prima del 31 dicembre 2000 sono tornati in regime di TFS e il prelievo mensile del 2,5% è rimasto.

Il ritorno al passato è stato poi accompagnato da previsioni di “contenimento”: i procedimenti in corso sono stati dichiarati estinti, con compensazione delle spese legali e venir meno degli effetti delle sentenze non passate in giudicato. Coloro che avevano agito in giudizio, sobbarcandosi i consueti costi per l’introduzione della causa, si sono visti privati, nonostante una vittoria di fatto, di qualsiasi forma di ristoro.

La decisione oggi in commento si è occupata, come detto, della legittimità costituzionale di tali ultime previsioni.

Ad avviso del giudice remittente (Tribunale di Reggio Emilia), infatti, il ripristino del regime del TFS per i dipendenti assunti non oltre il 31 dicembre 2000 avrebbe introdotto, in primo luogo, una disparità di trattamento tra costoro (per i quali continua/riprende a essere applicato un prelievo del 2,5% sull’80% della retribuzione) e i dipendenti privati (per i quali non è previsto nessun prelievo a titolo previdenziale); nonché rispetto a coloro assunti dal 1 gennaio 2001 soggetti al regime di TFR. Lo stesso prelievo mensile del 2,5% sull’80% della retribuzione lorda sarebbe irragionevole perché non collegato con la qualità e quantità del lavoro prestato.

Su questi profili, la Consulta si è espressa nel senso della loro piena legittimità. Il TFS, infatti, come evidenziato già nella Sentenza n. 223/2012, è un trattamento migliore rispetto al TFR ed è quindi tale da giustificare un contributo del lavoratore nella misura del 2,5%. Non sussiste così, ad avviso della Corte, alcuna irragionevolezza della previsione sul punto, né disparità rispetto al settore privato, dove vi è il TFR, quale trattamento peggiore che giustificerebbe il non contributo del lavoratore.

Quanto al doppio regime TFS/TFR esistente nel pubblico, esso sarebbe la mera conseguenza del passaggio del rapporto di lavoro presso le PA da un regime di diritto pubblico ad un regime di diritto privato e della gradualità che, con specifico riguardo agli istituti in questione, il legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha ritenuto di imprimervi.

Del pari infondate, poi, sono state ritenute le doglianze relative alle previsioni sui giudizi in corso.

Richiamando propri precedenti, la Consulta ha ritenuto non sussistere alcuna interferenza del potere legislativo sulla funzione giudiziaria, oltre che alcuna lesione del diritto dei singoli di adire l'autorità giudiziaria per la tutela dei propri diritti. Elemento decisivo in tal senso sarebbe stato l'aver il legislatore di fatto risolto la controversia in senso favorevole a coloro che hanno agito in giudizio, senza pregiudizio così al loro diritto tutelato dall'art. 24, Costituzione.

Analogamente, non ci sarebbe stata disparità di trattamento tra coloro che le cause le hanno vinte con sentenza passata in giudicato e coloro che invece quest'ultimo tipo di decisione non l'hanno avuta.

Osserva correttamente la Consulta come una diversa soluzione – nel senso di dichiarare cessati anche gli effetti di sentenze definitive – sarebbe ostacolata dal principio dell'intangibilità del giudicato.

Nessuna pronuncia, causa vizi procedurali rilevati, vi è stata

invece circa la previsione sulla compensazione delle spese, rispetto alla quale, forse, risiedevano le maggiori criticità.

La decisione della Consulta pone dunque fine al contenzioso nato con riguardo alle previsioni del d.l. n. 78/2010.

Potrebbe, tuttavia, aprirne un altro. Secondo alcuni, infatti, se come sostiene la Consulta il prelievo del 2,5% sull'80% della retribuzione lorda mensile per coloro soggetti al TFS è giustificato da un migliore trattamento che garantirebbe tale sistema rispetto al TFR, allora non si spiegherebbe perché anche i dipendenti pubblici assunti dal 1° gennaio 2001, siano soggetti ad una decurtazione retributiva del 2,5% nella busta paga mensile.

Quest'ultima è stata prevista dall'art. 1, comma 3, DPCM 20.12.1999, oltre che dall'art. 6, Accordo ARAN – Confederazioni sindacali del 29 luglio 1999, nel disciplinare il passaggio di una parte di dipendenti pubblici al regime di TFR. Essa è qualificata non come contributo obbligatorio per finanziamento TFS, bensì come riduzione della retribuzione lorda mensile al fine di garantire la parità di trattamento retributivo tra dipendenti pubblici.

E' stato altresì previsto che detta riduzione non venga calcolata ai fini dell'accantonamento della quota annua utile per la quantificazione del TFR, né ai fini delle prestazioni previdenziali.

L'accantonamento annuale (utile per il TFR), quindi, non subirebbe alcuna riduzione ed, in tal senso, non parrebbe così sussistere alcuna disparità rispetto al settore privato. Resterebbe, tuttavia, tale riduzione non "giustificata" da un sistema di "liquidazione" più favorevole, di cui invece godono coloro assunti prima del 2001, bensì solo da un'esigenza di parità di retribuzione.

Vedremo tra le due esigenze, evidentemente contrastanti, quale sarà ritenuta prevalente ed in tal senso si attendono sviluppi giurisprudenziali.

## LA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA SUI LIMITI ALLE ASSUNZIONI

Con la Sentenza del 13 novembre 2014, resa nella controversia C-416/13, la Corte di Giustizia UE ha affermato che una normativa nazionale che neghi l'accesso ad un'attività lavorativa per il solo fatto di aver compiuto una certa età è contraria al diritto antidiscriminatorio.

La decisione ha riguardato una legge della Comunità autonoma delle Asturie (Spagna), che inibiva l'accesso alle funzioni di polizia municipale a coloro che avessero compiuto più di 30 anni.

Pur ritenendo che, in conformità alla direttiva comunitaria in materia (n. 2000/78), il possesso di particolari capacità fisiche possa costituire un "requisito essenziale e determinante per lo svolgimento dell'attività lavorativa" in questione (in tal senso si giustificava la Comunità delle Asturie) e che il correlato fine perseguito di assicurare il carattere operativo e il buon funzionamento dei servizi di polizia costituisca finalità legittima, ha ritenuto "sproporzionato" il requisito dell'età fissato. E ciò in quanto, alla luce delle indagini condotte circa l'attività lavorativa, esso è risultato non giustificato dalle particolari capacità fisiche richieste, le quali possono essere possedute anche da chi ha un'età superiore a 30 anni.

Il giudice europeo, quindi, adotta una rigorosa interpretazione della direttiva comunitaria sulla parità di trattamento nelle condizioni di lavoro, ribadendo come eccezioni al divieto di discriminazione siano ammesse solo se lo richiede la particolare attività lavorativa svolta, se si perseguono finalità "legittime" e il requisito imposto (tale da tradursi in astratta discriminazione) sia proporzionato al perseguimento delle medesime finalità (art. 4, paragrafo 1, Direttiva UE 2000/78)

# SCUOLA, LA FINE DEI PRECARI?

ISETTA BARSANTI MAUCERI

In data 26.11.2014, i giudici della Corte di Giustizia di Lussemburgo hanno dato lettura del dispositivo della sentenza relativa alle cause sul precariato scolastico (causa C-22/13, Mascolo + altri contro il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca), affermando che *“la clausola 5, punto 1, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale [...] che autorizzi, in attesa dell'espletamento delle procedure concorsuali per l'assunzione di personale di ruolo delle scuole statali, il rinnovo di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza indicare tempi certi per l'espletamento di dette procedure concorsuali ed escludendo qualsiasi possibilità, per tali docenti e detto personale, di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa di un siffatto rinnovo. Risulta, infatti, che tale normativa non consente di definire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un' esigenza reale e non prevede nessun'altra misura diretta a prevenire e a sanzionare il ricorso abusivo ad una successione di contratti di lavoro a tempo determinato”*.

