

# 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 Adèle Pasquini Giovanni Calvellini, Livia Irtinni

Hanno collaborato: Alessio Amorelli, Maria Grazia Lombardi, Ivan Perone

Centro Studi Diritti & Lavoro Firenze Via della Condotta, 12

[dirittielavoro@gmail.com](mailto:dirittielavoro@gmail.com)

[www.dirittielavoro.it](http://www.dirittielavoro.it)

Costituzione  
della  
Repubblica Italiana  
dei diritti fondamentali dell'  
dei valori, della cittadinanza  
I Presidenti della Rep  
L'Inno nazion

## SANA E ROBUSTA

**LA CONSULTA FERMA IL DUMPING SUL SALARIO  
NELLE COOPERATIVE, RIBADISCE L'ASSUNZIONE PER  
CONCORSO ANCHE PER I DIRIGENTI DELLA PA, E BOCCIA IL  
BLOCCO DELLA PEREQUAZIONE DELLE PENSIONI.  
UN ARGINE PER I DIRITTI SOCIALI**

**INOLTRE: IL PUNTO SUL DISTACCO - INPS, SIGLATA CONVENZIONE SULLA  
RAPPRESENTANZA - ILLEGITTIMO IL TRASFERIMENTO D'AZIENDA MPS -  
SOMMINISTRATI E SOTTOPAGATI**

# Ne vedremo delle belle!

## LA CONSULTA BOCCIA LA FORNERO SUL BLOCCO DELLA PEREQUAZIONE DELLE PENSIONI

**IVAN PETRONE**

Con la Sentenza n. 70 del 30 aprile 2015, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24, comma 25, d.l. n. 201/2011 (cosiddetta Riforma Fornero del sistema pensionistico), nella parte in cui ha previsto che, "in considerazione della contingente situazione finanziaria", per gli anni 2012 e 2013 la rivalutazione automatica dei trattamenti pensionistici non spetti a chi gode di trattamenti pensionistici di importo complessivo superiore a tre volte il trattamento minimo INPS (1.217,00 netti).

Tale misura, secondo i giudici delle leggi, si traduce in una lesione ingiustificata di diritti costituzionalmente garantiti quali la **proporzionalità** del trattamento pensionistico, inteso quale retribuzione differita (art. 36, comma 1, Costituzione, in base al quale "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione **proporzionata** alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia una esistenza libera e dignitosa"), e l'**adeguatezza** del medesimo (art. 38, comma 2, Costituzione, in base al quale "I lavoratore hanno diritto che siano **preveduti ed assicurati mezzi adeguati** alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria"). Il meccanismo della rivalutazione monetaria, ricorda la Corte, trova fondamento in queste disposizioni costituzionali poste a tutela dell'interesse dei titolari di trattamenti previdenziali alla conservazione del potere di acquisto delle somme percepite. Norme a loro volta da intendersi quale espressione del generale principio di solidarietà di cui all'art. 2, Cost. e che, al contempo, contribuiscono all'attuazione del principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma 2 Cost..

La pronuncia in questione - nata dalle Ordinanze di rimessione del Tribunale di Palermo, Sezione Lavoro (2013) e della Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Emilia-Romagna e Sezione giurisdizionale per la Regione Liguria (2014) - ha un sapore che sembrava ormai perduto e ci ricorda che i diritti sociali non sono comprimibili all'infinito e non soccombono sempre alla logica del rigore di bilancio.

Il messaggio che viene dalla Consulta è dunque chiaro: il pozzo senza fondo delle pensioni ha dato abbastanza e non è più tollerabile incidere su diritti già maturati dei pensionati in nome di generiche esigenze finanziarie non adeguatamente illustrate. Un messaggio che non avrebbe dovuto sorprendere considerando come gli stessi giudici supremi nel 2010 avessero avvertito il futuro legislatore che la reiterazione di blocchi della perequazione non sarebbe più stata tollerata (sentenza 316/2010). In quel caso il blocco dell'indicizzazione previsto dal governo Prodi (L. 247/2007) era stato salvato in ragione della sua incidenza limitata alle pensioni di importo più elevato (8 volte il trattamento minimo) e della sua contenuta durata (1 anno); ma, appunto, con il monito di tener conto, nel futuro, degli ineludibili vincoli posti dalla Carta costituzionale a tutela dei diritti previdenziali.

Nonostante ciò Governo e sostenitori dell'austerità si dichiarano sorpresi e criticano più o meno apertamente la sentenza, colpevole, a loro dire, di mettere in crisi i conti pubblici e di imporre futuri nuovi tagli al welfare. Basterebbe ricordare che nel 2011 (l'anno dell'intervento in questione) il bilancio pensionistico dell'INPS aveva un attivo di 21 miliardi - proprio grazie alle draconiane riforme delle pensioni dell'ultimo ventennio - per capire quanto una simile reazione sia strumentale e stravolga la realtà di un sistema previdenziale usato come bancomat per rispondere ai diktat dettati dai teorici delle politiche di austerità.

La partita quindi è tutt'altro che chiusa e chiama in causa anche chi da Bruxelles vigila sull'attuazione di tali politiche. Il Governo intanto intende procedere con rimborsi una tantum decrescenti per le pensioni inferiori ai 3200 euro e annuncia nuove indicizzazioni dal 2016 coerenti con i principi affermati dalla Consulta: difficile che così la pensino i pensionati ed è assai probabile che le misure adottate porteranno a nuovi rinvii ai giudici delle leggi.

## Distacco, la Cassazione fa il punto

ALESSIO AMORELLI

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 6944/2015 fa il punto sulla disciplina del distacco, richiamando il consolidato orientamento giurisprudenziale che ne definisce i requisiti e le condizioni di legittimità, ai sensi dell'art. 30 D.Lgs. 276/2003.

La pronuncia della Suprema Corte trae origine dal contenzioso instaurato tra un dirigente e la società per cui aveva prestato la propria attività lavorativa in regime di distacco. La Corte d'appello, confermando la sentenza del tribunale, ha rigettato la domanda del dipendente verso la società volta ad ottenere l'accertamento di un rapporto di lavoro subordinato con la stessa oltre al pagamento di circa 157 milioni di lire a titolo di trattamento retributivo corrispondente alle mansioni effettivamente svolte. Il dirigente proponeva ricorso per Cassazione affidandosi a quattro motivi di impugnazione. In particolare, veniva dedotta l'erroneità della sentenza di appello nella parte in cui aveva ravvisato un interesse comune del distaccante e del distaccatario in relazione all'attività svolta dal dirigente. A tal riguardo, si asseriva che l'attività del distaccante era relativa ad un ambito territoriale diverso rispetto all'ambito territoriale del distaccatario. La Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso confermando la decisione della Corte d'appello che aveva ritenuto sussistenti tutti gli elementi propri del distacco, con particolare riferimento all'interesse e alla conservazione del potere direttivo in capo al distaccante. Nel rigettare il ricorso, la Suprema Corte richiama i principi affermati in materia di distacco dalla giurisprudenza di legittimità fornendo così un ottimo spunto per ripercorrere quelli che sono gli elementi che caratterizzano un distacco genuino nel nostro ordinamento.

Secondo quanto disposto dal primo comma dell'art. 30, D.Lgs. 276/2003, la fattispecie del distacco si configura quando un datore di lavoro (il distaccante) pone temporaneamente a disposizione di un altro soggetto (il distaccatario) uno o più lavoratori per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa al fine di soddisfare un proprio specifico interesse. Il medesimo articolo individua, pertanto, gli elementi caratterizzanti dell'istituto, in assenza dei quali il lavoratore illegittimamente distaccato può fare ricorso in giudizio per la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che ha utilizzato la prestazione (ovvero il distaccatario). In particolare, gli elementi che configurano un'ipotesi di distacco genuino sono: l'interesse del distaccante, la temporaneità e lo svolgimento di una determinata attività lavorativa.

