

06/2016

# DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

# FLASH

# L'ALTRA EUROPA

**Limiti al precariato nella scuola e  
al dumping salariale delle imprese straniere.  
Grazie all'Unione Europea**

**Decreto sul licenziamento  
per falsa timbratura**

**La (mini) riforma della  
successione negli appalti**

**Lavoro e previdenza  
nella legge sulle unioni civili**

06

Luglio - Agosto 2016

01

**Il nuovo decreto sui licenziamenti dei pubblici dipendenti nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio**

di Andrea Ranfagni

05

**La Corte Costituzionale sui precari della Scuola: violata la Costituzione ma il piano di stabilizzazione del Governo sana l'illecito**

di Ivan Petrone

06

**La successione nell'appalto: dopo la giurisprudenza nazionale anche il legislatore recepisce gli orientamenti della Corte Europea**

di Francesca Bassetti

08

**Lavoro e Pensioni: cosa cambia con l'approvazione della legge sulle Unioni Civili**

di Livia Irtinni

10

**Nuove regole per il distacco transnazionale di lavoratori: più strumenti ispettivi, ma resta il rischio dumping sociale**

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

**Francesca Bassetti**  
**Livia Irtinni**  
**Giovanni Orlandini**  
**Ivan Petrone**  
**Andrea Ranfagni**

Progetto grafico

**Dario D'Ovidio**

Contatti

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

web: [dirittilavoro.it](http://dirittilavoro.it)

email: [dirittilavoro@gmail.com](mailto: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.

# Il nuovo decreto sui licenziamenti dei pubblici dipendenti nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio

di Andrea Ranfagni

**È** in vigore il nuovo decreto sui licenziamenti dei dipendenti pubblici nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio. Dopo un lungo iter, infatti, è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il d.lgs. n. 116/2016, il quale dà attuazione ad una delle deleghe contenute nella cosiddetta Legge Madia di Riforma della Pubblica Amministrazione, ovvero la l. n. 124 del 7 agosto 2015; la quale, all'art. 17, comma 1, punto s), ha previsto "l'introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare".

Come noto, l'intervento in commento arriva al termine di una lunga onda mediatica "anti-fannulloni" portata avanti da televisioni e i giornali, che mai come negli ultimi anni si sono occupati di casi relativi ai cosiddetti "furbetti del cartellino", quasi a voler dare consenso agli interventi di riforma del pubblico impiego iniziati con la Riforma Brunetta del 2009 (d.lgs. n. 150/2009) e proseguiti oggi con il d.lgs. n. 116/2016.

Che le condotte che si puntano a perseguire siano deplorabili, nessun dubbio. Che tutte le attenzioni debbano essere concentrate su tali interventi, non può però ritenersi altrettanto condivisibile. Specialmente se ciò consolida l'idea che l'efficienza della PA passi solo e soltanto dal contrasto a tali condotte; un'idea qualunque che porta a qualificare qualsiasi dipendente pubblico come un "furbetto" artefice delle inefficienze della stessa PA, dimenticandosi dei seri problemi che affliggono gli stessi dipendenti sul luogo di lavoro, a partire dalle loro condizioni economiche.

Insomma, il rischio è che ci si dimentichi non solo che i dipendenti pubblici non sono tutti uguali, ma soprattutto di come le loro retribuzioni e condizioni di lavoro siano state duramente colpite dalle misure di austerità adottate dagli ultimi governi e che riforme come quella in commento si traducano in un loro ulteriore indebolimento e nella delegittimazione, agli

occhi dell'opinione pubblica, di qualsiasi loro giusta rivendicazione. E ciò a maggior ragione laddove si consideri che gli strumenti per punire i dipendenti rei di aver falsamente attestato la propria presenza in servizio c'erano già ben prima dell'adozione del decreto Madia.

Il d.lgs. n. 116/2016, conformemente alla delega cui dà attuazione, si concentra principalmente su aspetti di carattere procedurale, con ciò contrapponendosi alla Riforma Brunetta del 2009, la quale aveva invece puntato sull'aspetto sostanziale, individuando ipotesi specifiche di giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Non mancano, comunque, norme di carattere sostanziale anche nel decreto Madia.

Inoltre, mentre la Riforma Brunetta si è occupata di vari tipi di condotta illegittima, il d.lgs. n. 116/2016 disciplina solo il caso della cosiddetta "falsa attestazione della presenza in servizio". E ciò a partire dalla sua definizione. Nel c.d. Testo Unico del pubblico impiego (d.lgs. n. 165/2001) viene infatti introdotto il comma 1-bis dell'art. 55-quater, prevedendo che "Costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta la propria attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso".