Secondo l'interpretazione del diritto operata dalla Corte di Giustizia, quindi, l'art. 4, l. n. 124/1999 collide con l'ordinamento UE. Altrettanto dicasi per gli artt. 399 e 401, d. lgs. n. 297/94 che prevedono la stipula di contratti a tempo determinato sui posti vacanti e disponibili in organico.

Un breve riassunto della vicenda del precariato scolastico, consentirà di comprendere la portata della decisione di cui si parla. Doveroso è un passo indietro, fino al settembre del 2011, quando, il Dott. Cammarosano, Giudice del Lavoro del Tribunale di Siena, per primo riconobbe, anche per il personale scolastico, il diritto alla stabilizzazione in forza della dichiarazione dei ripetuti contratti a termine, stipulati per soddisfare bisogni primari dell'Amministrazione scolastica ed in forza della L. 124/99. A seguito di detta pronuncia e delle successive del Tribunale di Siena, si sviluppò su tutto il territorio nazionale un enorme contenzioso che riguardò il personale scolastico, docente ed ATA.

A detto contenzioso il Governo dell'epoca rispose con tre mosse: 1) l'approvazione della L. 183/10 ed introduzione del regime delle decadenze per l'impugnativa dei contratti a termine; 2) l'imposizione del Contributo Unificato per le vertenze giudiziarie in materia di lavoro; 3) L'introduzione dell'art. 9 del DL 70 che al comma 18, espressamente recita: *“All'articolo 10 del decreto*

*legislativo 6 settembre 2001, n. 368, dopo il comma 4 e' aggiunto il seguente: "4-bis. Stante quanto stabilito dalle disposizioni di cui alla legge 3 maggio 1999, n. 124, sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA, considerata la necessità di garantire la costante erogazione del servizio scolastico ed educativo anche in caso di assenza temporanea del personale docente ed ATA con rapporto di lavoro a tempo indeterminato ed anche determinato. In ogni caso non si applica l'articolo 5, comma 4-bis, del presente decreto.”*

La vertenza, tuttavia, è andata avanti ed i lavoratori precari della scuola hanno fatto valere le proprie ragioni in più sedi giudiziarie con alterni esiti giurisprudenziali.

Le domande che sono state proposte nelle conclusioni dei ricorsi riguardavano, per lo più, tre aspetti:

- 1) nullità del termine e riconoscimento del diritto alla conversione a tempo indeterminato
- 2) riconoscimento del diritto all'anzianità maturata nel periodo di servizio prestato a tempo determinato sia al livello giuridico che economico;
- 3) risarcimento del danno;

Mentre nel territorio nazionale si svolgevano le varie udienze, a Napoli era stato proposto un ricorso in favore di una collaboratrice scolastica precaria da anni. In detto giudizio sono intervenuti ad adjuvandum alcune Organizzazioni sindacali firmatarie del CCNL del 29 novembre 2007 per il periodo normativo 2006/2009, nonché dei successivi accordi e contratti nazionali del personale docente e Ata delle scuole pubbliche di ogni ordine e grado.

Il Tribunale di Napoli, con ordinanza del 15.01.2013 ha posto diverse questioni di pregiudizialità, tra cui, la più rilevante è stata questa:

*«1. Se il contesto normativo del settore scuola, [che consente una successione di contratti a tempo determinato, senza soluzione di continuità, con il medesimo docente per un numero indeterminato di volte, anche per soddisfare stabili esigenze di organico], costituisca misura equivalente ai sensi della clausola 5 della direttiva 1999/70/CE”*.

Nel frattempo alcuni giudici ordinari (Roma, Lamezia Terme e Trento) hanno sollevato, innanzi alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale, della normativa interna, e, quindi, della L. 124/99 – in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione - nonché alla clausola 5, punto 1, dell'accordo

quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE del Consiglio (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato). La Corte Costituzionale, con ordinanza n. 203/13, assolutamente straordinaria avuto riguardo ai consueti orientamenti giurisprudenziali, ha sospeso il procedimento rimettendo ai giudici di Lussemburgo la questione sulla compatibilità della normativa italiana con la direttiva comunitaria in tema di reiterazione dei contratti a termine ed in assenza di risarcimento del danno per i precari della scuola. Un'assoluta novità.

Mentre, quindi, nei Tribunali si svolgevano le udienze per la definizione dei giudizi interni, a Lussemburgo, innanzi alla CGUE pendevano due questioni pregiudiziali sul tema del precariato pubblico ed in particolare della scuola.

A Lussemburgo le cause sono state riunite. L'udienza di discussione si è tenuta il 27 marzo 2014. Dopo la discussione in pubblica udienza, è stata la volta dell'Avvocato Generale Szpunar che ha depositato le proprie conclusioni il 17 luglio 2014, lasciando aperti diverse questioni a favore dei lavoratori precari della scuola. In particolare secondo Szpunar, infatti, la modalità della reiterazione dei contratti a termine viene adottata da diversi anni *“senza definire criteri obiettivi e trasparenti che consentano di verificare se il rinnovo di tali contratti risponda effettivamente ad un'esigenza reale e sia di natura tale da raggiungere l'obiettivo perseguito e necessario a tal fine, e, dall'altra, non prevede alcuna misura per prevenire e sanzionare il ricorso abusivo alla successione di contratti di lavoro a tempo determinato nel settore scolastico”*. La conclusione per l'AG è quindi che il modello organizzativo di assegnazione reiterata di supplenze su posti vacanti e disponibili al ruolo *“non può essere considerata come giustificata da ragioni obiettive ai sensi della clausola 5, punto 1, lettera a), dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato”*. Szpunar sottolinea che è *“ai giudici del rinvio, tenuto conto delle considerazioni che precedono, che spetterà valutare se ricorrano tali circostanze nell'ambito dei procedimenti principali”*.

Il 26 novembre 2014, finalmente, la III sezione nella persona del Suo Presidente ha dato lettura della sentenza. La vittoria o meno della vertenza stava tutta in una parola: *“osta”* o *“non osta”*.

Ed ora che la Corte di Giustizia si è pronunciata che cosa potrà accadere? Questa è la domanda ricorrente non solo dei lavoratori direttamente interessati e coinvolti nella sentenza e di tutti coloro che all'epoca dell'avvio della vertenza non avevano ancora raggiunto i requisiti per potervi partecipare, ma anche degli stessi operatori del diritto.

Alcuni ritengono, infatti che, fermo restando l'entrata in vigore, successivamente all'avvio della stessa vertenza, della norma che per la prima volta prevede il divieto di conversione nel comparto scuola (L. 167/2009 che introducendo il comma 14 bis, aggiunto all'art. 4 della legge 3 maggio 1999 n. 124, ha stabilito che: *“i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze previste dai commi 1, 2, 3.... non possono in alcun caso trasformarsi in rapporti di lavoro a tempo indeterminato”*) e dell'art. 9, comma 18 d.l. 13 maggio 2011 n. 70 conv. in legge 12 luglio 2011 n. 106, che ha introdotto all'art. 10 del decreto

legislativo 368/2001 il comma 4 bis a mente del quale *“ sono altresì esclusi dall'applicazione del presente decreto i contratti a tempo determinato stipulati per il conferimento delle supplenze del personale docente ed ATA”* ed in ogni caso *“non si applica l'art. 5, comma 4 bis, del presente decreto”*, non si possa che procedere con un nuovo rinvio alla Corte Costituzionale.

