

03 / 2016

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

PER UN PUGNO DI EURO

**Le Sezioni Unite quantificano il danno da
illecita assunzione a termine
nel pubblico impiego**

La Corte Costituzionale
sulla stabilizzazione nel
pubblico impiego

Il licenziamento
ed i permessi
ex Legge 104

L' onere della prova
nel licenziamento
economico

Le collaborazioni
organizzate dal
committente

03

Marzo 2016

01

Precari pubblici

Danno sì, ma senza esagerare

di Danilo Conte

03

Stabilizzati a metà

La C.C. ammette la stabilizzazione per i dipendenti regionali, ma non quelli degli enti strumentali

di Andrea Ranfagni

06

Permessi ex legge 104

C'è abuso anche in presenza di un comportamento elusivo

di Adele Pasquini

08

Collaborazioni organizzate dal committente

La circolare del Ministero

di Giovanni Calvellini

10

Più difficile per il datore di lavoro provare il giustificato motivo oggettivo

La Cassazione sull'onere della prova nel licenziamento

di Giovanni Orlandini

DIRITTI & LAVORO idee e strumenti per il sindacato **FLASH**

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato Scientifico

Avv. Andrea Danilo Conte
Avv. Fabio Rusconi

In redazione

Giovanni Calvellini
Livia Irtinni
Ivan Petrone
Adele Pasquini
Andrea Ranfagni

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro
Via della Condotta, 12
50122 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

PRECARI PUBBLICI

Danno sì, ma senza esagerare

di Danilo Conte

Il precario pubblico che ha visto più volte rinnovato illegittimamente il proprio rapporto di lavoro a termine da parte di una pubblica amministrazione ha diritto al risarcimento del danno per la perdita di chance che il precariato ha comportato. Il danno esiste di per sé, senza alcun onere della prova per il lavoratore. Il suo risarcimento è predeterminato in una somma compresa tra le 2,5 e le 12 mensilità. Queste, in sintesi, le conclusioni cui sono giunte le SS.UU. della Suprema Corte di Cassazione nell'attesissima sentenza 5072/2016 in materia di abuso del contratto a termine nel pubblico impiego.

La sentenza interessa migliaia di procedimenti pendenti nei quali i lavoratori precari delle pubbliche amministrazioni hanno agito in giudizio chiedendo venisse dichiarata l'illegittimità dei contratti a termine e quindi, la conversione a tempo indeterminato o, in ipotesi, il risarcimento del danno. La giurisprudenza di merito, salvo poche oscillazioni, si era abbastanza unanimemente pronunciata negando la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e condannando le amministrazioni al risarcimento del danno pari a quindici mensilità, utilizzando come parametro di riferimento l'art. 18 dello Statuto nella parte in cui prevede un'indennità sostitutiva alla reintegra.

Giunti in Cassazione i giudizi avevano avuto esiti diversi. In alcuni pronunciamenti la Corte aveva confermato la sentenza dei giudici di merito (quindi indicando in 15 mensilità il parametro di riferimento). In altri la Suprema Corte aveva invece individuato nell'art. 8 l. 604/1966 l'ammontare del danno (e quindi tra le 2,5 e le 6 mensilità) in altri ancora l'indennità di cui al rinnovato art. 18 post-Fornero. Da qui la necessità di rinviare la decisione alle Sezioni Unite stante la rilevanza del tema per il numero dei procedimenti coinvolti.

Le SS.UU. con la sentenza in esame, dopo ampia disamina delle caratteristiche

speciali che connotano e distinguono il precariato pubblico rispetto al precariato privato, hanno cercato di sciogliere tutti i nodi ancora irrisolti con un pronunciamento in cui è apprezzabile lo sforzo di tenere insieme la tradizione giurisprudenziale del nostro ordinamento con il "nuovo" diritto europeo. Una decisione che segna un passo in avanti ma che suscita alcune perplessità e presenta numerosi punti critici.

La prima questione importante era la seguente: il precario che agisce deve dare prova del danno subito secondo le ordinarie regole previste dall'ordinamento in materia di ripartizione dell'onere della prova? La Corte di Cassazione risponde di no e sancisce in questo modo, definitivamente e nel modo più autorevole, l'ingresso nel nostro ordinamento della nozione di "danno comunitario". Aderendo al limpido dettato della giurisprudenza comunitaria (cfr. Papalia C-50/13) secondo la quale l'onere della prova in capo al lavoratore non può di fatto "rendere impossibile o eccessivamente difficile" l'esercizio dell'azione risarcitoria, la Suprema Corte sancisce che, diversamente dagli ordinari oneri probatori in materia di risarcimento previsti dall'ordinamento, il danno subito dal lavoratore precario è un danno che esiste di per sé, discende direttamente dalla sussistenza dei rapporti a termine illegittimi.

Solo questa diversa ripartizione degli oneri probatori rende una normativa

che non prevede la conversione a tempo indeterminato compatibile con gli intenti dissuasivi voluti dalla normativa europea (direttiva 1999/70). Si tratta senza dubbio di una novità o quanto meno di una novità per l'autorevolezza dell'organo da cui proviene il pronunciamento.

La Corte passa poi ad affrontare la seconda importante questione: quali sono i parametri di riferimento per quantificare tale danno? Per poter rispondere a tale quesito le SS.UU. affrontano preliminarmente la questione della definizione del danno da precariato pubblico. Che danno subisce il precario pubblico in presenza di un abuso? La Suprema Corte è certa nell'escludere che il danno consista nella "perdita del posto di lavoro". Dal momento che il principio di non conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato affonda solide radici nell'art. 97 della Costituzione è da escludersi che sia questo il danno, poiché la conversione non è prevista dal sistema: la non conversione quindi è assolutamente legittima e non è il posto di lavoro il danno subito. Il danno consisterebbe, viceversa, nella perdita di chances. Sono conseguentemente da escludersi tutti i parametri risarcitori connessi in qualche modo con la perdita del posto di lavoro e quindi con il licenziamento, tra i quali l'art. 18 S.L. pre o post Fornero e l'art. 8 l. 604/1966. Rimane ed è il più adatto alle caratteristiche del danno come sopra definito, secondo le SS.UU. l'indennità di cui all'art. 32 l. 183

/2010 (collegato lavoro) il quale prevede un'indennità forfettaria, sconnessa da qualsiasi onere probatorio. I Giudici di merito stabiliranno quindi l'ammontare dell'indennità sulla base di tale norma ed utilizzando i parametri indicati dalla stessa.