La fattispecie tipizzata da tale disposizione (che costituisce una novità nel diritto del lavoro ed ha piuttosto il carattere della norma penalistica), si caratterizza per essere particolarmente ampia e tale da coprire diverse condotte. Il riferimento a "qualunque modalità fraudolenta" permette di farvi rientrare qualsiasi modo di operare del dipendente pubblico, quale, ad esempio, il timbrare e uscire ovvero il non presentarsi nemmeno sul lavoro lasciando ad altri il compito di timbrare il proprio cartellino. Non a caso si fa riferimento espressamente anche all'eventuale

opera di terzi (“anche avvalendosi di terzi”). Terzi, che, tra l’altro, vengono chiamati direttamente in causa, in quanto il nuovo comma 1-bis aggiunge che “della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta”.

Da evidenziare come si prenda in considerazione non soltanto il comportamento di colui che tiene una condotta attiva, implicante cioè un fare (ad esempio, timbrare materialmente il cartellino di un collega non presente effettivamente a lavoro), ma anche quella omissiva, consistente cioè in un non fare un qualcosa che sia ha il dovere di fare e che, per quel che qui rileva, “agevola” la condotta fraudolenta.

Pare però complicato pensare a quali potrebbero essere le condotte omissive in grado di agevolare la falsa attestazione della presenza in servizio e forse su questa questione si giocheranno molti contenziosi. Viene da domandarsi, ad esempio, se possa costituire condotta rilevante quella del lavoratore che non segnala l’assenza di un collega nonostante dal cartellino risulti la presenza.

Pare decisivo da questo punto di vista l’elemento soggettivo della condotta del terzo. E qui sorgono altri problemi interpretativi. Mancando una disposizione come l’art.42, comma 2, Codice Penale (in base alla quale il reato implica coscienza e volontà del fatto, quindi dolo, a meno che non sia la legge a prevedere la punibilità anche in presenza di mera colpa o preterintenzione), non è facile capire se, da un punto di vista soggettivo, appunto, il comportamento del terzo debba necessariamente essere doloso - con la conseguente necessità che l’azione o l’omissione siano accompagnate dalla volontà di agevolare il comportamento fraudolento del collega di lavoro - o se questa possa anche mancare, essendo sufficiente, ad esempio, una “colpa grave”.

E’ evidente, infatti, che qualora si optasse per la possibile rilevanza anche di condotte “colpose”, potrebbe acquistare rilevanza anche la condotta di colui che per mera disattenzione o negligenza non segnala l’assenza del collega di lavoro. Il rischio di una simile interpretazione non deve essere sottovalutato, anche tenendo conto che secondo la giurisprudenza di legittimità affermatasi in materia di licenziamento per giusta causa, quest’ultima sussiste anche in presenza di “colpa grave” e non necessariamente di dolo.

E’ auspicabile, comunque, che prevalga la tesi per cui la condotta del terzo debba essere accompagnata dalla volontà di agevolare, quindi dal dolo. Un dolo che, invece, pare certamente necessario laddove si faccia riferimento alla condotta non del terzo, ma di colui che direttamente falsa la propria presenza in servizio.

La possibile punibilità del terzo (con le connesse incertezze interpretative) sembra a ben vedere l’elemento più significativo di novità introdotto dal decreto Madia sotto il profilo della condotta punibile, dal momento che non c’è mai stato dubbio sul fatto che il dipendente pubblico reo

di aver attestato falsamente la presenza in servizio fosse licenziabile sulla base della generale nozione di “giusta causa di licenziamento” di cui all’art. 2119 cc. Il che svela il carattere sostanzialmente demagogico della riforma, che si traduce in una conferma di quanto già pacificamente deducibile dalla previgente disciplina del licenziamento dei dipendenti pubblici.

### **La nuova procedura nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio**

Fornita la definizione di “falsa attestazione della presenza in servizio”, il decreto si sposta sull’aspetto procedurale, delineando un nuovo procedimento disciplinare da seguire per irrogare il licenziamento nei confronti di colui che, appunto, attesta in maniera fraudolenta la propria presenza in servizio. Esso costituirà quindi il nuovo iter da seguire, derogando così a quello valevole per tutti gli altri provvedimenti disciplinari, disciplinato all’art. 55-bis e già oggetto, come noto, di novità da parte della Riforma Brunetta.

L’aspetto che maggiormente è stato criticato dai primi commentatori attiene alla previsione di una sospensione automatica dal servizio e dalla retribuzione, fatto salvo il solo diritto ad un assegno alimentare. Un provvedimento, quest’ultimo, che deve essere adottato dal Responsabile della struttura presso cui opera il dipendente (ovvero dall’ufficio disciplinare qualora quest’ultimo venga a conoscenza per primo dell’illecito) entro 48 ore dal momento in cui detti soggetti ne vengono a conoscenza.

Si prevede poi che la violazione di detto termine non determini la decadenza dell’azione disciplinare né l’inefficacia della sospensione cautelare. Il termine di 48 ore si pone così come del tutto ordinatorio e non perentorio.