Un'altra scuola di pensiero ritiene, invece, che non sarebbe necessario procedere alla rimessione della questione alla Corte Costituzionale in quanto, in base ad un consolidato orientamento della Corte di Giustizia, la norma comunitaria prevale in caso di conflitto con la norma statale. In particolare, nella sentenza della Corte di Giustizia 9.3.1978 causa C 106/1977, Simmenthal, è stato precisato che *“qualsiasi giudice nazionale adito nell'ambito della sua competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti dalla legge interna, sia anteriore che successiva alla norma comunitaria”*. La capacità della giurisprudenza comunitaria di interagire e incidere sul diritto nazionale in termini di rafforzamento dei poteri del giudice interno per la maggiore tutela dei diritti sociali ed economici ha subito una progressiva accelerazione ed un sicuro rafforzamento a seguito dell'entrata in vigore dal 01 dicembre 2009 del Trattato di Lisbona, ora Trattato dell'Unione europea TUE. Sulla prevalenza del diritto comunitario si è espressa anche la Corte di Cassazione (SS.UU. 27619/2006) affermando che *“la corretta applicazione del diritto comunitario deve avvenire anche d'ufficio e anche per la prima volta in sede di legittimità, in forza del principio di effettività del diritto comunitario e del suo rango sovraordinato a quello nazionale, espressamente ribadito dal nuovo testo dell'art. 117, comma 1 Cost, il quale pone al legislatore nazionale un espresso vincolo di diritto comunitario”*.

Alla luce di quanto sopra, si può quindi ritenere che anche qualora i contratti di lavoro a tempo determinato siano posteriori al DL. 2011 conv. in legge 106/2011, si potrà chiedere al giudice, preliminarmente la conversione del rapporto di lavoro mediante diretta applicazione della direttiva comunitaria ed in via subordinata, qualora il giudice dovesse ritenere ostative alla richiesta di conversione del rapporto di lavoro le norme interne sopra richiamate, chiedere di rimetterle alla Corte Costituzionale per violazione degli artt. 3 e 117 comma 1 Cost., in riferimento alla clausola 5, punti 1 e 2, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato.

Non si può tuttavia ignorare che tali disposizioni di diritto dell'UE - secondo la lettura che ne dà la Corte di Giustizia - impongono allo Stato di adottare misure adeguate per sanzionare gli abusi, ma non di garantire necessariamente la trasformazione del rapporto determinato in tempo indeterminato. Ciò lascia aperta la possibilità di un intervento legislativo che -facendo salvo il principio del concorso pubblico - sani la situazione disponendo adeguati risarcimenti per i lavoratori.

La recente sentenza della Corte di Giustizia, ovviamente, è un passo importante in tema di riconoscimento dei diritti dei lavoratori precari ed è per questo che in questo senso può essere utilizzata anche a favore di lavoratori di altri comparti, fermo restando che poi anche a seguito di norme contrattuali che hanno disciplinato la materia, sarà opportuno valutare attentamente le singole specificità.

Dopo anni passati a discutere della falsa anomalia dell'art.18, forse ci siamo riusciti davvero a rendere l'ordinamento italiano una vera anomalia. Se la bozza di decreti approvati dal Consiglio dei Ministri la vigilia di Natale sarà trasformata in norme di legge, la disciplina del licenziamento del nostro paese diventerà un *unicum* senza termini di paragone tra le nazioni civili. In nessun paese al mondo infatti è il datore a poter decidere quale sanzione subire licenziando illegittimamente un proprio dipendente. Eppure proprio questo paradossale risultato è prodotto da una disciplina che esclude la possibilità di reintegro quando il giudice accerta "*che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa*", salvo concedere che la reintegra resti "*se è direttamente dimostrato in giudizio l'inesistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*". Simili disposizioni offrono una via maestra al datore che voglia liberarsi di un lavoratore violando la legge (cioè non avendo valide ragioni per farlo) senza il rischio di vedersi condannato a reintegrarlo: può addurre false esigenze economiche (una ristrutturazione che non c'è mai stata, una crisi inesistente) e se la caverà col versamento di qualche mensilità. Al licenziamento disciplinare avrà senso ricorrere solo se si dispone di prove certe circa gravissime inadempienze del lavoratore, tali da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo e quindi capaci di far evitare al datore anche la condanna all'indennizzo.

A che serve allora il mantenimento della reintegra per "*inesistenza del fatto materiale contestato*"? A nulla si potrebbe rispondere, se non fosse che la disposizione offre una rassicurazione al datore anche nel caso suddetto, ovvero di ricorso al licenziamento disciplinare nella convinzione che questo sia fondato. Basterà contestare, oltre al fatto principale (più grave) anche un altro fatto "materiale" (meno grave, o addirittura giuridicamente irrilevante, purchè "esistente") per essere sicuri comunque di evitare la reintegra anche qualora la giusta causa o il giustificato motivo non sia stato provato.

Questa sorta di licenziamento *à la carte* a disposizione di chi voglia eludere la legge (che resta quella del 1966), oltre ad urtare col comune buon senso, solleva enormi interrogativi e dubbi di tenuta sul piano sistematico, prima che su quello dei principi costituzionali e del diritto europeo ed internazionale. Dubbi che non hanno fino ad oggi sfiorato gli artefici della riforma, notoriamente orientati a considerare i giuristi dei fastidiosi quanto inutili azzecagarbugli. Il vizio di fondo sta nell'assurda idea -figlia della contorta norma partorita dalla riforma Fornero- di distinguere il regime sanzionatorio conseguente a due situazioni che si vogliono giuridicamente distinte quando invece sono nei fatti identiche: non c'è infatti alcuna differenza tra un licenziamento disciplinare illegittimo ed uno economico illegittimo, visto che in entrambi i casi il lavoratore è licenziato in assenza di ragioni che lo giustificano. Proprio per questo non pare davvero plausibile

che la legge possa precludere al giudice un accertamento anche sull'esistenza del "fatto materiale" posto a base del licenziamento economico, salvo produrre un corto circuito logico-giuridico. Ma se così è - nonostante l'inequivoca lettera della legge- si riaprono le porte per applicare la reintegra almeno nei casi in cui il fatto "economico" addotto dal datore risulti del tutto insussistente, dovendosi in tal caso il licenziamento qualificare come pretestuoso o in frode di legge. Come dire che andare "oltre" la legge Fornero e permettere al datore di fare come il proverbiale prete che battezzò pesce un pollo, non è consentito dai principi generali di un ordinamento giuridico (qualsiasi, non solo quello italiano...). Ciò non sminuisce la gravità del *vulnus* portata dalla riforma al diritto del lavoro italiano, ma segnala come la partita è evidentemente destinata a non chiudersi con l'approvazione del decreto.

D'altra parte il testo della bozza non manca di offrire spunti per alimentare il contenzioso giudiziario anche presso le giurisdizioni "superiori". Se approvato determinerà una babele di regole destinate ad applicarsi a lavoratori che svolgono la stessa attività nei medesimi luoghi di lavoro - con buona pace delle esigenze di certezza e trasparenza reclamate dalle imprese- e perciò tali da configurare disparità di trattamento difficili da giustificare. Di queste dovrà occuparsi la Corte costituzionale e (soprattutto) la Corte di giustizia, come noto assai poco disponibile ad accettare la discriminazione dei lavoratori fondate sull'età; tanto meno se queste si ripercuotono addirittura sulla disciplina dei licenziamenti collettivi, presidiata sin dagli anni settanta dalla direttiva 75/129 (oggi 98/59).