Con riferimento al concetto di interesse, la previsione normativa ne consente un'interpretazione abbastanza ampia potendo affermarsi che il distacco può essere legittimato da qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro. Ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione, infatti, è soltanto l'interesse qualificato del distaccante. Nello specifico, mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione di lavoro a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato come, ad esempio, l'interesse al buon andamento della società distaccataria. In merito, il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con circolare n. 28/2005, ha precisato che l'interesse deve essere specifico, rilevante, concreto e persistente e dovrà essere accertato caso per caso in base all'attività espletata. È quindi necessario individuare puntualmente le finalità che si perseguono con il distacco evitando l'utilizzo di clausole di stile ed evidenziando la sussistenza di uno specifico interesse del distaccante; ciò

anche quando il distacco è operato all'interno di un gruppo di impresa, non potendosi ritenere presuntivamente esistente l'interesse del datore per il solo fatto di appartenere al gruppo. Inoltre, la sussistenza di tale interesse deve protrarsi per tutto il periodo di durata del distacco. All'interesse del datore di lavoro distaccante è quindi legato l'elemento della temporaneità. Il concetto della temporaneità, infatti, coincide con quello di non definitività, indipendentemente dalla durata del periodo di distacco. Tuttavia, è assolutamente necessario che tale durata sia funzionale e strettamente connessa alla persistenza dell'interesse del distaccante.

Venendo, infine, ad analizzare l'ultimo elemento che caratterizza un distacco genuino, ossia lo svolgimento di una determinata attività lavorativa, occorre evidenziare che il lavoratore deve essere adibito ad attività specifiche che siano funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccante. Conseguentemente, il provvedimento di distacco non può risolversi in una messa a disposizione di uno o più lavoratori in maniera generica e, quindi, senza una previa determinazione delle mansioni. Ulteriore conferma di ciò, è la previsione di cui al comma 3, art. 30, D.Lgs. 276/2003 che richiede espressamente il consenso del lavoratore qualora il provvedimento di distacco comporti un mutamento di mansioni. Il consenso del lavoratore è richiesto al fine di ratificare l'equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una riduzione e/o specializzazione dell'attività effettivamente svolta presso il distaccatario. D'altra parte, il distacco che comporti il trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 chilometri dalla sede di lavoro del dipendente può avvenire soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive.

È bene sottolineare, inoltre, che il distaccante è responsabile del trattamento economico e normativo del lavoratore (nonché di procedere alle trattenute contributive) ma la prassi consolidata riconosce la possibilità di un rimborso da parte del distaccatario. A tal riguardo, è stato più volte chiarito che il rimborso del trattamento economico corrisposto al lavoratore distaccato non ha alcuna rilevanza ai fini della determinazione della genuinità del distacco. In estrema sintesi, poiché il lavoratore distaccato esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccante ma anche del distaccatario, la possibilità di ammettere il rimborso rende maggiormente trasparente l'imputazione dei costi sostenuti dal datore di lavoro. Dato che l'interesse del distaccante non può consistere nella somministrazione di manodopera a fini di lucro il rimborso non potrà però mai superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal distaccante.

La sentenza in commento non si occupa del "nuovo" comma 4-ter introdotto con il D.L. 76/2013 (commentato nel Bollettino n. 6/2013). La norma merita però attenzione perché - seppur ad oggi di non diffusa applicazione - ha un impatto potenzialmente rilevante sulla disciplina dell'istituto. Con essa infatti si rende possibile operare distacchi in assenza dei requisiti sin qui descritti qualora questi avvengano nell'ambito di un "contratto di rete" stipulato tra due o più aziende ai sensi della legge n.33/2009. In altre parole, questo specifico contratto commerciale rende automaticamente legittimo il distacco del lavoratore ed eventualmente può dar origine (ma solo se lo stesso contratto lo prevede) ad una co-imputazione del rapporto di lavoro in capo alle diverse imprese (c.d. co-datorialità).

# P.A. LA CONSULTA NON FA SCONTI DIRIGENTI ASSUNTI SEMPRE PER CONCORSO

LIVIA IRTINNI

I dirigenti della pubblica amministrazione vanno selezionati esclusivamente per concorso, anche nel caso di promozione di dipendenti già in servizio: è stata necessaria una recente sentenza della Corte Costituzionale, la n. 37 del 2015, per ribadire un principio che, seppur sancito dall'art. 97 Cost., è stato nella prassi spesso disatteso.

La predetta sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 24, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16 (Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento delle procedure di accertamento), convertito dall'art. 1, comma 1, della L. 26 aprile 2012, n. 44, che autorizzava l'Agenzia delle Dogane, delle Entrate e del Territorio ad espletare procedure concorsuali per la copertura delle posizioni dirigenziali rimaste vacanti *"in relazione all'esigenza urgente e inderogabile di assicurare la funzionalità operativa delle proprie strutture, volta a garantire una efficace attuazione delle misure di contrasto all'evasione"*, ma autorizzava altresì tali Agenzie, nelle more dell'espletamento di dette procedure e salvi gli incarichi già affidati, ad *"attribuire incarichi dirigenziali a propri funzionari con la stipula di contratti di lavoro a tempo determinato, la cui durata è fissata in relazione al tempo necessario per la copertura del posto vacante tramite concorso"*.

In sostanza tale norma, tentando di arginare una fisiologica carenza di dirigenti nell'amministrazione finanziaria, consentiva di fatto l'affidamento di incarichi dirigenziali a propri funzionari in assenza di procedure concorsuali, o comunque selettive, pur in attesa di ricoprire i posti dirigenziali vacanti a seguito di procedure concorsuali.

Il dubbio circa la tenuta costituzionale dell'articolo qui in esame è sorto nel corso di un giudizio riunito davanti al Consiglio di Stato, avente ad oggetto tre ricorsi in appello proposti dall'Agenzia delle Entrate per la riforma di altrettante sentenze del TAR del Lazio che avevano annullato le nomine dei dirigenti, ritenendo che l'art. 8, comma 24, del D.L. 2 marzo 2012, n. 16, convertito dall'art. 1, comma 1, della L. 26 aprile 2012, n. 44, attuasse un conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti privi della relativa qualifica in palese violazione con le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Sulla medesima norma i giudici amministrativi di secondo grado hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, 51 e 97 Cost. da un lato perché, consentendo l'attribuzione di incarichi a funzionari privi della relativa qualifica, la stessa aggirerebbe la regola costituzionale di accesso ai pubblici uffici mediante concorso, che rappresenta *"la forma generale ed ordinaria di reclutamento per il pubblico impiego, in quanto*

*meccanismo strumentale al canone di efficienza dell'amministrazione"*, dall'altro perché la norma censurata consentirebbe la preposizione ad organi amministrativi di soggetti privi dei requisiti necessari, determinando una diminuzione delle garanzie dei cittadini che confidano in una amministrazione competente, imparziale ed efficiente.

Interpellata sulla questione, la Corte costituzionale ha affermato che *"nessun dubbio può nutrirsi in ordine al fatto che il conferimento di incarichi dirigenziali nell'ambito di un'amministrazione pubblica debba avvenire previo esperimento di un pubblico concorso e che il concorso sia necessario anche nei casi di nuovo inquadramento di dipendenti già in servizio"* e questo perché anche il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta *"l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso"* (cfr. C. Cost. n. 217 del 2012; n. 7 del 2011; n. 150 del 2010, n. 293 del 2009).

Nel caso di specie, invece, ciò che si è verificato non è altro che *"l'indefinito protrarsi nel tempo di un'assegnazione asseritamente temporanea di mansioni superiori, senza provvedere alla copertura dei posti dirigenziali vacanti da parte dei vincitori di una procedura concorsuale aperta e pubblica. Per questo, ne va dichiarata l'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3, 51 e 97 Cost."*. L'effetto immediato della sentenza in esame è stato quello di aver dichiarato l'illegittimità della nomina di 767 dirigenti dell'Agenzia delle Entrate e delle altre Agenzie fiscali pubbliche, per un totale che supera le 1000 nomine da considerarsi non valide.

Ma una tale pronuncia porta inevitabilmente con sé il problema dei possibili effetti sugli atti di accertamento firmati da tale personale privo di poteri: è infatti inevitabile chiedersi quale sarà la fine degli avvisi di accertamento firmati dai funzionari cui era illegittimamente affidato il ruolo di dirigenti e con essi delle conseguenti cartelle esattoriali emesse da Equitalia.