Non pare comunque che la sospensione in questione operi automaticamente ed ex lege e che quindi il provvedimento del Responsabile o dell’ufficio disciplinare sia solo un pezzo dell’iter procedurale, necessario, ma che se arriva più tardi consentirà di far comunque retroagire gli effetti sin dalla scadenza delle 48 ore. Si arriverebbe infatti all’abnormità per cui un soggetto ha continuato a lavorare, ma non gli viene corrisposta la retribuzione solo perché il superiore gerarchico ha ritardato nell’adottare il provvedimento di sospensione.

Un’interpretazione ragionevole e costituzionalmente orientata porta quindi a ritenere che la sospensione possa essere adottata anche oltre le 48 ore, ma sempre con effetti non retroattivi.

Il decreto, nel sancire che la sospensione adottata oltre le 48 ore non è inefficace, afferma anche che è “fatta salva l’eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile”. Non è facile comprendere a quale ipotesi si faccia riferimento con tale espressione; sembra

comunque volersi tipizzare un'ulteriore ipotesi di condotta illegittima negli atti tesi a ritardare l'adozione del provvedimento di sospensione.

Il decreto prevede, poi, che il provvedimento debba essere "motivato" e che debba essere adottato solo nei casi di accertamento dell'illecito "in flagranza", cioè all'atto di commettere la falsa attestazione, ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze.

Sembrano così escludersi le ipotesi in cui la falsa attestazione venga accertata mediante prove diverse, quali, ad esempio, le testimonianze di altri colleghi relative ad episodi passati, raccolte dal superiore gerarchico. E ciò con l'intento di far sì che un provvedimento così pesante come la sospensione operi solo qualora vi siano prove attendibili.

Da notare come si citi espressamente il caso degli "strumenti di sorveglianza". La disposizione sembra alludere ai cosiddetti impianti audiovisivi, che, come noto, implicando un controllo a distanza, a norma dell'art. 4, Statuto dei Lavoratori, necessitano per la relativa installazione di un accordo con le rappresentanze sindacali o di un'autorizzazione dell'Ispettorato del lavoro.

Un altro aspetto critico della sospensione è che essa viene adottata in assenza di contraddittorio. La legge afferma espressamente, infatti, "senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato". Su questo profilo del procedimento sono concentrate molte critiche, specie dal fronte sindacale (cfr. audizione CGIL presso la Commissione Lavoro della Camera dei Deputati del 16 marzo 2016).

Secondo alcuni, la sospensione si configurerebbe già come una sanzione ed, essendo irrogata senza contraddittorio, appunto, determinerebbe una violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito. In realtà, a proposito c'è da osservare che il nostro sistema lavoristico consente già ipotesi di sospensione del dipendente in fase di avvio del procedimento disciplinare.

Talvolta, infatti, i contratti collettivi, per le ipotesi più gravi, autorizzano i datori di lavoro a procedere, in sede di contestazione disciplinare, alla sospensione dal lavoro e dalla retribuzione. La stessa giurisprudenza, poi, in assenza di previsioni collettive e/o legali autorizza il datore di lavoro alla sospensione, purché con mantenimento della retribuzione (cfr. Cassazione, Sezione Lavoro, n. 3319/1986 e n. 89/2003). Ipotesi che, al meno da un punto di vista strettamente procedurale, paiono coincidere con quella in commento. Il Decreto Madia, infatti, prevede anche che con il provvedimento di sospensione venga disposta contestualmente la formale contestazione disciplinare, quindi l'avvio del procedimento che conduce poi al licenziamento.

Semmai, mancando previsioni esplicite in tal senso, occorrerà capire se, nel caso in cui poi il procedimento disciplinare si concluda con un nulla di fatto, quindi con l'irrogazione di nessuna

sanzione, il dipendente "processato" avrà comunque diritto al pagamento delle differenze retributive (e contributive) tra quanto avrebbe avuto diritto a percepire se non fosse stato sospeso e quanto concretamente corrisposto.

Sembra ragionevole pensare che al dipendente interessato dovranno essere corrisposte dette differenze retributive. Diversamente, allora sì che i dubbi di legittimità costituzionale sollevati sull'assenza di contraddittorio nel disporre la sospensione sarebbero fondati. Il problema resta comunque aperto.

Il procedimento disciplinare nei casi di falsa attestazione in servizio, poi, come accennato inizialmente, è oggetto di una disciplina diversa da quella valevole per le altre sanzioni disciplinari, pur caratterizzandosi comunque per la medesima impostazione.

Si prevede, infatti, anche in questo caso la convocazione a difesa del lavoratore con un preavviso di almeno 15 giorni e con possibilità per il dipendente di farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. Vi è poi anche qui la possibilità di presentare memorie scritte e, in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento, di formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio del diritto di difesa, comunque disponibile solo una volta nel corso del procedimento.

Il d.lgs. n. 116/2016, poi, prevede che il procedimento in questione debba concludersi entro 30 giorni dalla ricezione della contestazione. Si prevede così un termine molto più breve rispetto al procedimento disciplinare "generale", dove, per le ipotesi più gravi, il termine di conclusione è pari a 120 giorni.