Ed è in questa seconda parte della sentenza che si rilevano gli spunti di maggiore criticità della stessa. Anzitutto la definizione di danno da precariato fatta propria dalla Suprema Corte appare cogliere solo parzialmente la portata del danno sociale che si è consumato in questi anni. Il precario non subisce solo una perdita di chances. Oltre a tale perdita il precariato comporta di per sé una maggiore onerosità nello svolgimento del rapporto di lavoro, una sofferenza esistenziale che affonda le sue radici nell'incertezza del futuro prossimo e del futuro remoto, un'impossibilità di programmazione degli eventi più importanti della propria vita, un'atrofizzazione della partecipazione del lavoratore alla vita aziendale ed infine un autentico ostacolo a quei processi di consapevolezza dei propri diritti e di sindacalizzazione dell'esperienza lavorativa che solo la stabilità del rapporto di lavoro consentono. Ridurre il danno da precariato alla sola perdita di chance risente di un approccio economicista alla nozione di rapporto di lavoro che esclude la funzione sociale dello stesso. Da questo punto di vista il parametro utilizzato dalla giurisprudenza di merito (quindici mensilità ex art. 18 S.L.) coglieva più fedelmente ed integralmente gli effetti dell'abuso del precariato.

Un secondo salto logico è rilevabile nel passaggio in cui, definito il danno da precariato solo come danno da perdita di chances, si individua nell'art. 32 l. 183/2010 il parametro di riferimento. Quell'indennità infatti è stata individuata dal legislatore solo come risarcimento forfettizzato del danno retributivo per il lavoratore che ottiene la conversione del rapporto precario in rapporto a tempo indeterminato ed è aggiuntiva ad esso. In essa non è rilevabile niente che abbia un minimo legame con la perdita di chance. Il terzo elemento di criticità, difficilmente superabile, risiede nella disparità di trattamento tra il dipendente pubblico e quello privato. In quanto il primo ottiene solo l'indennità di cui all'art. 32 il secondo ottiene la medesima indennità ed in più la conversione. I Giudici della Suprema Corte se ne avvedono e rispondono preventivamente che non vi è disparità di trattamento poiché l'indennità di cui all'art. 32 spetta al precario pubblico senza alcun onere della prova ed in tale facilitazione sarebbe rilevabile un riequilibrio, ma dimentica la Suprema Corte che anche al precario privato l'indennità di cui all'art. 32 spetta prescindendo da qualsiasi onere probatorio e quindi la grande disparità rimane.

Dal momento che tutti i giudici di merito avevano liquidato un danno nella misura di quindici mensilità c'è da aspettarsi una pioggia di cassazioni con rinvio. Auspicando che i Giudici di merito, in sede di rinvio si attestino almeno sui parametri massimi previsti dall'art. 32. Diversamente, sorgerebbero nuovi dubbi sull'efficacia dissuasiva dell'indennità individuata dalle Sezioni Unite. ■

Stabilizzati a metà

La Corte costituzionale ammette la stabilizzazione per i dipendenti regionali, ma non per quelli degli enti strumentali

di **Andrea Ranfagni**

Stabilizzazioni solo per i dipendenti della regione, non anche per coloro che risultano formalmente assunti da enti che, pur essendo collegati all'ente territoriale, sono giuridicamente autonomi rispetto al medesimo. Questo quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella Sentenza n. 37 del 25 febbraio 2016 resa al termine di un procedimento nel corso del quale era stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale degli artt. 2 e 4 della Legge Regionale Puglia n. 47 del 14 novembre 2014, di attuazione di quanto prescritto dal comma 529 della Legge di Stabilità 2014 (l. n. 147/2013), ovvero la disposizione che ha dato la possibilità alle regioni di procedere alla stabilizzazione del proprio personale precario.

La decisione va inevitabilmente contro alle speranze di stabilizzazione di molti precari, che, pur non essendo formalmente dipendenti della regione, nell'interesse e nell'ambito delle attività di quest'ultima prestano da anni la propria attività.

Prima di analizzare nel merito la decisione in commento, rilevandone i possibili aspetti critici, è opportuno ricapitolare brevemente il contenuto delle norme oggetto del giudizio di legittimità costituzionale. Come detto, la Consulta si è pronunciata con riferimento, in primo luogo, al comma 529 della Legge di Stabilità 2014 (l. n. 147/2013) (si veda per un commento sul punto anche il Bollettino n. 1/2014).

Tale disposizione ha introdotto la possibilità per le regioni di procedere alla stabilizzazione, mediante assunzione a tempo indeterminato, del proprio personale precario. La caratteristica di tale meccanismo risiede nel fatto che, diversamente da altre forme di stabilizzazione sperimentate in passato (in primis, quella di cui alla Legge di Stabilità 2007), non si è previsto l'onere di procedere a determinate procedure concorsuali, ma si è configurato un percorso molto più diretto, per cui, sempre su facoltà della regione (quindi mai con obbligo di quest'ultima), è possibile procedere all'assunzione a tempo indeterminato previa richiesta del lavoratore interessato.

In ciò il meccanismo in commento si distingue nettamente dalle uniche forme di stabilizzazioni oggi possibili

presso altre PA e che consistono solo nella possibilità di riservare, nel limite del 40%, determinati posti messi a concorso in favore di dipendenti che hanno maturato 3 anni di anzianità presso l'amministrazione che bandisce il concorso (art. 35, comma 3-bis, lettera a), d.lgs. n. 165/2001). Un meccanismo, quest'ultimo, che quindi opera nell'ambito di un concorso necessariamente aperto anche a soggetti "esterni" alla PA che bandisce. Tornando alle regioni e al meccanismo di cui al comma 529 della Legge di Stabilità 2014, è bene ricordare anche che sono stati previsti dei requisiti specifici perché le regioni possano stabilizzare.

In primo luogo, è necessario che le stesse non abbiano presentato, alla data del 31 dicembre 2012, situazioni di eccedenza di personale.

Il meccanismo di stabilizzazione opera poi solo a favore di coloro impiegati a tempo determinato per colmare vuoti di organico (circostanza difficile da riconoscere da parte delle regioni, posto che si traduce in un'ammissione di colpa circa la violazioni dei limiti sull'impiego a termine) per un periodo di 36 mesi o più (ma in quest'ultimo caso è necessario che il superamento del limite dei 36 mesi sia avvenuto in virtù di contratti collettivi) nell'arco dell'ultimo quinquennio.

E' necessario, altresì, che le assunzioni a termine siano state effettuate a seguito di superamento di un concorso pubblico.

Tali requisiti sono poi stati di recente modificati, posto che con

la Legge di Stabilità 2016 è stato aggiunto un ultimo periodo al comma 529, in base al quale perché la regione possa stabilizzare è necessario che il personale interessato risulti in servizio “alla data di entrata in vigore della presente legge” e abbia maturato il requisito dei 36 mesi nell’ultimo quinquennio alla data del 31 dicembre 2015.

Tali novità hanno evidentemente ristretto il campo dei possibili interessati dalle procedure di stabilizzazione.