I dirigenti "bocciati" dalla Consulta, infatti, sono in carica da almeno tre anni e hanno firmato numerose notifiche di accertamento, a cui hanno fatto seguito le cartelle ricevute dai contribuenti in debito con il Fisco, per cui, se effettivamente fosse accertata l'invalidità di tali provvedimenti e delle relative cartelle esattoriali, la sentenza in esame avrebbe effetti davvero dirompenti. Il problema non ha, in effetti, tardato a presentarsi: poco dopo la pronuncia della Corte Costituzionale, infatti, la Commissione Tributaria Provinciale di Gorizia con sentenza dell'1 aprile 2015, n. 63/01/2015, nel valutare la validità degli atti impugnati che erano stati sottoscritti da un funzionario dell'Agenzia delle Entrate incaricato di funzioni

dirigenziali, ha ritenuto che la citata sentenza non debba comportare affatto la caducazione (nullità) degli atti sottoscritti dai dirigenti oggetto della stessa, in quanto, in linea con i principi della conservazione degli atti e della continuità dell'azione amministrativa, "allorché venga annullata in sede giurisdizionale la nomina del titolare di un organo, l'accertata invalidità dell'atto di investitura non ha di per sé alcuna conseguenza sugli atti emessi in precedenza, tenendo conto che quando l'organo è investito di funzioni di carattere generale, il relativo procedimento di nomina ha una sua piena autonomia, sicché i vizi della nomina non si riverberano sugli atti rimessi alla sua competenza generale".

Ma un'altra e opposta tesi, parimenti sostenibile, potrebbe portare a sostenere la nullità dei provvedimenti amministrativi perché mancanti della sottoscrizione da parte di un dirigente "legittimo": ai sensi dell'art. 42, comma 3, del DPR n. 600/1973, infatti, gli atti di accertamento che non recano la sottoscrizione del capo dell'ufficio o di altro impiegato della carriera direttiva da lui validamente delegato sono irrimediabilmente nulli.

Nei prossimi mesi, pertanto, è presumibile che fioccheranno tutta una serie di ricorsi diretti ad ottenere l'annullamento degli atti di accertamento sulla base delle motivazioni appena esposte.

## INFORTUNI DATORE RESPONSABILE ANCHE DURANTE LA PAUSA

La Cassazione, con sentenza 2 aprile 2015, n. 14012, ha affermato che non vale ad escludere la responsabilità penale del datore di lavoro per lesioni colpose gravi il fatto che l'infortunio subito dal lavoratore sul cantiere si fosse verificato, non durante lo svolgimento della prestazione lavorativa, bensì in un momento di pausa. Nel caso di specie, il lavoratore (peraltro, irregolare), che si trovava sulla copertura dei capannoni della società committente intento ai lavori di rifacimento dei medesimi, stante l'assenza di ogni presidio sia collettivo (impalcati, tavole sopra le orditure ecc.) che individuale (cinture di sicurezza idoneamente assicurate a parti stabili dell'edificio o delle opere provvisorie) atto a prevenire la possibile caduta nel vuoto dei lavoratori attraverso la copertura per cedimento, proprio a seguito di tale cedimento, precipitava sino a terra attraverso il lucernaio presente sul tetto (per un'altezza di circa 8 mt.) riportando nell'impatto conseguenze lesive. Ebbene, secondo i giudici della Suprema Corte a nulla vale, ai fini dell'esclusione della qualificabilità di infortunio sul lavoro in quello occorso al lavoratore o comunque a scriminare la condotta colposa ascritta all'imputato, l'eventuale circostanza che il lavoratore non stesse lavorando perché in pausa e alla ricerca del suo telefonino sulla copertura dei capannoni. Difatti, la Corte dando seguito ad un suo precedente orientamento (elaborato in relazione all'infortunio subito da un lavoratore rientrato sul cantiere per soddisfare un bisogno fisiologico), ha stabilito che "la relazione causale tra la violazione delle prescrizioni dirette a garantire la sicurezza degli ambienti di lavoro e gli infortuni che concretizzano i fattori di rischio avuti di mira dalle prescrizioni violate sussiste indipendentemente dall'attualità della prestazione lavorativa, e quindi anche nei momenti di pausa, riposo o sospensione dell'attività".

# SIGLATA LA CONVENZIONE CON L'INPS SULLA CERTIFICAZIONE DELLA RAPPRESENTANZA

ANDREA RANFAGNI

In data 16 marzo 2015, Confindustria, CGIL, CISL e UIL hanno siglato con l'INPS la Convenzione "per l'attività di raccolta, elaborazione e comunicazione dati relativi alla rappresentanza delle organizzazioni sindacali per la contrattazione collettiva nazionale di categoria".

Viene compiuto così un ulteriore passaggio nella costruzione del nuovo sistema di relazioni sindacali avviato dalle suddette organizzazioni con la sottoscrizione dell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, prima, con il successivo accordo del 31 maggio 2013 poi, e, infine, con l'approvazione del cosiddetto Testo Unico sulla Rappresentanza del 10 gennaio 2014.

Come noto, una delle principali novità individuate con gli ultimi due accordi citati è stata la previsione di un meccanismo di certificazione della rappresentanza ai fini della contrattazione collettiva nazionale di categoria.

Secondo uno schema già presente da diverso tempo nel pubblico impiego, le parti si sono accordate nel senso di garantire la possibilità di partecipare alle trattative per la stipulazione del CCNL soltanto a quelle OO.SS. definibili "rappresentative" sulla base di un dato numerico espresso in percentuale.

Si è previsto, infatti, che siano ammesse alla contrattazione nazionale le Federazioni delle Organizzazioni Sindacali firmatarie dei 3 accordi sopra citati e che abbiano, nell'ambito di applicazione del contratto collettivo nazionale di lavoro, una rappresentatività non inferiore al 5%, considerando a tale fine la media fra il dato associativo (percentuali di iscrizioni certificate) e il dato elettorale (percentuale di voti ottenuti su voti espressi) come risultante dalla ponderazione effettuata dal CNEL.

La soglia fissata, quindi, è del 5% e deve risultare da una media tra due dati: quello relativo al numero di lavoratori iscritti ad un sindacato; quello relativo al numero di voti ottenuti nel corso delle elezioni dell'organismo di rappresentanza sui luoghi di lavoro (RSU). L'organo incaricato di effettuare la ponderazione tra tali due dati è individuato nel CNEL.

La convenzione stipulata con l'INPS si occupa del primo aspetto ovvero quello relativo all'individuazione del numero di iscritti ad un sindacato. Già l'accordo del 31 maggio 2014, infatti, aveva individuato in tale ente quello incaricato di provvedere all'elaborazione, quindi alla certificazione, del dato in questione. Con l'atto del 16 marzo 2015 si definiscono le modalità operative con le quali tale attività verrà compiuta.

Il meccanismo delineato dall'accordo parte da una comunicazione che dovrà essere effettuata dal datore di

lavoro, mediante il modulo UNIEMENS, nella quale verrà indicato il codice del contratto collettivo applicato ai propri dipendenti (codice che, come prevede il Testo Unico del 2014, le stesse organizzazioni sindacali e datoriali identificheranno), quello della federazione di categoria cui i dipendenti aderiscono (anche in questo caso, codice che la confederazione attribuirà a ciascuna propria federazione), il numero dei dipendenti che aderiscono a ciascuna federazione, con precisazione, altresì, di quali iscritti appartengono a unità produttive con più di 15 dipendenti ove siano presenti RSA ovvero non sia presente alcuna forma di rappresentanza sindacale.

Il numero degli iscritti risulterà al datore di lavoro in virtù delle deleghe conferite dal singolo lavoratore e mediante le quali si procede alla trattenuta mensile nella busta paga a titolo di contributo sindacale che lo stesso datore di lavoro verserà all'associazione sindacale.

Da evidenziare come si parli di “deleghe” e non di “cessioni di credito”. Queste ultime non saranno prese in considerazione anche e soprattutto perché la certificazione opera in virtù del Testo Unico del gennaio 2014, il quale considera solo il primo meccanismo. Il sindacato, quindi, che opera le cessioni di credito e che voglia partecipare al nuovo sistema di relazioni sindacali, dovrà aderire al Testo Unico e, conseguentemente, dovrà optare per il sistema della delega.

Arrivata la comunicazione del datore di lavoro, l'INPS provvederà poi ad elaborare i dati raccolti, individuando, in un arco temporale da gennaio a dicembre, il numero di deleghe conferite a ciascuna organizzazione su base nazionale e con riferimento a ciascun CCNL.

Nello specifico, si prevede che il numero degli iscritti per ciascuna organizzazione sindacale di categoria su base nazionale, sarà determinato dividendo il numero complessivo delle rilevazioni mensili, effettuate in virtù delle deleghe, per dodici.