Tale maggiore celerità, però, sembra di fatto rischiare di cadere nel nulla se si tiene conto che il Decreto Madia prevede che l'eventuale violazione di detto termine non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata. Il termine di 30 giorni è dunque meramente ordinatorio e non perentorio, il che non consentirà al lavoratore di avere tempi certi circa la conclusione del procedimento. Vale comunque il termine generale di 120 giorni (dalla contestazione) quale durata massima. Pertanto, l'amministrazione potrà anche sfiorare il termine di 30 giorni, ma comunque non potrà andare oltre i 120 giorni.

La tanto pubblicizzata maggiore celerità del procedimento disciplinare assicurata dal decreto rischia quindi di svanire nel nulla, in ragione del carattere meramente ordinatorio del termine di 30 giorni.

Tra l'altro, si prevede anche che il termine di 30 giorni possa essere sfiorato a patto che non risulti "compromesso il diritto di difesa del dipendente". Principio quest'ultimo di carattere generale e che necessiterà della (non facile) prova del caso concreto.

Norme che svelano l'intento persecutorio e punitivo nei confronti del dipendente



pubblico sono poi quelle che impongono ai responsabili che effettuano la sospensione e la contestuale contestazione, di presentare una denuncia al pubblico ministero e una segnalazione alla procura generale della Corte dei Conti entro 15 giorni.

La procura della Corte dei Conti, altresì, laddove ritenga vi siano i presupposti, avrà l'obbligo di invitare il licenziato a dedurre per danno all'immagine entro 3 mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento, mentre l'azione di responsabilità dev'essere esercitata entro 120 giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga.

La cosa che balza più agli occhi, poi, è la previsione secondo la quale l'eventuale condanna del licenziato per danno all'immagine non può essere inferiore a 6 mensilità dell'ultimo stipendio in godimento. Si arriva al paradosso per cui un danno che avrebbe anche una valutazione inferiore a 6 mensilità, sarà comunque risarcito con detto importo. Stiamo assistendo, con tutta evidenza, ad un cambio di cultura giuridica che porta a derogare ai principi del diritto civile per finalità punitive nei confronti del lavoratore.

Le novità introdotte dal Decreto Madia in commento si concludono poi con la previsione secondo la quale il dirigente o i responsabili che, senza un giustificato motivo, non hanno attivato il procedimento disciplinare e/o la sospensione cautelare, commettono un illecito disciplinare punibile con il licenziamento e vi è obbligo di trasmettere gli atti all'autorità giudiziaria.

In questa disposizione molti commentatori hanno rilevato l'elemento di maggior novità dell'intervento in commento. A ben guardare, però, anche sulla base dei principi pregressi era possibile sostenere la licenziabilità di un superiore gerarchico per omessa attivazione del procedimento disciplinare.

Resterà comunque, anche a seguito della presente Riforma, il problema solito, ovvero che poi dovrà esserci qualcuno più sopra il dirigente e/o il responsabile che dovrà attivare il procedimento contro questi ultimi.

Considerando gli elementi di continuità rispetto alla previgente disciplina, la sensazione, in conclusione, è che l'intervento in commento sia principalmente da leggere come una manovra volta ad indebolire i dipendenti pubblici sia all'interno del rapporto di lavoro (cioè minandone la forza contrattuale), sia, soprattutto, all'esterno, delegittimandoli ulteriormente agli occhi dell'opinione pubblica. Con conseguente indebolimento al tavolo negoziale delle organizzazioni sindacali chiamate a rinnovare i contratti collettivi dopo anni di blocco stipendiale. ■

## FLASH

### La Corte Costituzionale elimina la c.d. norma "anti badanti" in materia di pensioni ai superstiti

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 174 depositata il 14 luglio 2016, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che limitava l'ammontare della pensione di reversibilità quando il coniuge scomparso aveva contratto matrimonio a un'età superiore ai settant'anni e il coniuge superstite era più giovane di almeno vent'anni (art. 18, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98 "Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria", convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 15 luglio 2011, n. 111). In particolare la norma prevedeva una riduzione della pensione è pari al 10% per ogni anno di matrimonio mancante rispetto al numero 10. Quindi per la percezione della misura piena della pensione di reversibilità, il matrimonio doveva durare almeno 10 anni.

Questa mini riforma delle pensioni di reversibilità rispondeva all'intento (esplicitamente dichiarato dai suoi proponenti) di contrastare la diffusione di matrimoni tardivi tra anziani (uomini e italiani) e loro badanti straniere; e per questo si è meritata l'odioso appellativo di norma "anti-badanti"; odioso perché in sé prova del carattere discriminatorio della stessa. La Corte, nel sancirne l'illegittimità, non ha però enfatizzato il profilo della sua (indiretta) natura discriminatoria nei confronti delle lavoratrici straniere, ma ha piuttosto centrato la sua censura sul carattere intrinsecamente irragionevole di una presunzione assoluta di frode fondata sul mero dato naturalistico dell'età dei coniugi; ciò in linea con la propria consolidata giurisprudenza che, in passato, aveva già portato alla dichiarazione di illegittimità di analoghe norme che in passato limitavano il diritto alla pensione in ragione della differenza di età dei coniugi.