E' vero che le istituzioni europee hanno la loro dose di responsabilità nell'aver avallato i propositi di riforma del mercato del lavoro dell'attuale governo. Tuttavia una cosa è il contratto a tutele crescenti promosso a Bruxelles, altra è la sua caricatura varata a Roma. Il primo si configura come un contratto a tempo indeterminato nel quale le tutele "crescono" nei primi anni di impiego che precedono l'accesso alla tutela piena; il secondo è un contratto nel quale la tutela piena non arriva mai e nel quale gli indennizzi restano bassissimi ben oltre la prima fase di ingresso al lavoro.

In cambio di tutto ciò naturalmente non è previsto nessuno strumento universale di sostegno del reddito. Il secondo decreto in via di approvazione si limita a configurare un nuovo ammortizzatore (Dis-Coll) per i collaboratori coordinati e continuativi - figura contrattuale della quale si prospetta il superamento e comunque nei fatti già in via di estinzione - mentre niente spetta all'esercito di autonomi (veri o falsi) comunque iscritti alla IV gestione Inps. Ma questa non è certo una sorpresa, visto che per costruire un solido sistema di tutele per la disoccupazione servirebbero risorse che solo un cambio di paradigma delle politiche economiche europee e coraggiose scelte di redistribuzione del reddito potrebbero garantire.

# Stabilità precaria

TFR in busta, 80 euro e (ancora) la precarizzazione del lavoro a tempo indeterminato. Tutte le norme della Legge di Stabilità.

GIOVANNI CALVELLINI

Il 22 dicembre, con 307 voti favorevoli e 116 contrari, la Camera dei Deputati ha approvato in via definitiva la Legge di Stabilità 2015. Numerose sono le novità che la Manovra ha introdotto in materia di lavoro; novità che, combinate a quelle dello schema di decreto delegato (c.d. *Jobs Act*) approvato il 24 dicembre in Consiglio dei Ministri, hanno confezionato un bel “pacco di Natale” per i lavoratori del Belpaese.

A dire del Governo, obiettivo principale della Legge di Stabilità in tema di lavoro è quello di agevolare e incentivare l'occupazione giovanile. È inutile dire, però, che il risultato che ne esce è – ancora una volta – penalizzante proprio per i più giovani.

Nel merito, le misure previste dalla Legge di Stabilità in materia di lavoro riguardano l'ormai celebre *bonus* di 80 €, la facoltà di anticipo in busta paga del TFR, il regime dei contribuenti minimi e l'esonero contributivo per le assunzioni a tempo indeterminato.

Quanto agli 80 € per i lavoratori dipendenti (riconosciuto per il 2014 dal d.l. 66/2014), viene reso definitivo e cambiano le modalità tecniche con cui detta somma viene corrisposta: da *bonus* diventa infatti una detrazione in busta paga, applicata dal sostituto d'imposta; l'agevolazione è piena fino a 26mila € di reddito lordo annuo, e subisce una riduzione progressiva fino a 26mila €.

Viene introdotta la facoltà per i lavoratori dipendenti del settore privato di richiedere – dal 1° marzo 2015 al 30 giugno 2018 – l'anticipo del Trattamento di fine rapporto (TFR), in busta paga, con liquidazione maturata versata mensilmente. La misura si preoccupa di non gravare sui bilanci delle piccole e medie imprese (quelle con un numero di dipendenti inferiore a 50), che, anziché anticipare “di tasca propria” i relativi importi, potranno accedere ad un finanziamento bancario agevolato con le stesse condizioni della liquidazione a fine rapporto.

La relativa manifestazione di volontà del lavoratore è irrevocabile fino al 30 giugno 2018 e, all'atto della stessa, il lavoratore deve aver maturato almeno sei mesi di rapporto di lavoro presso il datore di lavoro.

Lo scopo della misura è chiaramente quello di indurre la percezione nel lavoratore di un aumento salariale (anche se così non è, perché – com'è noto – gli importi corrisposti sono semplicemente un anticipo di ciò che il lavoratore avrebbe percepito al termine del rapporto), a costo zero per le casse pubbliche (senza quindi ridurre il cuneo fiscale). Anzi, per l'erario si prospetta un bel guadagno dall'attuazione di questa misura, perché le quote di TFR anticipate al lavoratore sono considerate integrazioni della retribuzione e come tali assoggettate a tassazione ordinaria (e non a tassazione separata ai sensi degli artt. 17 e 19 TUIR, come accade per il TFR corrisposto a fine rapporto), con la conseguenza che detti importi aumenteranno la base imponibile, correndo il lavoratore il rischio così di superare lo scaglione di reddito e di vedersi applicata l'aliquota Irpef superiore.

Ma vi è di più, perché con l'anticipo della quota mensile di TFR si incrementa quel reddito annuo lordo che viene considerato ai fini del riconoscimento o meno della detrazione (fino ad oggi, *bonus*) di 80 €. La conseguenza rischia di essere allora che se, da un lato, il lavoratore potrà fruire mensilmente della quota di TFR (anziché attendere la fine del rapporto per vedersi liquidato l'intero importo accantonato), dall'altro, per effetto di questo anticipo, potrebbe perdere il diritto (che altrimenti avrebbe avuto) a vedersi riconosciute le detrazioni di 80 € a causa del superamento del limite di reddito di 26mila € annui lordi.

Il nuovo regime dei contribuenti minimi è, poi, una batosta per le giovani partite IVA che notoriamente sono i beneficiari di questa agevolazione. In particolare, la Manovra ha previsto dal 2015 un innalzamento dell'aliquota fiscale agevolata dal 5 al

15% e un diverso calcolo dell'imponibile, con tetti di reddito e coefficienti per categoria (commercianti fino a 40mila € all'anno di fatturato, professionisti solo fino a 15mila €). In altre parole, le agevolazioni di cui fino ad ora godevano le partite IVA che non avevano raggiunto una certa età o determinate soglie di fatturato vengono sensibilmente ridotte (addirittura, l'aliquota fiscale triplica). Inoltre, anche le soglie per il mantenimento del regime dei minimi si irrigidiscono: ad esempio, per i giovani professionisti detto regime potrà essere mantenuto solo se non viene superato il fatturato di 15mila € annui, mentre, fino ad ora, il tetto era di 30mila €.

Dopo l'esclusione dalla platea dei beneficiari degli 80 €, per i giovani professionisti, che hanno sempre più difficoltà ad avviare la propria attività in un mondo del lavoro (quello delle professioni) molto rigido e competitivo, un altro duro colpo da parte del Governo.

Infine, la novità più rilevante: la previsione dell'esonero contributivo per le assunzioni a tempo indeterminato (art. 1 commi da 118 a 121, Legge di Stabilità 2015), che è previsto vada ad assorbire – per le assunzioni con decorrenza 2015 – anche l'esonero contributivo per l'assunzione di lavoratori disoccupati e cassaintegrati di lunga durata (previsto dall'art. 8 comma 9, legge 407/1990).

Infatti, con riferimento alle assunzioni a tempo indeterminato, realizzate dal 1° gennaio 2015 ma non oltre il 31 dicembre 2015, è riconosciuto, per un periodo massimo di trentasei mesi, l'esonero dal versamento dei complessivi contributi previdenziali a carico dei datori di lavoro, con esclusione dei premi e contributi dovuti all'Inail. È previsto tuttavia un massimale pari a 8.060 € su base annua.

I soggetti la cui assunzione consente di usufruire di detto esonero sono tutti i lavoratori che nei sei mesi precedenti non siano risultati occupati a tempo indeterminato presso qualsiasi datore di lavoro. Può beneficiare dell'esonero pertanto anche il datore che assume a tempo indeterminato un lavoratore che, nei precedenti sei mesi, aveva prestato opera di lavoro subordinato (alle dipendenze di qualsiasi datore) in virtù – ad esempio – di un contratto di lavoro a termine (la norma è infatti chiara nel limitare l'esonero ai soli casi di precedenti contratti a tempo indeterminato).