Se, infatti, pare che in precedenza potesse trattarsi di un meccanismo operante senza limiti tempo, comunque “mobile”, con le suddette novità per forza di cose ciò non potrà essere. E ciò soprattutto se l’espressione relativa all’essere “in servizio alla data di entrata in vigore della presente legge” s’interpreta, come pare, con riferimento all’entrata in vigore della legge di Stabilità 2014 e non 2016. Questo quindi l’impianto (farraginoso) contenuto nella Legge di Stabilità 2014. Molte regioni hanno poi dato attuazione a quanto prescritto dal comma 529 e ciò è avvenuto anche ad opera della regione Puglia, la quale, con la Legge Regionale n. 47 del 14 novembre 2014 ha dettato su di un piano procedurale modalità e termini per procedere alla stabilizzazione. Nel fare ciò, però, si è previsto che il meccanismo in questione possa operare non solo a favore di coloro che risultano formalmente assunti dalla stessa regione Puglia, ma anche verso coloro dipendenti di enti collegati

alla regione, principalmente perché di “proprietà” di quest’ultima (cioè partecipati al 100%) o comunque utilizzati dalla medesima per adempiere alle proprie funzioni amministrative, quali, ad esempio, società in house, ARPA, Autorità di bacino.

Quest’ultima norma, come anticipato, è finita al vaglio di legittimità costituzionale a seguito di ricorso della Presidenza del Consiglio dei Ministri presentato nel corso 2015. La Consulta si è così pronunciata e con la Sentenza del 25 febbraio scorso ha avuto modo di affermare che la legge della Regione Puglia, nell’estendere il meccanismo di cui al comma 529 della Legge di Stabilità 2014 anche a personale appartenente ad enti regionali ma non dipendente direttamente della regione, ha illegittimamente ampliato la platea dei “fruitori” prevista dalla legge statale, con ciò violando l’art. 117, comma 3 della Costituzione relativa alla cosiddetta “potestà legislativa concorrente” Stato/Regioni.

In altre parole, quindi, sul presupposto che la stabilizzazione del personale è materia in cui lo Stato detta principi generali, la regione emana la disciplina di dettaglio nel rispetto di detti principi generali (probabilmente - ma non viene spiegato nel testo della sentenza - perché rientrante nel concetto di “tutela del lavoro” contenuto nell’art. 117, comma 3 Costituzione), si è ritenuto che con l’estensione della stabilizzazione a personale non avente un contratto di

lavoro direttamente con la regione si è violato quanto prescritto dallo stesso comma 529, dal quale emergerebbe che il personale interessato è solo quello formalmente assunto dalla regione in senso stretto.

Proprio in virtù di quest’ultima interpretazione della legge statale, poi, la Corte ha disatteso le osservazioni della regione Puglia, la quale aveva fatto presente nel corso del giudizio il carattere “strumentale” che gli enti regionali hanno rispetto alla regione stessa, circostanza che avrebbe giustificato l’estensione del meccanismo di stabilizzazione.

Quest’ultima argomentazione pareva quanto meno plausibile e fondata su ragioni più sostanziali. La Corte Costituzionale, però, ha affermato che essa non può essere presa in considerazione di fronte ad una previsione statale “evidentemente” circoscritta al solo personale dell’ente territoriale. Se non che, la Consulta è ben lungi dallo spiegare da quali parole utilizzate dal comma 529 emergerebbe tale “evidenza”. A ben guardare infatti nel testo del comma 529 non paiono riscontrabili espressioni tali da non lasciare dubbi, ma, anzi, termini che in qualche modo sembrano portare alla diversa conclusione cui era giunta la Regione Puglia.

In primo luogo, infatti, la parola “regioni” viene utilizzata solo all’inizio del testo quale soggetto che “sta assolvendo alle carenze di organico attraverso il ricorso e l’impiego di personale assunto con procedure ad evidenza pubblica...”.

FLASH

LA CORTE D'APPELLO BOLOGNA SI DISSOCIA DALL'ORIENTAMENTO DELLA CASSAZIONE IN MATERIA DI ART. 18 APPLICABILE AL PUBBLICO IMPIEGO

Insomma, sembra alludersi alle regioni in generale, come organi di indirizzo politico-amministrativo, conseguentemente con riferimento anche alle politiche assunzionali degli enti ad esse collegate ed aventi natura pubblica.

Ma soprattutto il comma 529 identifica il personale precario interessato da possibili stabilizzazioni, fissando il requisito dei 36 mesi o più di durata del rapporto a termine “purché con il medesimo datore di lavoro”; con ciò manifestando l'assenza di volontà di specificare il titolare del rapporto di lavoro nella sola amministrazione regionale e prospettando la potenziale presenza di diversi possibili enti destinatari della previsione.

Insomma, non pare, come invece sostenuto dalla Consulta, che il comma 529 sia così chiaro nel riservare ai soli precari della regione in senso stretto il meccanismo di stabilizzazione in questione. Conseguentemente, a fronte di tale incertezza interpretativa pare che fosse quanto meno legittimo il ricorso a criteri interpretativi sussidiari a quello letterale, nei quali le argomentazioni utilizzate dalla Regione Puglia circa il “carattere strumentale” degli enti regionali potevano avere certamente un peso. Così, tuttavia, non è stato e le previsioni di cui al comma 529 della Legge di Stabilità 2014 subiscono un restringimento ulteriori rispetto a quello operato, come visto sopra, con la Legge di Stabilità 2016.

Tra l'altro, la sentenza rischia di far saltare eventuali stabilizzazioni già effettuate dalla regione Puglia.

L'applicabilità dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori ai lavoratori del pubblico impiego contrattualizzato, cioè a tutti i dipendenti statali e locali (tranne professori, magistrati e militari), è da sempre stato un tema particolarmente dibattuto.

Se prima della c.d. Riforma Fornero era pacifico che la tutela riconosciuta dall'art. 18 fosse applicabile anche ai dipendenti pubblici in ragione del comma 2 dell'art. 51 del D. Lgs. N. 165/2001 secondo cui “la L. 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”, a seguito delle notevoli modifiche apportate alla norma statutaria dalla Riforma Fornero (che come noto ha ristretto in maniera significativa l'applicazione della reintegra in caso di licenziamento illegittimo) il dibattito si è riaperto ed è proseguito con l'entrata in vigore del D. Lgs. N. 23/2015, dal momento che nel Decreto nulla è detto circa l'applicabilità dello stesso anche al settore della Pubblica Amministrazione.

Con sentenza N. 24157/2015 la Corte di Cassazione ha stabilito che l'art. 18 SL, così come modificato dalla L. N. 92/2012, si applica anche ai funzionari statali ed alla base della decisione, spiegano i Giudici, c'è, da un lato, il tenore inequivocabile dell'art. 51, comma 2, del Testo Unico del Pubblico Impiego che contempla l'applicabilità dello Statuto dei Lavoratori e successive modifiche ai lavoratori delle PA, dall'altro, il fatto che non esiste nella legge Fornero una norma che consente di escludere l'applicabilità del principio di cui all'art. 51 predetto. La Corte, in questo caso, ha ritenuto applicabile il nuovo art. 18 SL anche ai dipendenti del pubblico impiego sulla base del principio ubi lex voluit dixit, ubi nocuit tacuit.