Ripercorrendo tale giurisprudenza, il giudice delle leggi ha evidenziato come simili disposizioni risultino ancor più irragionevoli e costituzionalmente ingiustificate oggi, considerando l'aumento delle aspettative di vita e l'evoluzione dei costumi sociali, che portano a tutelare pienamente il diritto alla libera determinazione della propria vita affettiva fino a tarda età.

Nel riconoscere tale irrinunciabile diritto, la Corte ha ricordato come il diritto alla pensione del coniuge superstite costituisca espressione del diritto fondamentale del lavoratore di godere, al termine della sua vita lavorativa, di prestazioni adeguate alle proprie esigenze di vita (art.38 comma 2), quale forma di retribuzione differita idonea a garantirgli un'esistenza libera e dignitosa (art.36). Il radicamento costituzionale del diritto impedisce quindi una sua compressione fondata su presunzioni indimostrate ed indimostrabili.

C'è da augurarsi che le chiare parole del giudice delle leggi costituiscano un argine di civiltà giuridica capace di dissuadere in futuro il legislatore dall'adozione di misure che rispondono solo a logiche bassamente demagogiche.

# La Corte Costituzionale sui precari della Scuola: violata la Costituzione ma il piano di stabilizzazione del Governo sana l'illecito

di Ivan Petrone

**C**on la Sentenza n. 187 del 20 luglio 2016 la Corte Costituzionale si è pronunciata sull'annosa questione dei precari della Scuola, chiudendo così il giudizio di legittimità costituzionale che si era aperto a seguito delle Ordinanze di remissione dei Tribunali di Roma e Lamezia Terme del 2012 e nell'ambito del quale la stessa Consulta aveva effettuato un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE, pronunciatisi poi con la Sentenza del 26 novembre 2014 (sentenza Mascolo).

La decisione si proietta anche sulla legittimità della nuova normativa scolastica introdotta con la Legge n. 107/2015 ed, anzi, sembra concentrarsi più su quest'ultimo aspetto piuttosto che sulla questione per la quale era stata chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale: l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, legge n. 124/1999 per violazione dell'art. 117, comma 1, Costituzione, che impone al legislatore italiano il rispetto del diritto dell'UE; il che conferisce rilievo costituzionale alla questione del rispetto della clausola 5, comma 1, della Direttiva UE 70/99, che impone agli Stati di dotarsi di efficaci strumenti di contrasto al ricorso abusivo dei contratti a termine, sia nel settore privato che nel pubblico impiego.

Per quanto riguarda quest'ultimo aspetto, la Consulta - come del resto non poteva evitare di fare - conferma quanto statuito dalla Corte di Giustizia UE dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, legge n. 124/1999, nella parte in cui autorizza, in mancanza di

limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale ATA, senza che ragioni obiettive lo giustifichino.

Nelle more della decisione è sopravvenuta la Legge n.107/2015 (sulla c.d. Buona Scuola), con la quale si è inteso risolvere la questione del precariato della scuola. Tale normativa - vagliata alla luce dei principi di diritto dell'UE in materia di contratto a termine più volte enunciati dalla Corte di giustizia - è stata giudicata sufficiente per ritenere sanato ("cancellato") l'illecito conseguente alla violazione del diritto dell'UE, causa della censura di incostituzionalità. La Corte costituzionale ha ritenuto infatti che il piano straordinario di assunzioni per quanto riguarda il personale docente ed il diritto al risarcimento del danno, per ciò che concerne il personale ATA, delineato dalla Legge n. 107/2015, siano strumenti sanzionatori sufficienti per contrastare l'abuso nell'utilizzo dei contratti a termine, quindi conformi ai requisiti richiesti dal diritto dell'UE.

Prospettiva di stabilizzazione, quindi, per i docenti, (ma non risarcimento), e solo risarcimento invece per il personale ATA.

Per il personale docente della Scuola, il piano distabilizzazione secondo le regole dettate dalla nuova normativa scolastica del 2015 garantirebbe infatti serie e indiscutibili chances di immissione in ruolo

a tutto il personale vittima di illegittime reiterazione di assunzioni a termine; e per questo costituirebbe un'efficace strumento sanzionatorio dei pregressi illeciti compiuti in base alla normativa dichiarata incostituzionale.

Per chi non rientra nel piano di stabilizzazione, invece, la garanzia di un risarcimento è in linea di principio compatibile con i vincoli posti dal diritto dell'UE, dal momento che la Corte di giustizia ha più volte affermato che la trasformazione del rapporto non sia la sola misura idonea a sanzionare l'abusivo utilizzo dei contratti a termine.