In virtù di tale previsione, quindi, pare che la comunicazione del datore di lavoro verrà fatta su base mensile e, conseguentemente, l'INPS avrà il compito di elaborare il dato delle adesioni aggiornandolo mese dopo mese. La conferma di ciò proviene dalla disposizione secondo la quale con cadenza mensile la stessa INPS procede a comunicare alle OO.SS. firmatarie il dato elaborato.

La certificazione rilevante al fine di stabilire la soglia di accesso al tavolo di negoziazione nazionale sarà però quella annuale.

Non a caso, l'art. 4 della Convenzione prevede che l'INPS comunichi al CNEL i dati raccolti entro il mese di febbraio dell'anno successivo a quello di rivelazione. Del resto, in tal senso si esprime a chiare lettere il Testo Unico del gennaio 2014. Particolarmente importante la previsione di cui all'art. 6 della Convenzione, dove si afferma che “l'INPS raccoglie i dati in forma autonoma e aggregata” e che “i dati oggetto della raccolta e del trattamento da parte dell'INPS sono dati non nominativi”. Si punta in questo modo a tutelare la privacy del lavoratore facendo sì che i dati trattati siano meramente numerici e idonei a rilevare l'adesione sindacale dei singoli lavoratori che hanno rilasciato.

Infine, da osservare come la Convenzione preveda l'accollo da parte delle stesse Organizzazioni stipulanti la convenzione delle spese sostenute dall'INPS per l'attività in questione, sulla base di un costo una tantum (corrisposto così una volta soltanto) pari ad € 15.000,00 e connesso alle attività di implementazione delle procedure informatiche per l'acquisizione ed elaborazione dei dati; cui si aggiunge un costo annuale (quindi periodico) di € 3.000,00 per le attività di gestione e manutenzione delle procedure.

Tali costi si prevede siano ripartiti in parti uguali tra Confindustria, da un lato, le Organizzazioni Sindacali firmatarie della convenzione, dall'altro.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, resta da capire se il sindacato che per il momento non ha aderito al Testo Unico (quindi neanche alla convenzione in commento) e che magari penserà di farlo, convinto di superare la soglia del 5% (e per acquisire il diritto a costituire RSA, che la Corte costituzionale associa alla semplice partecipazione alle trattative, anche in assenza di sottoscrizione del contratto), dovrà anche partecipare alla ripartizione delle spese in questione.

Se così è, ciò rischia di trasformarsi in un ulteriore disincentivo ad aderire al nuovo sistema, soprattutto se si tiene conto della consistenza economica che determinati sindacati non firmatari hanno. Il nuovo sistema di relazioni sindacali apparirà così come sempre più “chiuso” e riservato alle sole organizzazioni sindacali firmatarie degli stessi accordi, le quali hanno avuto modo di stabilire in proprio le condizioni che a loro vanno meglio.

## LA CASSAZIONE SULLA DECORRENZA DEI TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE DEL LICENZIAMENTO

È noto che l'art. 6, legge n. 604/1966, al comma 1, prevede che “il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione [...] con qualsiasi atto scritto anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore”. Il comma 2, così come modificato dall'art. 32, legge n. 183/2010, stabilisce poi che “l'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di duecentosettanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro”. Con la nuova riforma della disposizione in parola operata dalla legge n. 92/2012 (che ne ha introdotto la formulazione attualmente in vigore) quest'ultimo termine è stato ridotto a centottanta giorni. Il problema interpretativo che la Cassazione si è trovata a dover risolvere riguarda il *dies a quo* della decorrenza di detto termine; se cioè esso debba decorrere dal momento dell'impugnazione stragiudiziale oppure dalla scadenza dei sessanta giorni concessi per quest'ultima dal comma 1 dell'art. 6 (con la conseguenza che, se – ad esempio – l'impugnazione stragiudiziale è effettuata il trentesimo giorno dopo la comunicazione del licenziamento è comunque dal sessantesimo giorno che decorre il termine per l'azione giudiziale). La Suprema Corte cassa la sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro che aveva optato per questa seconda soluzione interpretativa. Ritiene, infatti, la Cassazione che la lettera della disposizione contenuta nell'art. 6, comma 2, “che commina l'inefficacia dell'impugnazione stragiudiziale non seguita da tempestiva azione giudiziale, dimostra che dal primo dei due atti debba decorrere il termine per compiere il secondo, e non dalla fine dei sessanta giorni concessi per l'impugnazione stragiudiziale”. La Corte fornisce, infine, un'ulteriore precisazione stabilendo che lo stesso termine decadenziale di cui all'art. 6, comma 2 deve decorrere – per esigenze di celerità tese a tutelare l'interesse del datore di lavoro alla certezza del rapporto – dalla spedizione e non dalla ricezione dell'atto di impugnazione stragiudiziale.

# MPS. IL LEGGITTIMO TRASFERIMENTO DI AZIENDA L TRIBUNALE DI SIENA ORDINA LE RIASSUNZIONI

## ADELE PASQUINI

*“Accertata l’invalidità e inefficacia del trasferimento di azienda tra la cedente Banca Monte dei Paschi di Siena Spa e la cessionaria Fruendo Srl, ed accertata la conseguente permanente sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti ricorrenti e la Banca Mps, condanna quest’ultima alla conseguente attuazione conformativa, con riammissione dei ricorrenti in servizio e ogni necessario adempimento normativo”.*

Questo è quanto ha stabilito il Tribunale di Siena, lo scorso 13.04.2014, nelle conclusioni di una lunghissima e assai significativa pronuncia, che ha comportato la riassunzione (in MPS) di ben 250 dipendenti della provincia, che avevano presentato ricorso al Giudice di primo grado.

Più in particolare – e per poter meglio comprendere le ragioni che hanno spinto il Giudice a stabilire la nullità del trasferimento oggetto di controversia – è necessario fare un passo indietro e riassumere brevemente il quadro fattuale che ha portato all’operazione oggi dichiarata inefficace.

La vicenda prende avvio dall’elaborazione del nuovo piano industriale per il triennio 2012-2015, ove – proprio nell’ottica della riduzione di personale individuata come necessaria dal suddetto piano – l’azienda indicava tra le azioni che essa intendeva intraprendere quella di procedere alla cessione di un non meglio specificato “ramo di azienda” comprendente le “attività amministrative, contabili ed ausiliarie di Gruppo”. La convenuta – quantomeno alla luce della ricostruzione fatta propria dal Tribunale - dava corso all’operazione, articolando il suo piano di riduzione del personale in tre distinti passaggi: in primo luogo, acquisire per il tramite di un primo sedicente trasferimento di ramo di azienda le attività gestite dal COG (Consorzio Operativo di Gestione, costituito nel 1999 ad iniziativa della Capogruppo MPS ) e dalle altre società del gruppo che essa intendeva successivamente esternalizzare; poi, convogliare tutte tali attività ed il relativo personale in una entità organizzativa che facesse apparire questa massa di servizi come un qualcosa di omogeneo ed autonomo all’interno del suo organigramma; infine, cedere ad un terzo acquirente il presunto ramo d’impresa così costituito.