Senonché a pochi mesi di distanza dalla sentenza della Corte di Cassazione sulla medesima questione, ma in senso totalmente opposto, si è pronunciata la Corte di Appello di Bologna che, con sentenza N. 83/2016, ha stabilito che l'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, così come modificato dalla legge Fornero, non si applica in caso di licenziamenti nell'ambito del pubblico impiego privatizzato dove resta quindi in vigore la vecchia formulazione della norma.

Tale tesi, secondo la corte bolognese, troverebbe il proprio fondamento nell'art. 97 Cost. per cui la tutela meramente risarcitoria prevista per giusta causa o giustificato motivo non risulterebbe compatibile con i principi di buon andamento della pubblica amministrazione. Per il Collegio dal comma 7 dell'art. 1 della L. N. 92/2012, secondo cui “le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, sarebbe desumibile che le disposizioni introdotte dalla L. N. 92/2012 non si applicano ai dipendenti pubblici, a meno che non vi sia una espressa previsione in tal senso e così non è. Sulla base di una simile ricostruzione, pertanto, coesisterebbero due diversi testi dell'art. 18: la formulazione originaria dello Statuto dei lavoratori, che rimarrebbe vigente per il lavoro pubblico privatizzato, ed una versione modificata dalla Riforma del 2012 e poi dal D. Lgs. N. 23/2015, valevole per il lavoro privato.

Oggi più che mai, pare davvero urgente un chiarimento interpretativo volto a risolvere una volta per tutte la questione, anche perché una scelta politica così rilevante non può essere consegnata alle aule giudiziarie, ma deve essere formalizzata in regole chiare ed a prova di contenzioso.

Come noto, infatti, la dichiarazione d'illegittimità costituzionale produce i suoi effetti in maniera retroattiva, travolgendo tutto ciò che è stato effettuato fino alla pronuncia della Corte Costituzionale; ovvero le assunzioni a tempo indeterminato avvenute in attuazione della legge regionale dichiarata illegittima. Nel caso, comunque, saranno fatti salvi - magra consolazione - gli stipendi percepiti ai sensi della previsione di cui all'art. 2126 cc. ■

PERMESSI EX LEGGE 104:

C'È ABUSO ANCHE IN ASSENZA DI UN COMPORTAMENTO ELUSIVO

di Adele Pasquini

È legittimo il licenziamento per giusta causa del lavoratore che, usufruendo dei permessi retribuiti previsti dalla legge 104/1992, abbia dedicato al parente disabile solo parte del tempo totale concesso per l'assistenza, indipendentemente - ecco la novità (!) - dall'esistenza di un comportamento elusivo posto in essere dal beneficiario.

Questo è quanto ha stabilito di recente la Corte di Cassazione con sentenza n. 5574/2016, depositata lo scorso 22 marzo. Il tema dei permessi da legge 104 - oggetto di dibattito per l'opinione pubblica - torna, così, ad essere protagonista delle aule di giustizia. La Suprema Corte, da tempo ferma nel condannare le condotte abusive dell'istituto, stabilisce che il tempo concesso per i permessi di cui si discute deve essere dedicato a prestare un'assistenza continuativa al parente disabile, pena la legittimità di un licenziamento per giusta causa intimato in costanza di rapporto. Prima di entrare nel merito della pronuncia che - a detta dei primi commentatori - segna un ulteriore passo in avanti nella c.d. "totta agli abusi", pare opportuno definire il quadro normativo all'interno del quale trova origine la disciplina dei permessi in oggetto.

BREVI CENNI SULLA DISCIPLINA

La legge 5 febbraio 1992 n. 104 è il riferimento legislativo "per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate". Principali destinatari della normativa sono, dunque, i soggetti con disabilità ma non mancano riferimenti, tutele e agevolazioni anche per chi vive con loro. Il presupposto della disciplina è infatti quello di garantire al soggetto disabile una miglior autonomia e integrazione sociale anche (e soprattutto) attraverso il sostegno della propria famiglia.

Per quel che qui interessa - e in coerenza al principale obiettivo della disciplina - l'art. 33 della suddetta normativa, riconosce specifiche agevolazioni ai lavoratori dipendenti che prestano assistenza a un familiare con handicap grave. Si tratta, in particolare, di due ore di permesso giornaliero per i genitori di un bambino disabile, da poter usufruire fino al compimento del terzo anno di età del figlio (quale alternativa al prolungamento del periodo di astensione facoltativa). Oppure, in tutti gli altri casi di assistenza, nella possibilità di usufruire di tre giorni (anche continuativi) di permesso mensile retribuito, con relativa copertura contributiva, seppur figurativa.

LA GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ E IN PARTICOLARE LA SENTENZA N. 5574/2016

Se da una primissima lettura del quadro descritto, la misura in oggetto non sembra presentare aspetti critici (essendo diretta a garantire un sostegno effettivo in

situazioni di particolare gravità), problemi pratici sorgono dall'opportunità di abuso della disciplina colta negli anni da alcuni dipendenti. Spesso, infatti, la Suprema Corte si è trovata a doversi pronunciare circa la legittimità di licenziamenti intimati a lavoratori che avevano chiaramente utilizzato impropriamente i permessi descritti, mancando di prestare ogni tipo di assistenza al soggetto per il quale erano stati concessi.

Alcune vicende sono diventate assai note, ad esempio, quella della dipendente che nei giorni di permesso non aveva dedicato alcuna cura alla madre disabile grave ed era stata scoperta a partecipare a una "serata danzante" (Cass. n. 8784/2015); o ancora, quella di un dipendente delle Poste che aveva utilizzato i permessi per seguire (anche in trasferta) la squadra di calcio del cuore.

In tali e altre occasioni, la Corte di Cassazione, dando seguito ad un orientamento ormai consolidato, ha riconosciuto la lesione del vincolo fiduciario tra datore di lavoro e dipendente ed ha dichiarato legittimo il recesso datoriale intimato. Le condotte elusive sono, infatti, da sempre valutate in modo particolarmente grave dalla giurisprudenza anche considerando la funzione sociale di primaria importanza svolta dai permessi di cui si discute.

Nella stessa direzione si inserisce la recentissima sentenza 5574/2016, con la quale la Suprema Corte ha addirittura considerato abusiva la condotta - non elusiva - di un dipendente che ha dedicato solo parte del tempo all'assistenza del parente disabile.