Anche sotto questo profilo, essendo la compatibilità con il diritto dell'UE oggetto della questione di costituzionalità, la conclusione della Consulta non sorprende. Merita comunque attenzione il passaggio nel quale i giudici delle leggi riconoscono come, la stabilizzazione costituisca "scelta più lungimirante rispetto a quella del risarcimento"; con ciò ammettendo un'applicazione "flessibile" del principio del concorso pubblico, del quale si conferma comunque l'ineludibilità derivante dall'art.97 Cost. Tale principio, si osserva, ammette "un'attuazione in vero peculiare", necessaria per rispondere alle esigenze di tutela dei lavoratori illegittimamente assunti a termine.

Nel giungere alle sue conclusioni, la Corte Costituzionale, come detto, si proietta nel futuro, arrivando ad affermare che la nuova normativa sul reclutamento del personale scolastico del 2015 delinea un sistema conforme al diritto comunitario, quindi legittimo costituzionalmente perchè non in contrasto con l'art. 117, comma 1, Costituzione; e ciò sia per ciò che concerne le condizioni di assunzione a termine, sia per quel che riguarda le conseguenze sanzionatorie di un abuso di precariato.

Sotto il primo punto di vista, la previsione contenuta nella legge n. 107/2015 per cui i rapporti a termine non possono superare 36 mesi costituisce adeguata misura per prevenire l'abuso nell'utilizzo di ctd. Sotto il secondo punto di vista, invece, la previsione di fondi per il risarcimento del danno nel caso di superamento di tale limite delinea un sistema sanzionatorio adeguato e dissuasivo, come richiesto dal diritto comunitario.

E' così, quindi, che la Consulta fornisce di fatto un vaglio di legittimità costituzionale della nuova normativa introdotta dal Governo, senza che essa fosse oggetto del giudizio. ■



# La successione nell'appalto: dopo la giurisprudenza nazionale anche il legislatore recepisce gli orientamenti della Corte Europea

di Francesca Bassetti

Per i lavoratori addetti ad appalti la continuità del proprio impiego a fronte della successione di diverse imprese appaltatrici è da sempre questione di ovvio ed estremo rilievo. Cosa succede infatti quando la datrice di lavoro perde l'incarico in favore di una nuova impresa?

Alcuni contratti collettivi nazionali, almeno nei settori, come quello delle pulizie e multiservizi, in cui gli appalti sono assai frequenti, prevedono l'obbligo dell'impresa subentrante di "riassumere" i lavoratori già addetti all'appalto, stipulando con essi un nuovo contratto di lavoro.

Un analogo obbligo non è previsto dalla legge, che però stabilisce alcune diverse regole che presuppongono l'esistenza di simili clausole.

Fino alla l. 122/2016, entrata in vigore il 23 luglio 2016, l'unica norma che si occupava della fattispecie, il terzo comma dell'art. 29 d.lgs. 276/2003, prevedeva che "l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda".

Prima di spiegare il significato di tale disposizione, e per meglio comprenderlo, occorre premettere che, nella sua formulazione letterale, essa poteva porsi in contrasto con la disciplina europea del trasferimento d'azienda e infatti la giurisprudenza nazionale ne ha rivisto e ridimensionato la portata, proprio per evitare tale possibile violazione.

Per la Direttiva 2001/23 è considerato come trasferimento quello di un'entità economica che conserva la propria identità, intesa come insieme di mezzi organizzati al

fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria (art. 1, c. 1, lett. b), a prescindere dal negozio giuridico utilizzato ed anche a prescindere dall'esistenza di una relazione contrattuale tra cedente e cessionario. A tale ultimo proposito, infatti, la Corte di Giustizia ha affermato che la "cessione contrattuale" dell'azienda può avvenire anche in carenza di una relazione contrattuale tra cedente e cessionario, e cioè per intervento di un terzo (C- 171/94 e C-172/94) o finanche in assenza di atti negoziali (C- 51/00 e C-340/01).

Ciò che rileva ai fini della presente analisi è che, come noto, qualora sia configurabile un trasferimento d'azienda i lavoratori hanno diritto a proseguire il rapporto con il cessionario (conservando l'anzianità e tutti i diritti già acquisiti), ex art. 2112 cc. Nel caso di cambio appalto, starebbe a significare che, qualora il cambio appalto consistesse in un trasferimento d'azienda, il lavoratore avrebbe appunto il diritto a proseguire il rapporto

con il cessionario conservando mansioni, anzianità e trattamento.

Il c. 3 dell'art. 29 sopra trascritto nella sua formulazione letterale sembrava escludere tale effetto, impedendo di assimilare cambio appalto e trasferimento.

La giurisprudenza nazionale, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, come anticipato, ha ridimensionato la portata della norma, affermando ripetutamente che essa escludeva, sì, che il cambio appalto costituisse sempre e di per sé un trasferimento d'azienda ma che, analizzate le circostanze del caso concreto, un cambio appalto poteva essere comunque ritenuto un trasferimento d'azienda, ove ne ricorressero i presupposti.