È necessario tuttavia che lo stesso lavoratore non sia stato già assunto con l'analogo incentivo da parte di altri datori di lavoro. Detto altrimenti, in relazione a ciascun lavoratore l'esonero non è ammesso per più di una volta: il prestatore assunto a tempo indeterminato da una certa impresa e poi licenziato, non potrà portare nuovamente con sé la "dote" dell'esonero per una seconda assunzione a tempo indeterminato. Di conseguenza, lo stesso si dovrà mettere in cerca di occupazione, in "competizione" con migliaia di altri lavoratori che potrebbero essere assunti con l'esonero contributivo: di fatto, il lavoratore licenziato si ritroverà ai margini del mercato del lavoro, scartato dalle imprese perché privo di "dote".

È evidente che un siffatto regime di decontribuzione può reggere soltanto se il rapporto di lavoro è caratterizzato da una

certa stabilità e, quindi, se sono previste rigide sanzioni contro il licenziamento illegittimo.

La disciplina dell'esonero contributivo dà vita perciò ad un vero e proprio meccanismo perverso se si combina con quanto previsto dallo schema di decreto delegato (c.d. *Jobs Act*) uscito dal Consiglio dei Ministri del 24 dicembre. In base a questo, infatti, licenziare è molto più facile e la mancata previsione di limiti alla fruizione dell'esonero contributivo previsto dalla Legge di Stabilità a favore del datore, induce a pensare che, più che "a promuovere forme di occupazione stabile" (come recita l'incipit dell'art. 1 comma 118, Legge di Stabilità), il meccanismo descritto sia diretto a consentire alle imprese un continuo ricambio di manodopera più conveniente delle assunzioni a termine. Un *turn over* continuo che rende precario il lavoro a tempo indeterminato. Con buona pace dei giovani che sognavano un mutuo per acquistare casa.

## INFORTUNIO IN ITINERARE E INDENNIZZO

Con la sentenza n. 22154 del 20 ottobre la Cassazione conferma il proprio orientamento rigoroso in merito all'indennizzabilità dell'infortunio *in itinere* subito dal lavoratore nel percorrere con mezzo proprio il tragitto dall'abitazione al luogo di lavoro. L'indennizzo è infatti legittimamente escluso dall'INAIL se non sussiste la necessità dell' "uso del veicolo privato, adoperato dal lavoratore, per il collegamento tra abitazione e luogo di lavoro, considerati i suoi orari di lavoro e quelli dei pubblici servizi di trasporto". Ciò deriva dai generali principi in materia di assicurazione per gli infortuni sul lavoro, per i quali l'indennizzo non è riconosciuto qualora l'evento sia provocato da comportamenti del lavoratori che aggravano i rischi funzionalmente connessi con lo svolgimento dell'attività lavorativa (c.d. rischio elettivo). Per questo motivo, osservano i giudici di legittimità "l'uso del mezzo proprio, con l'assunzione degli ingenti rischi connessi alla circolazione stradale, deve essere valutato con adeguato rigore, tenuto conto che il mezzo di trasporto pubblico costituisce lo strumento normale per la mobilità delle persone e comporta il grado minimo di esposizione al rischio di incidenti".

Nel caso all'origine della sentenza il lavoratore che aveva subito un incidente aveva utilizzato la propria autovettura pur distando il luogo di lavoro 900 metri dalla sua abitazione e nonostante la presenza di un servizio di trasporto pubblico; il che, a giudizio della Corte, rende duplicemente ingiustificata la scelta di utilizzare il proprio mezzo. Non solo infatti l'orario delle corse a disposizione, seppur non agevole (o quasi un'ora prima dell'orario di ingresso al lavoro, o pochi minuti precedenti lo stesso), consentiva l'utilizzo del servizio pubblico; ma la breve distanza, considerando l'età e lo stato di salute del lavoratore, avrebbe potuto essere percorsa anche a piedi.

La sentenza si è basata sulla consolidata interpretazione dell'art. 2 DPR 1124/1965 (applicabile *ratione temporis* al caso in esame), ma i principi enunciati sono applicabili anche all'art. 12, d.lgs. 23 febbraio 2000, a norma del quale la garanzia assicurativa dell'INAIL "opera anche nel caso di utilizzo del mezzo di trasporto privato, purché necessitato".

## Licenziamenti collettivi dei dirigenti: novità dalla Legge europea.

**ADELE PASQUINI**

Ogni anno il Parlamento italiano approva la c.d. legge Europea, principale strumento di adeguamento della normativa nazionale a quella europea. Il legislatore italiano, infatti, è tenuto annualmente a intervenire su materie di diverso contenuto per ovviare a sentenze di condanna della Corte Europea di Giustizia che, se non ottemperate, portano a pesanti procedure di infrazione con forti riflessi sanzionatori per il Paese. Lo scorso 10 novembre è stata così pubblicata in Gazzetta Ufficiale la ‘Legge europea 2013 bis’ (legge n. 261/2014), che ha apportato alcune modifiche anche alla normativa sul lavoro. In particolare, ha introdotto alcune variazioni al d.lgs. 81/2008 (art. 13); inserito nuove disposizioni sull’orario di lavoro del personale delle aree dirigenziali e del ruolo sanitario del Servizio Sanitario Nazionale (art. 14), nonché alcune precisazioni in ordine alla salute e sicurezza per il lavoro a bordo delle navi da pesca (art. 15) e, infine, ha modificato la procedura collettiva di riduzione del personale, con la previsione che nella stessa dovranno essere compresi anche i dirigenti (art. 16). Novità, quest’ultima, che merita un ulteriore approfondimento in questa sede.

### **LICENZIAMENTI COLLETTIVI ANCHE PER I DIRIGENTI: A) LA PROCEDURA E I CRITERI DI SCELTA**

La vicenda legislativa in questione prende le mosse dalla sentenza della Corte Europea di Giustizia del 13.02.2014 (Bollettino *Diritti & Lavoro*, n. 2/2014, al quale si rimanda per un approfondimento) che ha ritenuto il nostro Paese inadempiente agli obblighi previsti dalla direttiva n. 98/59/Ce, per aver escluso la categoria dei dirigenti dalla procedura di informazione e consultazione sindacale nell’ambito delle operazioni di riduzione collettiva del personale. Prima di tale sentenza, infatti, l’art. 4, co. 9 della legge n. 223/1991, in materia di licenziamenti collettivi, riconosceva all’imprenditore la facoltà di licenziare “*gli impiegati, gli operai e i quadri eccedenti*”, senza menzionare la categoria dei dirigenti. La Corte di Giustizia, utilizzando la nozione “comunitaria” di lavoratore – fatta propria anche dalla direttiva UE, che si assume essere stata violata – individua quale soggetto destinatario della normativa eurounitaria colui che “*fornisce per un certo periodo di tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la direzione di quest’ultimo, prestazioni in contropartita delle quali percepisce una retribuzione*”, ivi compreso, dunque, il lavoratore inquadrato come dirigente.