Ma andiamo per gradi. Nel caso di specie, gli Ermellini sono stati chiamati a pronunciarsi sul caso di un lavoratore licenziato dall'azienda per aver dedicato all'assistenza del

parente disabile solo il 17,5% del tempo totale concesso (pari a complessive 4 ore e 13 minuti sugli ordinari 3 giorni di permesso). Valutando insufficiente il tempo dedicato all'assistenza, il Tribunale di Lanciano (prima) e la Corte d'Appello (poi) hanno ritenuto legittimo il licenziamento. Ciò -specifica la Corte- trova fondamento *“nell'evidente intenzionalità della condotta e dalla natura della stessa, indicativa di un sostanziale e reiterato disinteresse del lavoratore rispetto alle esigenze aziendali e dei principi generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, senza che potesse rilevare in senso contrario, stante l'idoneità della condotta a ledere il rapporto fiduciario, la sussistenza di un marginale assolvimento dell'obbligo assistenziale”*.

Nello stesso senso si è poi pronunciata la Corte di Cassazione che, respingendo tutti i motivi del ricorso, si è concentrata in particolare sulla circostanza, fortemente sostenuta dalla difesa del lavoratore, secondo cui nel caso di specie -e a differenza dei precedenti sopra citati- non si sarebbe verificato un comportamento consapevolmente elusivo del dipendente, tale da giustificare la più grave sanzione espulsiva. Lo stesso, infatti, si sarebbe recato, seppur parzialmente, dal parente disabile, senza impiegare il restante tempo libero in attività di svago o in altre (e diverse) prestazioni lavorative.

La Corte ha tuttavia considerato ininfluenti dette circostanze. Ribadito l'orientamento secondo cui il “permesso 104” non può essere utilizzato che per l'assistenza per la quale è concesso, la Suprema Corte ha ritenuto incompatibile con la normativa citata anche la condotta del dipendente che abbia dedicato solo parte del tempo alla cura del soggetto disabile, pur in mancanza di un evidente intento elusivo. Nel caso di specie, infatti, risulta *“dagli indizi di fatto accertati nella sentenza impugnata, sia relativi alla percentuale del tempo destinato all'attività di assistenza rispetto a quella totale dei permessi, sia relativi ad altre modalità temporali in cui tale attività risulta prestata”* la presenza di una *“evidente, quanto anch'essa incontestata irregolarità sia in termini di fascia oraria, sia in termini di*

durata della permanenza”.

La linea tracciata dalla giurisprudenza sembra essere netta e decisa: i permessi retribuiti possono essere beneficiati solo se effettivamente e interamente usufruiti per dare l'assistenza necessaria al parente disabile, altrimenti è legittimo perdere il lavoro. La pronuncia in commento è di non poca importanza. Se, infatti, ad una prima lettura sembra non aggiungere niente rispetto all'orientamento costante e ormai consolidato, ad un esame più preciso e attento, la stessa, se interpretata restrittivamente, rischia di trasformarsi in un boomerang per coloro che beneficiano seriamente e legittimamente dei suddetti permessi. Si pensi alla madre del bambino disabile che fruisce delle agevolazioni, non solo per prestare assistenza fisica al figlio, ma anche per organizzare la vita familiare che ne esce indubbiamente “sacrificata”, approfittando del tempo concesso, ad esempio, per recarsi al supermercato o dal meccanico; è ovvio che una simile situazione non può essere interpretata, come invece cercano di fare alcuni commentatori, in termini di abuso e che di conseguenza il concetto di assistenza cui fa più volte riferimento la Cassazione debba essere necessariamente inteso in senso lato (ricomprendendo tutto ciò che sia strettamente e direttamente collegato al tempo dedicato alla reale ed effettiva assistenza). È in tale ottica che, a parere di chi scrive, deve leggersi la pronuncia di cui qui si discute. Del resto, è la stessa Corte di Cassazione a ricordare che l'abuso di una simile normativa comporta un notevole disvalore sociale, sia sul piano economico, essendo i permessi materialmente anticipati dal datore e successivamente rimborsati dall'Ente previdenziale (con relativa copertura contributiva), sia su quello organizzativo, perché comunque la concessione delle giornate di permesso costringe il datore di lavoro ad organizzare diversamente l'attività aziendale, con inevitabile maggior sacrificio degli altri colleghi. Disvalore che, appunto, non sembra sussistere nel caso in cui il supporto prestato sia concreto ed effettivo, indipendentemente dalla costante presenza fisica del beneficiario. ■

DISTACCO SENZA SANZIONE PENALE

L'intermediazione illecita di manodopera in violazione delle disposizioni sul distacco e l'appalto non è più reato: con l'entrata in vigore del D. Lgs. N. 8/2016, in materia di depenalizzazione, tale condotta è infatti punibile con la sola sanzione amministrativa. Per questa ragione la Corte di Cassazione, con sentenza N. 10484/2016, ha accolto il ricorso dei titolari di due aziende, annullandone la relativa condanna penale. Com'è noto, l'istituto del distacco si configura quando un datore di lavoro (c.d. distaccante), per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto (c.d. distaccatario) per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. Elementi essenziali dell'istituto sono dunque, da un lato, l'interesse del distaccante alla “delocalizzazione” del lavoratore, dall'altro, la temporaneità. Il distacco privo dei requisiti, e principalmente dell'interesse del distaccante, costituisce una interposizione illecita in forza della quale il lavoratore interessato può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore che ha effettivamente utilizzato la prestazione lavorativa.

Secondo quanto disposto dall'art. 18, comma 5-bis, D. Lgs. N. 276/2003, nei casi di distacco privo dei requisiti di cui all'art. 30, comma 1, l'utilizzatore ed il somministratore erano puniti con la pena dell'ammenda di euro 50 per ogni lavoratore occupato e per ogni giornata di occupazione; mentre, qualora vi sia sfruttamento di minori, la pena è dell'arresto fino a diciotto mesi e l'ammenda è aumentata fino al sestuplo. Sennonché il D. Lgs. N. 8/2016 ha provveduto a depenalizzare l'ipotesi base del reato di intermediazione illecita di manodopera per violazione delle disposizioni in materia di appalto e distacco, attualmente quindi soggetta ad una sanzione amministrativa, per cui l'unica ipotesi di reato rimane quella aggravata relativa allo sfruttamento dei minori.

Come evidenziato dalla sentenza della Corte di Cassazione qui in commento, l'art. 8 D. Lgs. N. 8/2016, derogando al principio di legalità, stabilisce espressamente che le sanzioni amministrative ivi introdotte si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto stesso, sempre che il procedimento penale non sia già stato definito con sentenza o decreto penale irrevocabili. Dopo l'assoluzione, gli atti vanno trasmessi all'autorità amministrativa competente a ricevere il rapporto e ad irrogare la sanzione, cioè la Direzione territoriale del Lavoro nel cui ambito è stata commessa la violazione.

COLLABORAZIONI ORGANIZZATE DAL COMMITTENTE

La circolare del Ministero

di Giovanni Calvellini

Con una recente Circolare (la n. 3/2016 del 1° febbraio 2016) il Ministero del Lavoro ha provveduto a fornire chiarimenti al personale ispettivo relativamente alle c.d. collaborazioni organizzate dal committente. Come noto, l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 ha infatti stabilito (al comma 1) che *“a far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”*.