Secondo la consolidata giurisprudenza europea, del tutto recepita dalla giurisprudenza nazionale italiana anche di Cassazione, l'esistenza di un trasferimento d'azienda deve essere valutata caso per caso, tenendo conto del tipo di attività esercitata dall'azienda: nel caso di attività, come quelle di pulizia, che non richiedono l'utilizzo di particolari infrastrutture o beni strumentali, il passaggio dei dipendenti ed il mantenimento della loro organizzazione (sostanzialmente, dei rapporti gerarchici necessari a proseguire le lavorazioni) assume peso determinante; nel caso di

attività “pesanti” rileveranno maggiormente l’acquisizione dei beni strumentali o il mantenimento della medesima clientela o procedimenti produttivi.

Tali orientamenti si applicano anche al cambio di appalto: ove si tratti di attività “leggere” (dette labour intensive) la riassunzione da parte del nuovo appaltatore della maggior parte del personale è indice relevantissimo del fatto che sia avvenuto un trasferimento d’azienda, con diritto dunque del personale escluso ad agire in giudizio per pretendere la prosecuzione anche del proprio rapporto di lavoro.

Per adeguarsi all’ordinamento europeo il Governo aveva inizialmente ipotizzato l’abolizione dell’art. 29 c. 3, che ha poi invece modificato con l’art. 30 c. 1 l. 122/2016, tentando di recepire quanto precede. L’attuale norma precisa che ove l’appaltatore subentrante acquisisca la maggior parte del personale il cambio appalto non configura un trasferimento d’azienda solo ove siano presenti elementi di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa.

La modifica non sembra destinata a provocare cambiamenti negli orientamenti

giurisprudenziali sopra prescritti, seppure l’abolizione della norma sarebbe stata una scelta migliore.

Nel caso di appalti labour intensive, infatti, non si vede quali elementi di discontinuità potrebbero avere un peso tale da escludere l’esistenza di un trasferimento di azienda a fronte dell’acquisizione della maggior parte dei lavoratori. L’unica possibilità sarebbe forse una modifica talmente significativa dell’organizzazione del personale tale da mutarne radicalmente l’identità, escluso però che l’integrazione dei lavoratori nella preesistente struttura del subentrante possa essere a tal fine sufficiente (si veda la sentenza della Corte di Giustizia del 12 febbraio 2009, C-466/07).

Con riguardo ad appalti “pesanti”, poi, la nuova formulazione della norma nulla aggiunge, essendo comunque evidente che, oltre all’acquisizione del personale, un trasferimento d’azienda sarebbe configurabile solo ove vi fossero ulteriori elementi di continuità, non avendo in tali casi l’impiego del medesimo personale un valore determinante.

Quale ultima notazione appare utile precisare che, a seguito della modifica della disciplina del licenziamento ad opera del d.lgs. 23/2015, c.d. “contratto a tutele crescenti”, anche i lavoratori assunti ex novo dall’appaltatore subentrante potrebbero avere un ulteriore interesse a rivendicare l’esistenza di un trasferimento d’azienda e dunque far accertare la continuità del rapporto al fine di mantenere l’applicazione della disciplina di cui all’art. 18 l. 300/70 (almeno se assunti dal precedente appaltatore prima del 7 marzo 2015), oltre che per mantenere l’anzianità, le mansioni ed il trattamento applicato. ■

## FLASH

### LE CONDIZIONI PER LA CIGS NEI CASI DI AZIENDE FALLITE O SOTTOPOSTE A CONCORDATO PREVENTIVO

Con la Circolare n. 24 del 26 luglio 2016, il Ministero del Lavoro ha ribadito, confermando quanto già indicato nelle precedenti circolari del 22 gennaio 2016 e del 5 ottobre 2015, come anche alla luce della nuova normativa sugli ammortizzatori sociali le aziende sottoposte a procedure concorsuali, con continuazione dell’attività produttiva, possono accedere alla CIGS. E ciò perché rientrano nella causale “crisi aziendale” di cui all’art. 21, lettera b), d.lgs. n. 148/2015.

Ad integrazione di tali orientamenti, vengono ora meglio specificate le condizioni che ad avviso del Ministero debbono sussistere per rientrare, appunto, nella causale “crisi aziendale”, quindi ottenere la CIGS.

Nel caso di fallimento, in particolare, è necessario che: il giudice delegato o l’autorità che esercita il controllo autorizzi l’esercizio provvisorio dell’impresa per salvaguardare il complesso aziendale e per favorire, alle migliori condizioni, la cessione dell’attività; nel programma di realizzazione dell’attivo previsto dalla legge fallimentare si deve tener conto in modo circostanziato delle concrete ragioni per le quali appare probabile la cessione unitaria dell’azienda o di singoli rami in tempi compatibili con il godimento della CIGS per crisi; il comitato dei creditori deve approvare specificatamente la valutazione sulle probabilità di cessione espresse dal curatore. In presenza di tali condizioni - cui si aggiunge la doverosa presentazione di un piano di crisi aziendale e l’essere il piano di risanamento volto ad un concreta e rapida cessione dell’azienda o di parte di essa con trasferimento dei lavoratori - il Ministero del Lavoro afferma che può essere autorizzata la CIGS.