Fu così che, all’inizio dell’anno 2013, MPS procedeva all’internalizzazione di svariati servizi sino ad allora gestiti dal COG e da altre Società del Gruppo, creando nel contempo una nuova divisione nel suo organigramma: la c.d. DAACA (Divisione Attività Amministrative, Contabili ed Ausiliarie), materialmente composta da personale e mezzi appartenenti a MPS, che operava utilizzando procedure, sistemi informatici e software della Banca. Portata

## NO AL DIRITTO DEL SINGOLO RSU DI CONVOCARE L’ASSEMBLEA

Con decreto emesso all’esito del procedimento ex art. 28 Stat.lav. promosso su ricorso della Fiom-Cgil, il Tribunale di Torino ha affermato che, a seguito dell’accordo sulla rappresentanza (c.d. Testo Unico sulla rappresentanza) del 10 gennaio 2014, va escluso che il singolo membro della Rsu possa indire autonomamente un’assemblea dei lavoratori. Quest’ultima può essere infatti convocata solo su richiesta della Rsu nel suo complesso che si esprime per il tramite del criterio della maggioranza. Il Giudice si dichiara ben consapevole dell’orientamento contrario della giurisprudenza di legittimità sul punto (da ultimo, Cass. 7 luglio 2014, n. 15437) la quale riconosce al singolo membro della Rsu la possibilità di indire autonomamente l’assemblea; il Tribunale sottolinea però che le sentenze che alimentano questo filone si riferiscono a fattispecie verificatesi prima dell’approvazione del TU sulla rappresentanza. Quest’ultimo, alla Clausola 7 della Parte seconda, Sezione seconda, prevede che “*le decisioni relative a materie di competenza delle RSU sono assunte dalle stesse, a maggioranza, in base a quanto previsto nella parte terza del presente accordo che recepisce i contenuti dell’accordo interconfederale del 28 giugno 2011*”. Non è dato comprendere però con chiarezza se il criterio della maggioranza riguardi la sola attività di contrattazione collettiva della Rsu o se, al contrario, sia il criterio generale di operatività dell’organismo di rappresentanza dei lavoratori. Esperita infruttuosamente un’informativa sindacale per cercare di interpretare la Clausola sulla base della “comune intenzione delle parti”, il Tribunale ha ritenuto che, sulla base del criterio sistematico (la Clausola è contenuta nella Sezione rubricata “*Modalità di costituzione e di funzionamento delle rappresentanze sindacali unitarie*”), “*la clausola, al pari di tutte le altre della medesima sezione, si deve intendere come destinata a regolare il funzionamento della Rsu in generale e non soltanto per certe attività*”. Da ciò, la necessità che la decisione di indire l’assemblea sia presa dall’intera Rsu a maggioranza dei suoi componenti, rimanendo alle OO.SS. di categoria firmatarie del Ccnl applicato all’unità produttiva il diritto “*ad indire singolarmente o congiuntamente, l’assemblea dei lavoratori durante l’orario di lavoro, per 3 delle 10 ore annue retribuite, spettanti a ciascun lavoratore ex art. 20, legge n. 300/1970*” (Clausola 4, ult. prd., lett. a, Parte seconda, Sezione terza, TU sulla rappresentanza).

a compimento l'acquisizione di tutte le suddette attività, la Banca convenuta procedeva ad avviare il terzo e finale passaggio dell'operazione: la cessione a terzi della *"Divisione, Attività Amministrative, Contabili ed Ausiliarie"*, che avrebbe dovuto rappresentare il presunto ramo d'impresa. A conferma di ciò infatti, in data 30.12.2013 – dopo aver manifestato alle OO.SS. la volontà di procedere al trasferimento del suddetto ramo, in favore della Fruendo Srl (Società neo costituita da Basilichi Spa e Accenture Insurance Services Spa) – le parti, cedente e cessionaria, stipulavano il contratto di cessione del sedicente ramo DAACA, il quale veniva definito come composto esclusivamente dal personale ivi addetto e da pochissimi beni strumentali (essendo gli altri rimasti, per la quasi totalità, nella proprietà di MPS e/o del COG). Dal 01.01.2014, data di efficacia del trasferimento *de quo*, Fruendo iniziava a gestire le attività esternalizzate da MPS, impiegando il personale della stessa acquisito che, però, continuava a lavorare esclusivamente per il tramite dei mezzi e degli strumenti rimasti di proprietà della stessa MPS. In altre parole, da tale data, l'attività della DAACA è proseguita immutata se non per il fatto che il personale iniziava ad operare sotto il nome di Fruendo, con la precisazione che i servizi passati in capo alla cessionaria venivano erogati alla cedente, senza soluzione di continuità, sulla base di un contratto di appalto intercorrente tra le due società.

Dopo aver ampiamente descritto le vicende che hanno portato all'esternalizzazione contestata, il Giudice di Prime Cure ha ripercorso minuziosamente la disciplina del trasferimento di azienda (sia sul piano nazionale che su quello eurounitario), riportando testualmente direttive, sentenze della Corte di Giustizia nonché anni di pronunce dei giudici nazionali, arrivando, così, a definire quella che può a ragione definirsi una vera e propria "lezione manualistica sul trasferimento di azienda".

Al riguardo, in estrema sintesi - e per non dilungarsi su principi ormai

pacifici e consolidati - è qui sufficiente ribadire che un "ramo d'impresa", per essere considerato tale ai sensi dell'art. 2112 c.c., deve necessariamente essere connotato da due requisiti basilari ed indefettabili: *"l'autonomia e la preesistenza"*. *Autonomia*, nel senso che il meccanismo traslativo di cui alla norma codicistica potrà attivarsi solo in concomitanza con il trasferimento di un'entità che sia dotata di un'effettiva e oggettiva autonomia funzionale ed organizzativa, tale da configurarla quale entità economica in sé e per sé almeno potenzialmente idonea ad esercitare un'attività di impresa, ovvero, volendo banalizzare, tale da poter funzionare autonomamente quale impresa anche ove "staccata" dal contesto aziendale di provenienza. *Preesistenza*, invece, nel senso che una tale autonoma articolazione, dovendo conservare la sua identità in occasione del trasferimento, dovrà essere necessariamente già esistente prima del trasferimento stesso e non potrà essere creata al momento e in funzione di esso.

Ebbene, per il Tribunale di Siena, applicando al quadro fattuale brevemente descritto i principi ormai consolidati in materia di trasferimento di azienda, l'oggetto dell'operazione posta in essere dalle due società convenute, non può in alcun modo rientrare nella nozione giuridica di "ramo di impresa", trattandosi infatti di un'entità non dotata di alcuna autonomia funzionale ed organizzativa nell'ambito della struttura della cedente, né tanto meno, di una realtà preesistente al momento del suo trasferimento. Addirittura, per il Giudice senese, *"parrebbe quasi che la controversia possa essere decisa già dalla lettura del Piano Industriale 2012/2015"*. Sul punto, infatti, si legge che *"Al dichiarato fine di riduzione degli organici del Gruppo, per una prevalente dichiarata istanza di contenimento dei costi del personale, viene ideata e progettata la individuazione di una entità, quindi ancora insussistente ideata e progettata sin dalla sua successiva nascita (la Divisione AACA) con il dichiarato fine espulsivo, peraltro con contestuale*

*riappropriazione produttiva a mezzo contratto di servizio da eseguirsi a mezzo del costruendo ramo di azienda. Tra le 'leve' della 'riduzione organici gruppo' è esplicitamente posta la 'Cessione Ramo d'Azienda del Back Office di Gruppo', un ramo, lo si ripete, al tempo inesistente"*.

Conferma indiretta delle valutazioni esposte, in ordine alla mancanza di autonomia funzionale della entità trasferita a Fruendo, ma soprattutto in ordine alla perdita di identificazione dell'attività economica ceduta, si ha dall'autorevole responso dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, la quale, analizzando i vari aspetti dell'operazione al fine di valutare se essa potesse considerarsi una "operazione di concentrazione", escludeva nella maniera più assoluta che la struttura oggetto di cessione avesse una qualche autonomia funzionale o operativa e giungeva alla conclusione che la Fruendo non fosse niente più che un nome, dipendendo sotto il profilo operativo da MPS e sotto quello gestionale dalle società che ne detengono le quote, Basilichi Spa e Accenture.

Escluso quindi che la struttura ceduta da MPS a Fruendo avesse la dignità di un ramo di impresa, conclude il Giudice di Primo Grado, la cessione dei rapporti dei ricorrenti doveva essere attuata nelle forme degli artt. 1406 ss. c.c., con la conseguenza che, stante la mancanza di consenso alla sostituzione del loro datore di lavoro, questi ultimi hanno pieno diritto a veder ripristinare il loro rapporto con MPS, da cui sono stati illegittimamente estromessi.

Evidenti sono le implicazioni pratiche di una pronuncia di tale portata. Il Tribunale di Siena, tra i primi a decidere su una vicenda destinata ad arrivare in Cassazione, ha dimostrato di aver limitato la propria valutazione al piano strettamente giuridico, senza cedere ad alcuna influenza e pressione dettata dalle inevitabili conseguenze pratiche di una simile (e indubbiamente coraggiosa) pronuncia. Non resta dunque che aspettare le decisioni degli altri Fori italiani, per poter definire (seppur parzialmente) la complessa vicenda "MPS/Fruendo".