Va sin d'ora precisato che al comma 2 è prevista tutta una serie di esclusioni dall'ambito di applicazione della norma richiamata, molte delle quali ricalcano quelle dell'art. 61, d.lgs. n. 276/2003 in tema di lavoro a progetto; in particolare, (alla lettera a) è stabilito che il comma 1 non si applica *“alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento economico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore”*. L'art. 52, d.lgs. n. 81/2015 ha inoltre disposto l'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto, facendo salva invece la previsione dell'art. 409 c.p.c. Gli artt. 61 - 69, d.lgs. n. 276/2003

continuano dunque ad applicarsi esclusivamente per la regolazione dei contratti già in essere alla data dal 25 giugno 2015 (cioè alla data di entrata in vigore del d.lgs. 81/2015).

Per quanto qui interessa, pertanto, l'impianto dell'intervento del d.lgs. 81/2015 può essere così sintetizzato: attribuzione ai collaboratori etero-organizzati dello statuto protettivo del lavoro subordinato; eliminazione dello statuto protettivo dei lavoratori a progetto; conservazione della parasubordinazione genuina (per una più approfondita analisi del contenuto della riforma si rinvia a Bollettino Diritti&Lavoro, n. 5/2015).

Ciò detto, occorre rilevare come la tecnica dell'intervento normativo operato con l'art. 2, d.lgs. n. 81/2015 non concerne la definizione di subordinazione (o di autonomia), bensì gli indici con i quali identificare la natura del rapporto di lavoro. Proprio questa tecnica normativa utilizzata spiega l'aprirsi in dottrina di diversi orientamenti ricostruttivi che investono la stessa nozione del tipo lavoro subordinato. Tre sono i principali filoni ricostruttivi.

Una prima parte della dottrina si è orientata a ritenere che l'art. 2 abbia modificato, ampliandola, la nozione di subordinazione di cui all'art. 2094 c.c.: la nuova fattispecie del lavoro etero-organizzato verrebbe ad inglobare in sé il lavoro subordinato. Il nuovo elemento qualificatorio della subordinazione andrebbe pertanto individuato nell'etero-organizzazione (e non più nell'etero-direzione). In questa

prospettiva, non sussisterebbe una differenza strutturale e qualitativa tra potere di organizzazione (proprio delle collaborazioni organizzate) e potere di coordinamento (proprio delle collaborazioni coordinate): la distinzione sarebbe piuttosto solo quantitativa, dovendo necessariamente il primo incidere sulle condizioni spazio-temporali della prestazione.

Altra parte della dottrina esclude la strada della riscrittura dell'art. 2094 c.c. e sostiene che la riforma non avrebbe spostato l'asse qualificatorio della subordinazione dall'etero-direzione all'etero-organizzazione. La lettura ricostruttiva proposta è, quindi, quella per cui la collaborazione organizzata costituirebbe una fattispecie che si collocherebbe sul confine tra autonomia e subordinazione, ma comunemente riferibile ancora all'art. 2222 c.c.

Tuttavia, a fini protettivi della debolezza contrattuale del prestatore d'opera, il legislatore avrebbe ricondotto questa fattispecie, solo per l'effetto, nell'area subordinazione, senza che essa sia qualificabile come tale. Non ci si riferirebbe insomma a fenomeni elusivi della subordinazione, ma a quelle situazioni (di autonomia *“genuina”*), in cui le oggettive esigenze produttive rendono necessaria una determinata organizzazione *“anche con riferimento ai tempi ed al luogo di lavoro”*.

Vi è infine una terza tesi definita minimalista, secondo cui l'art. 2, comma 1 conterrebbe una *“norma apparente”*, la quale si concretizzerebbe soltanto in un sostegno all'approccio pragmatico della giurisprudenza: l'art. 2, dunque, sarebbe funzionale a positivizzare alcuni tra gli indici (di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato) elaborati dalla giurisprudenza, singolarmente non decisivi, ma spesso utilizzati congiuntamente in funzione sussidiaria rispetto alla prova dell'esercizio di un potere direttivo da parte del datore di lavoro, elemento non sempre individuabile in via diretta nell'accertamento

concreto (c.d. subordinazione attenuata - si veda, tra le tante, Cass. 14 febbraio 2011, n. 3594).

In altri termini, l'opzione legislativa parrebbe quella di salvaguardare sul piano generale il nucleo della subordinazione come etero-direzione, e di applicare le tutele del lavoro subordinato attraverso un meccanismo di positivizzazione degli indici giurisprudenziali, non più rimesso al prudente apprezzamento del giudice, ma imposto allo stesso giudice senza possibilità di scelta qualora sussistano tutti i requisiti della nuova disposizione. A quest'ultimo filone ricostruttivo pare aderire il Ministero del lavoro con la Circolare n. 3/2016, laddove si afferma che, con la disposizione in parola, il legislatore *"ha inteso far derivare le medesime conseguenze legate ad una riqualificazione del rapporto, semplificando di fatto l'attività del personale ispettivo che, in tali ipotesi, potrà limitarsi ad accertare la sussistenza di una etero-organizzazione"*.

In altre parole, la norma costituirebbe un ausilio per il personale ispettivo (e per il giudice) nell'individuazione di fattispecie (formalmente autonome) che (però, di fatto) sono di lavoro subordinato, nelle quali tuttavia - per

le caratteristiche della prestazione - il requisito dell'etero-direzione è sfumato. Insomma, l'art. 2, comma 1, d.lgs. 81/2015, non ridefinirebbe la nozione di subordinazione, ma ne individuerrebbe meglio il confine.

Questa interpretazione a chi scrive sembra la più ragionevole, ma ha il difetto di comportare l'incostituzionalità del comma 2 dello stesso art. 2, in quanto escludere (o consentire alla contrattazione collettiva di escludere) delle fattispecie dall'area della subordinazione contrasterebbe con il principio costituzionale della *"indisponibilità del tipo"* (Corte cost. 29 marzo 1993, n. 121 e 31 marzo 1994, n. 115).

Su questo punto la Circolare dà una risposta del tutto insoddisfacente stabilendo che *"rimane astrattamente ipotizzabile la qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, laddove tuttavia non sarà sufficiente verificar una etero-organizzazione del lavoro ma una vera e propria etero-direzione ai sensi dell'art. 2094 c.c."* Nonostante quanto affermato dal Dicastero, non possono esservi dubbi che un contratto collettivo non possa legittimamente escludere una fattispecie di subordinazione attenuata (cioè quelle in cui - come detto - l'etero-direzione

è sfumata) dall'ambito di applicazione della disciplina della subordinazione. Quanto ai tratti identificativi dei rapporti di collaborazione organizzata dal committente, la Circolare precisa che per *"prestazioni di lavoro esclusivamente personali"* si intendono le prestazioni svolte personalmente dal titolare del rapporto, senza l'ausilio di altri soggetti; le stesse devono essere inoltre *"continuative"*, ossia ripetersi in un determinato arco temporale al fine di conseguire una reale utilità, e organizzate dal committente quantomeno con riferimento *"ai tempi e al luogo di lavoro"*.