È nella cornice appena descritta che il Legislatore nazionale – costretto a fare i conti con la pronuncia europea – è intervenuto in materia di licenziamenti collettivi, estendendo l’intera disciplina anche alla categoria dei dirigenti. I lavoratori fino ad oggi esclusi dalla normativa, dovranno – prima di tutto - essere considerati nel computo dell’organico aziendale necessario ai fini della determinazione della soglia dei quindici dipendenti: soglia il cui superamento determina l’obbligo di espletare la procedura di esame congiunto, laddove il datore intenda effettuare “*almeno cinque licenziamenti, nell’arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell’ambito della stessa provincia*”, quale conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro. Una volta integrata la fattispecie - aggiunge il Legislatore - l’imprenditore che intende procedere al licenziamento di uno o più dirigenti, dovrà rispettare la procedura prevista dalla legge n. 223/1991 (in particolare l’art. 4, dal co. 2 al co. 15 *bis*), ad eccezione del versamento del contributo di mobilità. In altre parole, dunque, laddove vi siano posizioni dirigenziali nel numero dei lavoratori in esubero, anche queste ultime dovranno essere computate - unitamente alle altre categorie di lavoratori coinvolti - ai fini della

determinazione dell'ambito di applicazione della specifica normativa (ovvero per il raggiungimento della soglia dei cinque licenziamenti da effettuarsi nell'arco dei centoventi giorni). Quanto appena detto vale (ovviamente) anche nel caso in cui il progetto di riduzione dovesse coinvolgere – per ipotesi – esclusivamente il personale dirigenziale.

Quanto al merito della disciplina, le associazioni di categoria dei dirigenti – al pari dei rappresentanti delle altre categorie – dovranno essere destinatarie della comunicazione di avvio della procedura per poter poi partecipare al tavolo negoziale, seppur in “*appositi incontri*”; possibilità, quest'ultima, riconosciuta dal legislatore in ragione dei diversi interessi sottesi alla negoziazione. Per quanto riguarda gli impiegati, i quadri e gli operai, infatti, lo scopo dell'incontro è anche quello (per non dire soprattutto quello) di valutare la possibilità di ricorrere agli ammortizzatori sociali, strumenti di gestione dell'esubero non fruibili dal personale dirigenziale. Ma c'è di più. L'associazione di categoria dei dirigenti coinvolti nel processo di riduzione dovrà addirittura essere destinataria della comunicazione (di cui all'art. 4 co. 9) relativa alla puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta ai dirigenti licenziati collettivamente da parte del datore.

La recente ‘legge europea’, infatti, ha introdotto un'ulteriore modifica alla precedente normativa e ha esteso il rispetto dei criteri di scelta anche per l'individuazione dei dirigenti destinatari del provvedimento di recesso datoriale.

## B) IL REGIME SANZIONATORIO

La legge n. 261/2014 prevede un apposito regime sanzionatorio per il licenziamento collettivo del dirigente, diverso da quello attualmente previsto per le altre categorie di lavoratori. In particolare, l'art. 16 della legge europea più volte richiamata, prevede un'unica sanzione (sia per l'ipotesi di violazione delle procedure, che per la violazione dei criteri di scelta) consistente nel pagamento di un'indennità “*in misura compresa tra dodici e ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo alla natura e alla gravità della violazione*”.

Viene, pertanto, esclusa l'applicazione dell'art. 18 St. Lav., fatto salvo il regime sanzionatorio della reintegrazione di cui al primo comma della norma statutaria per il licenziamento discriminatorio del dirigente o intimato senza l'osservanza della forma scritta.

Senonché, dopo aver previsto l'indennità nella misura tra 12 e 24 mensilità della retribuzione, la modifica introdotta dalla legge europea fa espressamente salve “*le diverse previsioni sulla misura dell'indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro*”. Quest'ultima precisazione è l'unico punto incerto (ma non per questo meno importante) del recente intervento legislativo. Da un lato, infatti, si potrebbe ritenere che, ove sia applicato un contratto collettivo, debbano trovare applicazione le disposizioni previste per il licenziamento ingiustificato che attribuiscono al dirigente il diritto all'indennità supplementare, il cui ammontare varia in funzione dell'anzianità di servizio e dell'età anagrafica. Dall'altro, tuttavia, il dato letterale della disposizione legislativa (ovvero il riferimento espresso che la norma fa alla sola “indennità”, anziché all’“indennità supplementare”)

deporrebbe per una differente interpretazione, peraltro preferita anche nei primi commenti in dottrina. Per questa seconda ricostruzione, sembrerebbe che il legislatore abbia voluto introdurre una sanzione *ad hoc* per i licenziamenti collettivi dei dirigenti, diversa e autonoma rispetto a quella prevista per il licenziamento individuale ingiustificato. Con la conseguenza che, se i contratti collettivi non stabiliscono alcunché in merito alle conseguenze sanzionatorie in materia di licenziamenti collettivi, troverà applicazione quanto previsto dalla nuova legge e il dirigente non potrà pretendere l'indennità supplementare.

È certo, invece, che al dirigente non possa spettare, in aggiunta a quanto previsto dalla legge, anche l'indennità supplementare di cui alla contrattazione collettiva: il Legislatore, infatti, fa salve solo le diverse previsioni “*sulla misura dell'indennità*” e non le ulteriori garanzie previste dal CCNL per il licenziamento ingiustificato.

Resterà poi da capire come tale regime sanzionatorio potrà coordinarsi con quello previsto per la generalità dei lavoratori dal futuro “contratto a tutela crescenti”, che non si applicherà ai dirigenti inciderà e che – come pare toccherà anche la disciplina dei licenziamenti collettivi. La bozza di decreto approvata dal Consiglio dei Ministri il 24 dicembre prevede infatti indennizzi più bassi (almeno per i lavoratori con meno di 6 anni di anzianità) in caso di violazione delle procedure e dei criteri di scelta, rispetto a quelli previsti per i dirigenti dalla legge europea. Se tale assetto normativo sarà confermato, spetterà ai giudici costituzionali ed a quelli europei esprimersi in merito alla giustificazione di una simile disparità di trattamento a danno delle categorie più deboli di lavoratori.

# APPALTI, IL TRIBUNALE DI FIRENZE LIMITA LA RESPONSABILITA' SOLIDALE

ANDREA RANFAGNI

Con la sentenza n. 15432/2014 la Suprema Corte di Cassazione ha affermato la non applicazione alle PA del meccanismo di responsabilità solidale di cui all'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, tra committente e appaltatore per crediti retributivi dei dipendenti del secondo, fornendo lo spunto per giungere ad analoghe conclusioni anche nelle ipotesi in cui il committente è un ente privato, se tenuto ad applicare il cosiddetto Codice degli appalti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) (cfr. Bollettino n. 7/2014). Il rischio che la decisione dei giudici supremi venisse interpretata in tal senso si è prontamente concretizzato nella sentenza n. 919 del 3 ottobre 2014 del Tribunale di Firenze.

La sentenza del Giudice fiorentino si limita a richiamare il principio di diritto enunciato dalla Cassazione, senza fornire specifiche motivazioni sulle ragioni della sua rilevanza nella soluzione del caso concreto. In realtà, analizzando la decisione della Cassazione, ci si accorge di come il Tribunale di Firenze abbia aggiunto qualcosa al ragionamento del Giudice di legittimità. In altre parole, le conclusioni cui giunge il giudice fiorentino non sono la conseguenza obbligata di quanto affermato dalla Cassazione.

La decisione di quest'ultima si fonda su un'articolata e complessa argomentazione. Nel sostenere che la garanzia individuata all'art. 29 non operi qualora il committente dell'appalto sia una PA, la Suprema Corte si basa sull'art. 1 c. 2 d.lgs. 276/2003 (*"il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale"*) e confuta punto per punto tutte le argomentazioni fino a quel momento utilizzate dai Giudici di merito nell'interpretarlo.

La Cassazione, in particolare, statuisce l'irrelevanza della – consolidata – distinzione tra casi in cui la PA agisce come datore di lavoro (decreto inapplicabile) e casi in cui essa non agisce in tale veste (decreto applicabile), sulla base del sopravvenuto art. 9 DL 76/2012, il quale espressamente dispone l'inapplicabilità dell'art. 29 alla PA. Ad esso, infatti, la Corte attribuisce valore interpretativo, cioè ricognitivo del significato dell'art. 1 c. 2, il quale avrebbe escluso in radice che sulla PA potessero gravare gli obblighi di cui al successivo art. 29. Tale argomento, però, non vale a sostenere la non opponibilità dell'art. 29 a soggetti

che certamente pubblica amministrazione non sono.