# SOMMINISTRATI & SOTTOPAGATI

## IL CASO DELLE AGENZIE CON SEDE NEI PAESI DELL'EST

GIOVANNI ORLANDINI

**LEGITTIMA  
L'ASTENSIONE DAL  
LAVORO SE IN  
AZIENDA FA  
TROPPO FREDDO**

L'art. 2087 cod.civ., a mente del quale *"l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro"*, legittima i lavoratori, in caso di violazione degli obblighi di sicurezza sul lavoro da parte del datore, a non eseguire la prestazione lavorativa, eccedendo l'inadempimento contrattuale. A ribadire questo orientamento oramai unanime (*ex purimis*, Cass., 7 maggio 2013, n. 10553; Cass., 10 agosto 2012, n. 14375; Cass., 18 maggio 2006, n. 11664; Cass., 9 maggio 2005, n. 9576) è stata la Corte di Cassazione con sentenza, 1 aprile 2015, n. 6631.

Nel caso di specie, alcuni lavoratori si erano rifiutati di svolgere la prestazione lavorativa a causa della bassa temperatura dei locali di lavoro provocata da una rottura dell'impianto di riscaldamento. Tanto la temperatura dei locali era bassa (a causa della stagione e del malfunzionamento), che l'azienda datrice aveva ritenuto legittima l'interruzione dell'attività lavorativa da parte dei dipendenti del piano inferiore; la stessa aveva, invece, trattenuto dallo stipendio dei lavoratori del piano superiore la retribuzione corrispondente alle ore non lavorate.

Così stando le cose, la Suprema Corte ha ritenuto che la condotta del datore di lavoro integrasse gli estremi di un inadempimento agli obblighi di sicurezza sul lavoro discendenti dall'art. 2087 cod.civ., affermando che la violazione di tali obblighi legittima i lavoratori a non eseguire la prestazione, mantenendo il diritto alla retribuzione, in quanto al lavoratore non possono derivare conseguenze sfavorevoli in ragione della condotta inadempiente del datore.

Ha suscitato un certo eco mediatico la notizia di un'agenzia di somministrazione con sede in Romania (a Brasov) ed attiva sul territorio modenese che offre alle aziende italiane lavoratori somministrati sottopagati grazie all'applicazione delle più vantaggiose condizioni di lavoro previste dalla normativa rumena e da un minor costo del lavoro, reso possibile dalla non erogazione di diverse voci contrattualmente previste dai CCNL (tredicesima, quattordicesima, TFR...). Alla reazione di sdegnata sorpresa del Governo ha fatto seguito l'annuncio che simili pratiche di concorrenza sleale giocata sulla pelle dei lavoratori saranno rese fuorilegge dalla completa attuazione del Jobs Act. In realtà quest'ultimo niente prevede per contrastare il dumping sociale nel nostro paese, che piuttosto è destinato ad essere ulteriormente favorito dalla destrutturazione delle tutele legali e dal processo di decentramento del sistema di contrattazione collettiva. Ma al di là delle dichiarazioni ad uso dei media, la vicenda ha fornito comunque l'occasione per l'adozione della circolare del Ministero del lavoro n.14 del 9 aprile con la quale si chiarisce –ad uso del personale ispettivo– il vigente quadro normativo che regola il complesso fenomeno della somministrazione transnazionale dei lavoratori; normativa di attuazione del diritto dell'UE e rispetto alla quale, dunque, gli Stati nazionali hanno un margine limitato di potere di intervento.

Le Agenzie con sede all'estero possono infatti somministrare lavoratori in Italia in virtù delle norme di diritto dell'UE che regolano il funzionamento del mercato unico e che garantiscono la libertà di prestare e ricevere servizi nei diversi Stati membri. Delle condizioni di lavoro e retributive applicabili ai lavoratori dipendenti da tali Agenzie si occupa la direttiva 96/71/CE relativa al distacco di lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, recepita in Italia con il d.lgs. 72/00. In particolare, l'art.4 di tale decreto prescrive che ai lavoratori stranieri sia applicata la medesima disciplina prevista per i

lavoratori somministrati da Agenzie con sede in Italia, vale a dire – per quel che più rileva- l’art.23 del d.lgs. 276/03 a norma del quale il lavoratore somministrato ha diritto *“a condizioni di base e d’occupazione complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell’utilizzatore, a parità di mansioni svolte”* ed è garantito dal regime della solidarietà che rende l’utilizzatore responsabile dei suoi crediti retributivi.

La norma in questione è coerente con quanto previsto dall’art.3.9 della direttiva 96/71, il quale autorizza gli Stati ad estendere alle agenzie straniere gli stessi obblighi economici e normativi gravanti sulle agenzie del paese dove la somministrazione è eseguita. Nei confronti dei lavoratori somministrati, in altre parole, il diritto dell’UE consente sia garantita la parità di trattamento tra lavoratori stranieri ed italiani; il che non è ammesso dalla stessa direttiva 96/71 nel caso in cui il distacco venga operato tramite l’appalto. L’art.3.1 della direttiva prescrive infatti che le imprese appaltatrici con sede all’estero sono tenute a rispettare le condizioni di lavoro previste nello Stato ospitante soltanto in relazione ai minimi salariali del CCNL ed agli standard minimi di legge relativi ad un numero limitato di materie (orario e pause, ferie, salute e sicurezza, tutela della maternità e non discriminazione).

A ragione dunque il Ministero richiama gli ispettori ad una rigorosa applicazione della normativa vigente, ricordando che pratiche come quelle pubblicizzate dall’agenzia rumeno-modenese sono illegali e vanno adeguatamente sanzionate. Tuttavia merita ricordare che, anche rispettando gli obblighi di legge, somministrare lavoratori in Italia da un paese dell’est offre comunque significativi vantaggi

competitivi sul piano del costo del lavoro. I lavoratori assunti da un’Agenzia legalmente costituita in un altro paese sono iscritti nel regime previdenziale di quel paese e la contribuzione è conseguentemente determinata in base alle aliquote ivi previste. Rileva in questo caso il Regolamento CE n.883/04 relativo al coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale il quale –per evitare frazionamenti dei regimi previdenziali- prescrive che il lavoratore distaccato resti iscritto per 24 mesi presso il sistema del suo paese d’origine. L’onere contributivo può poi ridursi ulteriormente considerando che la legge del paese d’origine determina anche la composizione della base imponibile, il che rende possibile la sottrazione da questa della differenza tra la retribuzione fissata dai CCNL italiani e quella contrattualmente prevista in quel paese.

Certo, come ricorda sempre il Ministero, l’agenzia deve essere legalmente costituita, configurandosi altrimenti un’illecita somministrazione sanzionabile ex art.27 d.lgs.276/03. Tuttavia le condizioni per la sua costituzione sono anche in questo caso quelle determinate dalla legislazione del paese d’origine, ed in sede ispettiva è possibile soltanto accertare il possesso di un documento che ne attesti l’esistenza. Il Ministero, a tal proposito, richiama anche gli obblighi di versamento del deposito cauzionale e della garanzia fideiussoria previsti dall’art. 5 d.lgs. 276/03 dai quali le imprese straniere vanno esenti in caso di adempimento nel paese d’origine; ma –di nuovo- è la legislazione di quel paese che ne fissa l’importo che è – specie nei paesi dell’est- notevolmente meno oneroso rispetto a quello imposto alle agenzie italiane (350.000 euro),. In breve, se da una parte costituire

un’Agenzia in uno paese dell’est europeo offre incomparabili vantaggi finanziari ed organizzativi rispetto a quanto prescrive la normativa italiana, dall’altra contestare ad un operatore straniero l’assenza di presupposti legale per esercitare l’attività di somministrazione in Italia è praticamente impossibile.

In generale senza una fattiva collaborazione tra ispettorati dei diversi paesi, l’attività di controllo e di repressione degli illeciti è estremamente difficoltosa, non trovandosi il datore sul territorio nazionale. Per questo il Ministero, già in un interpello del 2010 (n. 33/10) ha invitato gli ispettori a notificare la diffida accertativa dei crediti retributivi (ex art.12, d.lgs. 124/2004) anche all’utilizzatore stabilito in Italia, con conseguente possibilità del lavoratore straniero di agire direttamente nei confronti di questo in luogo del proprio datore. Resta il fatto che un simile strumento presuppone la collaborazione e l’iniziativa del lavoratore interessato (che quasi sempre non c’è).