Il collaboratore deve quindi operare all'interno dell'organizzazione aziendale (da intendersi in senso lato) rispetto alla quale è tenuto ad osservare determinati orari e a prestare la sua attività in un luogo individuato dal committente. In definitiva, si può dire che la Circolare non riesce a risolvere le numerose perplessità che sono state originate dall'introduzione delle collaborazioni organizzate. E d'altronde, fare di meglio, in presenza di una normativa così poco chiara, non era facile. A questo punto, non resta allora che attendere le prime letture che della disposizione daranno i giudici. ■

DECRETO PRODUTTIVITA' E PREMI DI RISULTATO

Tra le agevolazioni fiscali previste dalla legge di Stabilità 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208) è fissata una tassazione agevolata dei premi di risultato che le aziende riconoscono ai propri dipendenti, cioè quei premi rappresentati da somme di ammontare variabile la cui corresponsione è legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione.

Dopo lo stop per l'anno 2015, il legislatore ha infatti stabilito che, a far data dal 1 gennaio 2016, i premi di produttività fino a 2.000 euro l'anno, che possono arrivare fino a 2.500 nelle aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, sono soggetti ad una tassazione agevolata del 10% e quindi non alle ordinarie aliquote IRPEF, crescenti in base all'aumento del reddito imponibile (aliquota al 23% fino a 15 mila euro, al 27% da 15 a 28 mila euro e al 38% da 28 fino a 55 mila euro) ed alle addizionali regionali e comunali. Tutto ciò salva espressa rinuncia scritta da parte del prestatore di lavoro. Affinché sia possibile beneficiare della detassazione, è però necessario che il lavoratore abbia percepito, nell'anno precedente a quello contabile in corso, un reddito non superiore a 50.000 euro lordi. Con la firma del Decreto Interministeriale del 25 marzo 2016, sottoscritto dai Ministri del Lavoro e delle Finanze, sono poi diventate operative le norme d'attuazione della Legge stessa proprio in materia di detassazione dei premi di risultato. In tale Decreto viene, innanzitutto, chiarito che i contratti collettivi dovranno prevedere criteri di misurazione e di verifica degli incrementi di produttività attraverso indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati, quali ad esempio il volume della produzione rispetto ai dipendenti; il fatturato per dipendente; il margine operativo lordo; gli indici di soddisfazione del cliente; la diminuzione di riparazioni e rilavorazioni; la riduzione degli scarti di lavorazione; la percentuale di rispetto dei tempi di consegna; il rapporto tra costi effettivi e costi previsti; la riduzione dell'assenteismo, nonché la riduzione dei tempi di sviluppo di nuovi prodotti, dei consumi energetici e degli infortuni. Ma viene altresì precisato che, entro 30 giorni dalla stipula dei contratti collettivi aziendali o territoriali, affinché il datore di lavoro possa effettivamente beneficiare della detassazione, è necessario che questi depositi una dichiarazione di conformità delle disposizioni contenute nel contratto al Decreto stesso.

Grava integralmente sul datore l'onere di provare in giudizio l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in azienda in caso di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. A questa conclusione giunge la Cassazione nella sentenza n. 5592 del 22 marzo scorso, prendendo una netta posizione a favore del lavoratore in merito ad una questione che a lungo ha diviso la giurisprudenza. Si tratta di uno di quei (non frequenti) casi nei quali i giudici di legittimità riconoscono l'esistenza di un indirizzo giurisprudenziale maggioritario, dal quale però prendono espressamente le distanze chiarendone il vizio argomentativo.

Ma andiamo per ordine. La questione oggetto della sentenza della Corte, pur essendo di natura processuale, si ripercuote in maniera decisiva sull'effettività del regime sostanziale di tutela del lavoratore in caso di licenziamento per motivi "economici". Come noto, l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo presuppone la soppressione di una posizione lavorativa per "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa" (art. 3, l.604/66). Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, tali ragioni sussistono non soltanto in presenza di una situazione di crisi o sofferenza aziendale, ma possono fondarsi su discrezionali scelte di politica aziendale che implicano comunque la cessazione della specifica attività svolta dal lavoratore licenziato. Il rispetto della libertà d'iniziativa economica (art.41 Cost.) esclude la possibilità per il giudice di sindacare nel merito le valutazioni tecniche, organizzative e produttive che stanno a monte della decisione di sopprimere il posto; ciò è per altro ribadito dall'art. 30 della L. 183/10, a norma del quale "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente [...] all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore". Ne consegue che, sul piano probatorio, al datore basta dimostrare che la ragione economica addotta a base del licenziamento sussiste e che detto licenziamento è la sua diretta conseguenza.

Il vincolo più significativo al potere di licenziare per ragioni oggettive deriva dunque dal c.d. *repêchage*, ovvero dal fatto che non può dirsi oggettivamente giustificato un licenziamento di un lavoratore che sia altrimenti utilizzabile in azienda. Ed è proprio sull'onere probatorio relativo a questo secondo elemento costitutivo della nozione di giustificato motivo oggettivo che si è prodotta

una divergente giurisprudenza di legittimità. Secondo un filone minoritario (per tutte, Cass. 11775/12), spetta al datore provare anche l'impossibilità di impiegare il lavoratore in mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza, cioè compatibili con la qualifica che questi rivestiva; con l'unica precisazione che tale onere probatorio debba mantenersi nei limiti della ragionevolezza, ovvero possa ritenersi assolto anche mediante il ricorso a prove di natura presuntiva o indiziaria.

Altra (maggioritaria) giurisprudenza (per tutte, Cass. 19923/15) ritiene invece che non sia comunque ragionevole pretendere dal datore di fornire la prova della non riutilizzabilità del lavoratore, posto che provare un fatto negativo si traduce di fatto in una *probatio diabolica*, cioè impossibile. Da ciò la configurazione di una sorta di onere di collaborazione processuale del lavoratore, il quale sarebbe tenuto ad allegare, tra gli elementi posti a fondamento dell'azione, l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali può essere ricollocato. In altre parole, il datore sarebbe tenuto a provare in giudizio l'esistenza delle ragioni oggettive e l'inesistenza delle posizioni lavorative indicate dal lavoratore come possibili alternative al licenziamento.

Con la sentenza in commento la Corte richiama espressamente i due contrapposti filoni giurisprudenziali, prendendo esplicitamente le distanze dal secondo. Le sentenze ad esso riconducibili, osservano i giudici di legittimità, sarebbero la conseguenza di una *tralaticia "petizione di principio assunta come postulato"*, risalente ad una sentenza viziata da un chiaro errore di argomentazione (Cass. 10559/98). Tale orientamento va abbandonato, perché implica un'inversione dell'onere della prova a carico del lavoratore che contraddice sia quanto prescritto dall'art.5 della legge 604/66, che "è assolutamente chiaro nel porre a carico del datore di lavoro l'onere della prova della sussistenza...del giustificato motivo di licenziamento".