A tale conclusione sarebbe possibile giungere solo ritenendo che la Corte si sia spinta a considerare l'art. 29, oltre che non applicabile alla PA, incompatibile con la sopravvenuta disciplina del c.d. Codice degli appalti pubblici. Del ché, il soggetto privato, normalmente ad esso sottoposto, non lo sarebbe nel (solo) caso in cui fosse committente di un "appalto pubblico".

L'argomento a sostegno della tesi del Tribunale di Firenze, pertanto, parrebbe trarsi dall'ultima parte del ragionamento della Cassazione, in cui essa ha valorizzato quanto previsto dal D.P.R. n. 207/2010, ovvero da uno dei Regolamenti attuativi del Codice degli appalti Pubblici, che detta regole speciali a tutela del credito dei lavoratori impiegati nella catena d'appalto (art. 5).

Senonchè, nel commentare la sentenza della Cassazione, si è già avuto modo di evidenziare come l'art. 5 DPR 207/10 offra, in realtà, una tutela diversa e meno incisiva rispetto a quella dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003. Occorre poi qui aggiungere che la formulazione dell'art. 5 richiama chiaramente l'operatività della PA.

L'art. 5 del DPR, posto a tutela dei crediti retributivi dei lavoratori, infatti, nell'attribuire il potere ("possono") e nel non stabilire un obbligo (devono) in capo al committente (di pagare i lavoratori non correttamente retribuiti dall'appaltatore trattenendo il compenso a quest'ultimo dovuto), si ascrive al regime proprio del soggetto pubblicistico, tenuto ad agire secondo principi di legalità. Esso, invece, difficilmente potrebbe esser fatto valere contro un privato. Non si vede, in altre parole, quale sanzione deriverebbe al committente di natura privata dalla sua violazione.

Il DPR, peraltro, indica il proprio campo di applicazione soggettiva nella PA ed enti pubblici (art. 1), conformemente a quanto previsto dall'art. 5 d.lgs. 163/2006, in base al quale è stato emanato. Il preteso "regime alternativo", dunque, non sembra applicabile nei confronti dei privati, il che escluderebbe ovviamente qualsiasi valutazione di incompatibilità con lo stesso.

# SI' ALLA REGISTRAZIONE DELLA CONVERSAZIONE AI FINI DELLA PROVA

Inoltre, anche se, per ipotesi, il DPR fosse applicabile al committente privato di un appalto pubblico, non pare che esso stabilisca un regime esaustivo, "alternativo", tale da impedire l'applicazione di ogni altra norma avente ad oggetto la tutela dei crediti retributivi dei lavoratori addetti all'appalto. La Cassazione ha infatti definito quelli del DPR "strumenti specifici". Non ne ha però escluso l'applicazione accanto alle altre norme di tutela dei crediti dei lavoratori coinvolti nell'appalto.

Occorre infine ricordare che vi è un terzo regime di responsabilità solidale: quello di cui all'art. 1676 cc, che stabilisce la responsabilità del committente verso i lavoratori dell'appaltatore, pur nei limiti del compenso ancora dovuto a quest'ultimo. Della contestuale applicazione di tale norma con l'art. 29 d.lgs. n. 276/2003 (nel settore privato) non si può dubitare, mentre, significativamente, la stessa Cassazione nella Sentenza n. 15432/2014 ne conferma l'applicazione anche con l'art. 5, D.P.R. n. 207/2010 (nel settore pubblico).

E' chiaro dunque che, come detto, la Suprema Corte non ha affermato che la disciplina del Codice degli appalti pubblici, o meglio del DPR, comporti, di per sé, la disapplicazione di ogni altra norma volta alla tutela dei crediti dei lavoratori.

Vero è che la Cassazione non si è neppure posta, e non si sarebbe potuta porre, la questione rispetto all'art. 29, che aveva già ritenuto non invocabile nei confronti della PA. Del resto, protagonista della controversia esaminata era il Ministero della Giustizia, della cui natura di PA (di cui all'art. 3, d.lgs. n. 165/2001) nessuno discute. In quel caso, dunque, l'applicazione dell'art. 29 era già stata esclusa sulla base di altre norme (principalmente l'art. 1 c. 2 d.lgs. 276/2003), per le ragioni sopra brevemente riassunte.

Se ne ricava dunque che la Suprema Corte non si è occupata di soggetti che, stante la loro indiscutibile natura privatistica, PA non sono.

La Corte in conclusione non statuisce, né fornisce elementi idonei a ritenere che il d.lgs. 163/2006 o il DPR escludano o possano escludere l'applicabilità dell'art. 29, d.lgs. 276/03; norma che vincola qualsiasi committente privato, indipendentemente dal suo essere o meno tenuto a rispettare le procedure ad evidenza pubblica. La sua disapplicazione neppure sarebbe giustificabile, infatti, adducendo che l'art. 5 sia una norma speciale successiva tale da derogarlo, poiché - al di là della carenza di un conflitto tra le due (che ben si è detto potersi applicare contemporaneamente) - è piuttosto l'art. 1676 cc ad avere caratteristiche in comune con l'art. 5 DPR (responsabilità solidale entro il limite di quanto ancora dovuto all'appaltatore); ma della norma codicistica la Cassazione ribadisce la pacifica applicazione a committenti vincolati dalle regole relative agli appalti pubblici.

In conclusione, la ricostruzione che, a parere di chi scrive, pare la più corretta può essere sintetizzata nei seguenti termini: l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, trova applicazione agli enti privati anche nei casi in cui essi siano tenuti al rispetto del Codice degli Appalti pubblici, ciò sia a ritenerli vincolati all'art. 5, D.P.R. n. 207/2010, sia ove, come sembra, tale ultima disposizione non li riguardi neppure.

Ma la questione è destinata inevitabilmente a dare origine ad un acceso contenzioso, del quale andranno monitorati gli sviluppi futuri.

Con sentenza 29 dicembre 2014, n. 27424, la Corte di Cassazione ha affermato che il lavoratore può liberamente registrare la conversazione con il proprio datore di lavoro se lo scopo è quello di usarla come prova in un eventuale procedimento civile.

La controversia giudiziale trae origine dal licenziamento intimato al lavoratore per aver quest'ultimo registrato il colloquio avuto con il proprio datore di lavoro al fine di procurarsi prove spendibili nel corso di un eventuale processo civile.

La Suprema Corte, nel confermare la decisione della Corte d'Appello, ha ritenuto illegittimo il licenziamento, argomentando la propria decisione sulla base degli approdi della giurisprudenza penale in materia: la registrazione di un colloquio ad opera di un soggetto che ne sia partecipe, è prova utilizzabile nel giudizio (tra le più recenti, Cass. sez. pen., 16 marzo 2011, n. 31342). Dunque, se la registrazione della conversazione può costituire - come nel caso che è stato portato all'attenzione della Corte - potenziale prova utilizzabile nel corso di un processo civile, in nessun caso la sua effettuazione può integrare condotta illecita, neppure da un punto di vista disciplinare.