C’è da augurarsi che l’Italia recepisca pienamente la “nuova” direttiva 2014/67/UE finalizzata a dotare gli Stati di più efficaci strumenti di contrasto agli abusi nel ricorso al distacco transnazionale. In particolare sarebbe necessario introdurre precisi obblighi relativi alla tenuta ed alla traduzione dei documenti sociali da parte delle agenzie e delle imprese straniere; oltre che un generale obbligo di preventiva comunicazione di distacco, la cui mancanza rende impraticabile la programmazione di qualsiasi attività ispettiva. Posto che, ovviamente, senza investire risorse sul rafforzamento degli organi ispettivi anche la miglior riforma è destinata a rimanere sulla carta.

# LA CONSULTA, SÌ' ALLA SCELTA EX LEGE DEL CONTRATTO COLLETTIVO APPLICABILE

MARIA GRAZIA LOMBARDI

La Corte Costituzionale, attraverso una pronuncia di pochi capoversi, passata sulle prime quasi inosservata, interviene in modo incisivo sul sistema di relazioni industriali del Paese. Con la sentenza n. 51, del 26 marzo 2015, pubblicata il 1 aprile, il Giudice delle leggi ha infatti affermato la legittimità della norma che stabilisce, in ambito cooperativo, l'applicazione dei "trattamenti economici complessivi" dettati dai CCNL sottoscritti dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, a preferenza di altri contratti destinati a regolare la categoria e, segnatamente nel caso *sub judice*, del contratto UNCI CONFISAL. Ha affermato, cioè, che la selezione contrattuale effettuata dalla legge, nel rispetto dei canoni di cui all'art. 36 Cost., attraverso la designazione, seppure indiretta, di un contratto collettivo da applicare fra i diversi esistenti nel settore, "regge" in riferimento all'art. 39 Cost., e cioè alla norma che stabilisce il principio di libertà sindacale e, attraverso complicate mediazioni argomentative, la "parità" dei contratti collettivi dello stesso livello, e che lega la loro applicazione, sostanzialmente, alla scelta del datore di lavoro.

La sentenza in commento è stata resa nel giudizio di legittimità, in riferimento all'art. 39 Cost., dell'art. 7, co. 4, del decreto legge 248/2007 (Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, della L. 31/2008, nella parte in cui stabilisce che "fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'art. 3, co. 1, della legge 3 aprile

2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria".

Esaminando più da vicino la pronuncia, si colgono immediatamente gli aspetti "deflagranti" del dispositivo, numerosi e capaci di espandersi in direzioni nemmeno del tutto prevedibili, non solo sul piano intersindacale, ma su quello cruciale del contenzioso, passando per l'ambito più minuto, e diffuso, della vigilanza ispettiva, per finire alle ricadute eventualmente più strutturali della pianificazione legislativa, in un certo senso "liberata" dall'angolo cui alcuni corollari interpretativi dell'art. 39 Cost. negli anni l'hanno costretta.

## IL DUMPING CONTRATTUALE NELL'ELABORAZIONE GIURISPRUDENZIALE E AMMINISTRATIVA

La norma censurata era stata già posta all'attenzione della Corte. In particolare, lo stesso Giudice rimettente, il Tribunale di Lucca, l'aveva sollevata, in un giudizio per molti versi analogo, con due ordinanze del 14 aprile 2011. Il procedimento *a quo* vedeva coinvolta l'INPS in un giudizio in opposizione all'iscrizione a ruolo previdenziale, per recuperi (retributivi e di conseguenza) contributivi effettuati in virtù dell'applicazione da parte dell'Istituto di minimali contrattuali diversi e più alti di quelli applicati dal datore di lavoro. Tuttavia la Corte aveva concluso per l'inammissibilità, affermando che l'art. 7, comma 4, norma concernente il rapporto di lavoro tra società e socio lavoratore, con il relativo profilo retributivo, non fosse decisivo nei giudizi pendenti dinnanzi al Giudice rimettente, in cui si discuteva del rapporto previdenziale tra il datore di lavoro (società cooperativa) e l'ente previdenziale, regolato da una diversa norma, l'art. 1 del d.l. n. 338 del 1989 (Sent. Cost. n. 59/2013).

A prescindere dal merito della decisione, che si coglie nelle prolisse digressioni di una pronuncia pur risolta in preliminari considerazioni di rito, le stesse ordinanze di rimessione testimoniano come in ambito cooperativo il problema del *dumping* contrattuale, cioè delle pratiche distorsive che, soprattutto in periodi di crisi economica, dalla fisiologica concorrenza contrattuale conducono alla selezione di accordi "al ribasso" tesi all'abbattimento dei costi, si sia progressivamente imposto come uno dei nodi più critici della regolazione del lavoro. Talmente critici da far registrare penetranti interventi del Ministero del Lavoro, che ha affrontato il problema attraverso atti di indirizzo – in particolare, con le circolari del 9 novembre 2010 e del 6 marzo 2012 – relativi agli Osservatori sulla cooperazione, e incentrati sull'individuazione del CCNL applicabile ai sensi dell'art. 7, co. 4 del d.l. n. 248/2007, e sulla esplicita selezione della fonte negoziale, attraverso il ricorso a determinati indici di rappresentatività (consistenza associativa, diffusione territoriale e settoriale, contratti sottoscritti, secondo la circolare del Ministero del lavoro del 1 giugno 2012). Le due circolari del marzo e del novembre 2012, immediatamente sospettate di violare il principio di libertà sindacale sebbene ovviamente sottratte allo scrutinio di legittimità costituzionale, sono state impugnate da UNCI e CONFISAL per l'annullamento dinnanzi al TAR Lazio, sul presupposto che la legge (l'art. 1 del d.l. n. 338/1989, in materia quindi di base imponibile a fini contributivi) afferma "la contestuale operatività di tutti quei contratti collettivi che provengono da associazioni sindacali dotate del maggior grado di rappresentatività", escludendo la "deriva monopolistica che frustra il principio di pluralismo sindacale di cui all'art. 39 Cost."

Il giudice amministrativo non ha annullato gli atti, richiamandosi alla norma dell'art. 2, co. 25 della Legge 28.12.1995, n. 549, che nel dettare l'interpretazione dell'art. 1 del decreto-legge 9 ottobre 1989, n. 338 ha chiarito espressamente che anche la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali, in caso di pluralità di contratti per la stessa categoria, è quella posta dai soggetti collettivi che rispondono a particolari criteri di rappresentatività. (TAR Lazio, n. 08865/2014). Il giudice amministrativo ha cioè salvato le circolari gravate ma ha mantenuto basso il profilo della decisione non cedendo alle sirene della questione di costituzionalità, ed ha asseverato l'attività ministeriale, senza intervenire in modo espresso sulla legittimazione del Ministero ad effettuare la selezione del contratto applicabile – in tali termini sicuramente esclusa – ma con un'affermazione semplice e definitiva: "l'avverbio "comparativamente" introduce un elemento di confronto degli oggettivi parametri numerici sulla base dei quali deve essere determinato il grado di rappresentatività" e le circolari, prosegue il Giudicante, non fanno altro che offrire una ricognizione di tali parametri.

Tali precedenti offerti dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa alle prese con il tema, espressivi di canoni di "ragionevolezza" del sistema giuridico complessivo, possono allora sicuramente considerarsi anche frutto di valutazioni prudenziali che in un ambito molto "caldo" di regolazione, caratterizzato dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e dalla libera dialettica delle dinamiche contrattuali, successivamente inciso da alcune norme che sono intervenute a canalizzare tale dialettica, e d'altro canto drammatizzato da esigenze di "moralizzazione" rispetto a fenomeni di "concorrenza sleale" a danno dei lavoratori, consigliano all'interprete una certa cautela.