PIÙ DIFFICILE PER IL DATORE PROVARE IL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

La Cassazione sull'onere della prova nel licenziamento

di Giovanni Orlandini

sia quanto *“inequivocabilmente stabilito dall’indicazione dei requisiti della domanda”* (ex art. 414 c.p.c.), in merito alla necessità che l’onere della prova sia *“modulato in coerente corrispondenza con quello dell’allegazione”*; sia infine da quanto ricavabile dai principi civilistici in materia di inadempimento, per i quali è il debitore convenuto (cioè il datore) a dover provare il fatto estintivo che esclude la pretesa dell’attore (lavoratore), ciò in sintonia con il principio della *“riferibilità o vicinanza della prova”* (Cass. SU 13533/01). Proprio riferendosi a tale ultimo principio, i giudici di legittimità rovesciano il sopra richiamato argomento della probatio diabolica che, secondo il filone maggioritario, si configurerebbe a carico del datore addossandogli la prova del repêchage. un simile argomento vale piuttosto ad escludere l’onere probatorio per il lavoratore *“non disponendo [questi], al contrario del datore, della completezza di informazione delle condizioni dell’impresa, tanto più in una situazione di crisi, in cui esse mutano continuamente a misura della sua evoluzione e degli interventi imprenditoriali per rimediare o comunque indirizzarne gli sbocchi”*.

Chiarito che il lavoratore non è tenuto ad alcuna cooperazione processuale, resta però il problema di capire cosa debba provare il datore, ovvero in cosa consista la prova dell’impossibilità del repêchage. Sotto questo profilo la riforma

dell’art.2103 c.c. operata dal Jobs Act (d.lgs. 81/15) dovrebbe aggravare l’onere per il datore. E ciò anche ammettendo che questo si riduca alla prova *“positiva”* dell’assenza di nuove assunzioni nel periodo successivo al licenziamento (periodo che la stessa Cassazione identifica di norma in 6 mesi). Se infatti il datore procede a nuove assunzioni in posizioni lavorative che, ai sensi dell’art.2013, avrebbero potuto essere coperte attraverso l’attribuzioni di diverse mansioni al lavoratore licenziato, è evidente che non possa dirsi *“impossibile”* l’utilizzo dello stesso. Dal momento che (con accordo in una delle sedi *“protette”* indicate dal comma 6 dell’art.2103), è oggi possibile qualsiasi demansionamento finalizzato *“alla conservazione dell’occupazione”*, ne consegue che l’assenza del giustificato motivo oggettivo si configura non solo in caso di una nuova assunzione in mansioni fungibili a quelle del lavoratore licenziato (come sino ad oggi ritenuto), ma in qualsiasi caso di nuova assunzione; sempre che, prima di procedere al licenziamento, al lavoratore non sia stata proposta l’attribuzione di mansioni equivalenti a quelle del lavoratore assunto in sua vece.

Un simile inasprimento dell’onere probatorio datoriale andrebbe ancor più a beneficio dei lavoratori che rientrano nell’ambito di applicazione dell’art.18 Statuto dei Lavoratori, qualora si ritenga che la mancata prova del repêchage comporti il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e non già la mera sanzione indennitaria. A ben vedere, infatti, quanto la Cassazione afferma in relazione ai profili processuali della disciplina del licenziamento si riflette anche sui suoi profili sanzionatori, perché nell’addossare al datore l’onere integrale della prova in merito al giustificato motivo oggettivo, essa sottolinea come in tale nozione rientri strutturalmente *“il requisito dell’impossibilità del repêchage, quale criterio di integrazione delle ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, nella modulazione della loro diretta incidenza sulla posizione del singolo lavoratore licenziato”*. In altre parole, come non è legittimo scindere sul piano probatorio la ragione economica posta a fondamento del licenziamento dall’impossibilità di utilizzare altrimenti il lavoratore, così non si giustifica una diversa considerazione dei due profili del giustificato motivo oggettivo ai fini sanzionatori; l’assenza di entrambi dovrebbe poter portare all’ordine di reintegrazione, in ragione dell’accertata *“manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”* ai sensi dell’art. 18, comma 7, legge 300/70.

Ovviamente nessuna possibilità di reintegra si configura invece per i neo assunti dal 7 marzo 2015, visto che il d.lgs. 23/2015 ammette solo la tutela indennitaria in caso di licenziamento economico; con tutti i dubbi di legittimità costituzionale che una tale preclusione comporta.■

VALIDO ED EFFICACE L’ACCORDO TRA ARAN E SINDACATI SULL’APERTURA DEI MUSEI IN CASO DI SCIOPERO

Con la delibera del 14 marzo la Commissione di garanzia ha valutato idoneo (e reso quindi pienamente efficace) l’accordo faticosamente raggiunto il 23 febbraio tra l’Aran e le principali confederazioni sindacali di comparto (ad eccezione di UGL e USB) in merito alle prestazioni indispensabili da garantire in caso di sciopero nei musei ed in altri istituti e luoghi di cultura.

L’accordo (che integra quello del 2005, limitato alle attività di vigilanza) ha fatto seguito al contestato d. l. n.146/15 (convertito in legge 182/15) (commentato nel Bollettino n. 7/2015) adottato sotto la pressione mediatica conseguente alla nota vicenda della chiusura del Colosseo per assemblea sindacale, ed è stato siglato sulla scia di una delibera di provvisoria regolamentazione adottata dalla Commissione (adesso revocata).

Nell’accordo per la verità nulla si dice in merito al diritto di assemblea (lasciando così aperti i dubbi circa la sua riconducibilità alle regole dettate in base alla legge 146/90), ma si incide significativamente sulla praticabilità del diritto di sciopero dei lavoratori addetti ai servizi museali. In caso di sciopero infatti spetta ai protocolli da siglare a livello decentrato stabilire se garantire l’accesso ad almeno il 50% degli spazi ordinariamente aperti al pubblico o la loro piena fruizione per almeno il 50% dell’orario normale, attraverso la definizione di fasce orarie coincidenti con la massima richiesta dell’utenza. Si estendono poi a tutti i *“servizi di fruizione dei beni culturali”* i periodi di franchigia già previsti per i musei (agosto, periodo natalizio e pasquale).

L’accordo può essere letto come il male minore rispetto ad una unilaterale regolamentazione della materia da parte della Commissione di Garanzia. Restano però aperti tutti i dubbi di legittimità costituzionale della normativa sulla quale l’accordo si fonda (il decreto 146/15 appunto), che assume tra le prestazioni indispensabili attività non riconducibili a dei diritti fondamentali della persona e che, per questo, comprime l’esercizio del conflitto sindacale oltre i limiti consentiti dall’art.40 Cost.