Né si può ritenere - come invece aveva fatto la società datrice nel ricorso per cassazione - che la suddetta conversazione determini a priori una lesione del vincolo fiduciario con il datore di lavoro. Infatti, il rapporto di fiducia tra datore e dipendente "concerne l'affidamento del datore di lavoro sulle capacità del dipendente di adempiere l'obbligazione lavorativa e non già sulla sua capacità di condividere segreti non funzionali alle esigenze produttive e/o commerciali dell'impresa". D'altronde, nel colloquio registrato non erano stati trattati segreti industriali, poiché lo stesso aveva avuto ad oggetto la contestazione verbale al lavoratore di presunte infrazioni disciplinari; proprio per preconstituire una prova a discolora in relazione a detta contestazione, il lavoratore aveva pensato - in via precauzionale - di registrare la conversazione. Per questo, secondo la Suprema Corte, tale condotta è scriminata in quanto esercizio del diritto di difesa ex art. 51 c.p. (norma di portata generale e non già limitata al mero ambito penalistico). Quest'ultimo diritto, poi, "non è limitato alla pura e semplice sede processuale, estendendosi a tutte quelle attività dirette ad acquisire prove in essa utilizzabili, ancor prima che la controversia sia stata formalmente instaurata mediante citazione o ricorso".

## CONTRATTI A TERMINE: LIMITI QUANTITATIVI DEROGABILI DALLA “CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ”. FINO A CHE PUNTO?

ALESSIO AMORELLI

Con la risposta all'interpello n. 30/2014 del 3 dicembre scorso, la Direzione generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali si è espressa in merito alla possibilità di derogare al limite quantitativo previsto dal d.lgs. 368/2001 circa il numero di contratti a termine stipulabili in azienda. In particolare, l'ARIS (Associazione Religiosa Istituti Socio-sanitari) ha avanzato istanza di interpello alla menzionata Direzione generale al fine di dirimere la questione relativa alla possibilità di deroga da parte della cd. “contrattazione di prossimità” di cui all'art. 8 del d.l. 138/2011 (convertito con modifiche dalla l. 148/2011) ai limiti quantitativi di utilizzo del contratto a tempo determinato.

A tal riguardo, va ricordato come il cd. “Decreto Poletti” (i.e. d.l. 34/2014, convertito con modifiche dalla l. 78/2014) abbia drasticamente liberalizzato l'utilizzo del contratto a termine nel nostro ordinamento. Infatti, con la conversione in legge del Decreto Poletti presentato in via di urgenza dal governo italiano, è venuto meno l'obbligo relativo all'indicazione di una specifica causale giustificatrice al momento dell'apposizione di un termine finale ad un contratto di lavoro subordinato. Premesso quanto sopra, al datore di lavoro è quindi concessa la possibilità di stipulare contratti a termine per le ragioni più disparate e mutevoli.

Il testo di legge prova a mitigare l'eccessiva flessibilità generata dall'abrogazione della causale giustificatrice con l'introduzione di un limite quantitativo rispetto ai contratti a termine stipulabili in azienda. Secondo quanto espressamente previsto dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. 368/2001, infatti: “*il numero complessivo di contratti a tempo determinato stipulati da ciascun datore di lavoro ai sensi del presente articolo non può eccedere il limite del 20 per cento del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell'anno di assunzione*”. Il limite appena menzionato, tuttavia, non è inderogabile ma resta soggetto alle modifiche previste da un eventuale accordo collettivo. Infatti, l'art. 10, comma 7, del d.lgs. 368/2001 chiarisce che: “*La individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione dell'istituto del contratto a tempo determinato stipulato ai sensi dell'articolo 1, comma 1, e' affidata ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi*”.

In questo solco si inserisce l'istanza di interpello presentata dall'ARIS che chiede chiarimenti circa la possibilità di eliminare contrattualmente, mediante la sottoscrizione di “specifiche intese” rientranti nella nozione di “contrattazione di prossimità” di cui all'art. 8 del d.l. 138/2011 (convertito con modifiche dalla l. 148/2011), i limiti quantitativi stabiliti dalla legge o dalla contrattazione collettiva nazionale per la stipula di contratti a termine in azienda. In relazione a quanto esposto, è importante chiarire che i “contratti collettivi di prossimità” sono contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale aventi specifiche finalità. Inoltre, con la sottoscrizione dei menzionati “contratti collettivi di prossimità” è possibile derogare soltanto alla disciplina di alcune materie tassativamente elencate.

A conferma di quanto appena esposto, la menzionata Direzione generale del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali – dopo aver confermato l'inclusione dei contratti a tempo determinato tra le materie derogabili dalla “contrattazione di prossimità” – richiama espressamente le finalità a cui le deroghe devono necessariamente ispirarsi. In particolare, le citate deroghe devono essere “*finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi*

*aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività*”. Oltre alle finalità di cui sopra, l'art. 8 del d.l. 138/2011 (convertito con modifiche dalla l. 148/2011) prevede espressamente che la “contrattazione di prossimità” è subordinata al “*rispetto della Costituzione, nonché [dei] vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro*”.

Il rispetto dei vincoli derivanti da fonti normative di rango superiore non permette, secondo l'interpretazione ministeriale, la rimozione completa dei limiti quantitativi previsti dalla legislazione o dalla contrattazione collettiva nazionale ma soltanto una diversa modulazione. Alla base della risposta fornita dal Ministero vi è quanto espressamente previsto dalla direttiva 1999/70/CE relativa al rapporto di lavoro a tempo determinato nei Paesi UE. Infatti, nel preambolo dell'accordo quadro recepito con la direttiva 1999/70/CE è stabilito che: “*i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori*”. La Direzione generale del Ministero, dunque, giunge ad affermare condivisibilmente che la “contrattazione di prossimità” non può eliminare del tutto i limiti quantitativi previsti dalla legge o dalla contrattazione nazionale. Nell'affermare quanto appena esposto, tuttavia, il Ministero lascia aperti importanti dubbi interpretativi a causa dell'eccessiva vaghezza utilizzata nella risposta ad interpello in oggetto.

In primo luogo, è bene evidenziare che con la descritta liberalizzazione del contratto a termine il d.lgs. 368/2001 potrebbe essere considerata incompatibile con la normativa comunitaria. E' vero però che la clausola 5 dell'accordo quadro recepito con la direttiva 1999/70/CE ammette che per impedire abusi relativi all'utilizzo dei contratti a tempo determinato sia sufficiente stabilire per legge la durata massima dei diversi rapporti a tempo determinato intercorsi con un lavoratore. Il d.lgs. 368/2001 prevede una durata massima dei vari rapporti a tempo determinato (36 mesi) e, dunque, non è scontato che le novità introdotte dal Decreto Poletti siano sufficienti per una pronuncia di illegittimità da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Chiarito quanto sopra, la risposta fornita dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali potrebbe dare adito ad una regolazione del contratto a termine tramite contrattazione decentrata che configura più evidenti profili di illegittimità rispetto ai principi espressi nella direttiva 1999/70/CE. Infatti, limitandosi a consentire alla “contrattazione di prossimità” una differente modulazione dei limiti quantitativi stabiliti dalla legge o dalla contrattazione nazionale, il Ministero del lavoro non si premura di stabilire i confini entro i quali simili deroghe possano essere ammesse. Tale circostanza potrebbe portare alla conclusione paradossale per cui la deroga ai limiti quantitativi previsti può condurre i rapporti a tempo determinato in azienda sino al 99% rispetto al totale dei rapporti di lavoro in essere. Seguendo tale impostazione, sarebbe certamente violato il principio comunitario esposto in precedenza per cui: “*i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro fra i datori di lavoro e i lavoratori*”. In altri termini, la risposta fornita dal ministero potrebbe condurre in concreto ad una violazione della normativa comunitaria.

È dunque caldamente auspicabile un ulteriore intervento da parte del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in grado di chiarire esattamente i confini entro i quali la “contrattazione di prossimità” possa legittimamente operare. Soltanto con una chiara definizione dell'ambito di operatività della “contrattazione di prossimità” è possibile evitare una ulteriore degenerazione della già accentuata flessibilità introdotta con il Decreto Poletti.