#### GLI ARGOMENTI DELLA CORTE

Una questione di legittimità costituzionale sulle norme esaminate, avrebbe probabilmente avuto, infatti, esiti scontati, ma di segno opposto a quelli inaugurati dalla pronuncia di marzo. Il ragionamento della Corte nella sentenza 51/2015 si iscrive nell'orizzonte disegnato

dalla giurisprudenza costituzionale più risalente, che sul punto si può considerare *tranchante*, tanto da aver consolidato quegli esiti, preludio ad un'inerzia legislativa che è rimasta una costante monolitica di regolazione. La ormai classica Corte Cost. n. 106/1962 ha infatti affermato, più di mezzo secolo fa, la "palese illegittimità" di una legge che ampli l'efficacia soggettiva del contratto collettivo al di fuori del meccanismo previsto dall'Art. 39 Cost, salvando il prototipo di una tale legge, la Vigorelli (741/1959), da una censura così radicale esclusivamente in quanto "*transitoria, provvisoria ed eccezionale, rivolta a regolare una situazione passata e a tutelare l'interesse pubblico della parità di trattamento dei lavoratori e dei datori di lavoro*", e però introducendo il prevedibile corollario dell'illegittimità di leggi successive che tali caratteri non avessero avuto. In un contesto di relazioni industriali molto diverso dagli anni '50 ma ancora caratterizzato dalla mancata attuazione dell'art. 39 da un lato, e dall'assenza di una legge sulla rappresentanza dall'altro, i dubbi di legittimità della norma censurata rimangono tutt'altro che infondati. La Corte li esclude recisamente, in poche battute, attraverso il ricorso al precetto della proporzionalità e sufficienza della retribuzione, *ex art. 36 Cost.*

Nell'ordinanza di rimessione il Tribunale ordinario di Lucca rileva come la norma sottoposta al giudizio della Corte "imponendo al Giudice, in presenza di una pluralità di contratti collettivi di settore, di applicare un trattamento retributivo non inferiore a quello previsto da alcuni di tali contratti, *senza una previa valutazione ex art. 36 Cost. del diverso contratto collettivo applicato per affiliazione sindacale dall'impresa*, inciderebbe autoritativamente sul dinamismo, anche conflittuale, della concorrenza intersindacale, realizzando un'indebita estensione dell'efficacia collettiva dei contratti collettivi (sia pure limitatamente alla sola parte economica), in violazione appunto dell'art. 39 Cost."

La difesa statale solleva delle eccezioni di inammissibilità, non accolte, ed alcune eccezioni di infondatezza, tra le quali, in particolare, quella su cui poi la Corte sostanzialmente si attesta, e che restituisce una lettura della norma per così

dire "minima", e costituzionalmente orientata. L'Avvocatura dello Stato sostiene infatti che la norma impugnata sia "espressione di un interesse costituzionalmente protetto, ossia quello di dare integrale attuazione all'art. 36 Cost.", non già, invece, fonte di un obbligo per il lavoratore e la cooperativa "di applicare al rapporto di lavoro una regolamentazione pattuita da attori sindacali che non li rappresentano". Ed è proprio il riferimento all'art. 36 Cost., come anticipato, che nel ragionamento della Corte "salva" la norma. Il Giudice delle leggi sposta radicalmente il *focus della decisione*, allontanando l'argomentazione dalle secche dei limiti all'estensione dell'efficacia dei CCNL. Non è dunque di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dalle oo.ss. comparativamente più rappresentative che si sta parlando, ma di un riferimento ai trattamenti economici complessivi minimi previsti da tali contratti come "*parametro esterno di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore ai sensi dell'art. 36 Cost.*" Non si ha cioè in questo caso – precisa la Corte – un "recepimento normativo" del contenuto del CCNL, meccanismo che resta costituzionalmente inammissibile.

Questo perché le operazioni tese ad estendere ai soci lavoratori delle cooperative la tutela propria del lavoro subordinato, organicamente perseguite dalla L. 142/2001, e ricostruite dalla Corte, sono incentrate sulla previsione dell'art. 3 di tale legge, a tenore del quale "[...] *le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato, e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva del settore o della categoria affine*". Tale norma formalizza, in ambito cooperativo, il meccanismo di determinazione giudiziale della retribuzione tipico del lavoro subordinato, in cui il Giudice verifica che la stessa sia proporzionata e sufficiente come richiede l'art. 36 attraverso il riferimento ai CCNL applicabili alla categoria di appartenenza

(o affine), per sostanziare il giudizio di equità che gli riserva l'art. 2099 c.c. Il sistema si completa, secondo la Corte, proprio con la norma impugnata, che “cala” il citato art. 3 all'interno del contesto negoziale pluralista, e individua il contratto stipulato dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, “prevalente” su quello eventualmente applicabile per affiliazione. Benché abilmente minimizzato, il passaggio cruciale della motivazione sembra proprio questo, che la Corte argomenta in maniera singolare, richiamando il Protocollo d'intesa concluso il 10 ottobre 2007 da Ministero del Lavoro, Ministero dello sviluppo economico, e le principali centrali rappresentative in ambito cooperativo, inteso a marginalizzare i contratti cc.dd. “pirata”, e trasfuso in legge due mesi dopo proprio nella norma impugnata, e l'intensa attività ispettiva successiva su impulso del Ministero del Lavoro, oltre alla conforme giurisprudenza di legittimità. La prassi concertativa ispirata da finalità di tutela del minimale retributivo in ambito cooperativo viene così “presidiata” anche dall'esterno, e lo spostamento dell'ottica sulla garanzia della retribuzione che eclissa gli attriti della norma con il 39 Cost. determina conseguenze molto importanti.

### GLI EFFETTI DELLA PRONUNCIA

Intanto, si coglie un certo *understatement* della sentenza in riferimento al fatto che, in realtà, la lettura della norma come mera riproposizione del meccanismo giudiziale di definizione della retribuzione in ambito cooperativo, in mancanza di determinazioni contrattuali o a seguito della dedotta insufficienza delle stesse, formalizza una regola, tesa a conformare le dinamiche contrattuali in via anticipata rispetto alla fase contenziosa, solo eventuale, e soprattutto indipendentemente dalle valutazioni che in quella fase il meccanismo del combinato disposto fra art. 36 Cost. e art. 2099 c.c. comunque riserva al Giudice: non a caso l'ordinanza di rimessione non discute puramente e semplicemente la scelta normativa del contratto applicabile, ma

circostanzia il dubbio di legittimità costituzionale che tale scelta sia fatta in maniera autoritativa, generale, e astratta “*senza una previa valutazione ex art. 36 Cost. del diverso contratto collettivo applicato per affiliazione sindacale dall'impresa*”, come il rimettente sottolinea in un inciso centrale nell'argomentazione, ma che la Corte lascia in ombra.

In secondo luogo, la Corte non solo non basa la legittimità della norma sul suo carattere transitorio (“*fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore [...]*”) – che tuttavia il legislatore aveva sicuramente concepito proprio come un salvacondotto – ma tale carattere viene anzi espressamente citato come un dato indifferente nell'argomentazione, con prevedibili ricadute in termini di progressiva apertura ad altre analoghe opzioni legislative. Proprio in riferimento alle tendenze *de jure condendo*, si può sviluppare il corollario più importante della pronuncia, che è quello di una presunzione di legittimità costituzionale di una legge sui minimi salariali, di impostazione “universalistica”, a livello interprofessionale e intersettoriale, in cui la determinazione degli stessi sia effettuata tramite un rinvio ai CCNL. In modo cioè diverso da quanto previsto dal *Jobs Act* che introduce il compenso orario minimo soltanto per i lavoratori appartenenti a quei settori che non sono regolati da contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In riferimento a tale previsione, che segue il primo intervento legale sulla retribuzione minima previsto dalla legge Fornero (determinazione del compenso dei lavoratori a progetto attraverso il parametro dei minimi retributivi previsti dai CCNL di categoria per i lavoratori che svolgono “mansioni equiparabili”), ci si deve augurare che, sulla stessa linea, i decreti attuativi affidino la determinazione dei minimi ai CCNL stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

Infine, la sentenza insiste sulla finalità della norma di garantire la parità

di trattamento fra lavoratori e datori di lavoro, e sull'effetto *antidumping* dell'interpretazione accolta, tradendo la profonda consapevolezza di una possibile censura della norma rispetto alle previsioni comunitarie e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, di segno decisamente meno progressista in riferimento alle clausole sociali, e prevedibilmente ostile a quello che nella sostanza continua a sembrare un indirizzo molto più avanzato della semplice introduzione di una clausola sociale, e cioè un obbligo imposto a soggetti non stipulanti di rispettare il CCNL. E' nel dialogo con la giurisprudenza della Corte di Giustizia ed è rispetto alla progressiva dismissione della dimensione sociale dall'orizzonte comunitario – nemmeno evocato eppure così suggestivo – che si può cogliere forse il senso di una pronuncia coraggiosa, rivolta, al di là dell'approccio minimalista, a ridare alle Corti Supreme nazionali il loro ruolo di presidio contro le ricadute più drammatiche dal punto di vista sociale del processo di integrazione.