Analogamente, per ciò che concerne l’ipotesi del concordato preventivo è necessario che lo stesso preveda la prosecuzione dell’attività, anche da parte di una o più nuove società acquirenti e, soprattutto, un piano di risanamento volto alla concreta e rapida cessione dell’azienda (o di parte di essa) con trasferimento dei lavoratori. Il concordato, poi, deve essere stato, oviamente, omologato da parte del Tribunale.

# Lavoro e Pensioni: cosa cambia con l'approvazione della legge sulle Unioni Civili

di Livia Irtinni

**È** stata approvata l'11 maggio scorso, con 372 sì, 51 no e 99 astenuti, la L. N. 76/2016 (c.d. Legge Cirinnà che prende il nome dalla senatrice che è stata la prima firmataria dell'iniziativa parlamentare), costituita da un unico articolo con 69 commi, che introduce nell'ordinamento italiano la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, nonché la disciplina delle convivenze di fatto tra persone di sesso diverso. La Legge qui in commento è entrata in vigore già il 5 giugno scorso con la sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ma solo di recente è diventata pienamente applicabile grazie al decreto attuativo che è stato pubblicato in data 28 luglio 2016.

Quanto alle unioni civili, la Legge Cirinnà prevede che possono legarsi con una unione civile due persone maggiorenni dello stesso sesso di fronte ad un Ufficiale di stato civile ed alla presenza di due testimoni.

Tra le cause impeditive per la costituzione dell'unione civile vi sono: a) la sussistenza, per una delle parti, di un vincolo matrimoniale o di un'unione civile tra persone dello stesso sesso; b) l'interdizione di una delle parti per infermità di mente; c) la sussistenza tra le parti di un vincolo di parentela; d) la condanna definitiva di un contraente per omicidio consumato o tentato nei confronti di chi sia coniugato o unito civilmente con l'altra parte.

Così come dal matrimonio, anche dalla costituzione di una unione civile derivano una serie di diritti e di doveri, quali quello di assistenza morale e materiale, di coabitazione e di residenza comune, nonché quello di contribuire ai bisogni comuni in relazione alle proprie sostanze e capacità di lavoro. Il regime patrimoniale, salvo diversa convenzione, è la comunione dei beni.

L'introduzione delle unioni civili ha inevitabilmente influito su una serie di istituti lavoristici ed in particolare su tutti quei diritti che finora sono stati subordinati al vincolo del matrimonio: si tratta in particolare degli istituti delle ferie matrimoniali, del TFR, dei congedi e dei permessi, ma anche della pensione di reversibilità ed altri simili.

Fatta eccezione per l'indennità sostitutiva del preavviso e del TFR per le quali la Legge in esame riconosce espressamente all'art. 1, comma 17, il diritto di colui che ha contratto una unione civile al pagamento delle indennità previste dagli artt. 2118 e 2120 c.c. in caso di morte del prestatore di lavoro, la disposizione di maggiore rilevanza pratica, proprio per la sua portata generale, è quella contenuta nel comma 20 dell'art. 1.

Tale norma prevede, infatti, che «al solo fine di assicurare l'effettività della tutela dei diritti e il pieno adempimento degli obblighi derivanti dall'unione civile tra persone dello stesso sesso, le disposizioni che si riferiscono al matrimonio e le disposizioni contenenti le parole «coniuge», «coniugi» o termini equivalenti, ovunque ricorrono nelle leggi, negli atti aventi forza di legge, nei regolamenti nonché negli atti amministrativi e nei contratti collettivi, si applicano anche ad ognuna delle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso. La disposizione di cui al periodo precedente non si applica alle norme del codice civile non richiamate espressamente nella presente legge, nonché alle disposizioni di cui alla legge 4 maggio 1983, n. 184. Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti. In base a tale disposizione, quindi, il lavoratore che ha contratto una unione civile potrà usufruire degli stessi diritti riconosciuti al coniuge, a patto che presenti al datore di lavoro il certificato che conferisce lo status di «unito civilmente».

L'equiparazione del rapporto di coniugio derivante dal matrimonio e l'ampia formulazione della norma sopra riportata comporterà quindi l'estensione agli uniti civilmente di tutti i diritti conseguenti alla sospensione del rapporto di lavoro così come previsti dalla legge per il «coniuge», quali ad esempio: a) le disposizioni in materia di permessi per l'assistenza in caso di disabilità accertata del coniuge ai sensi dell'art. 33 della L. n. 104/1990; b) le disposizioni dell'art. 4 della L. n. 53/2000 e del D.M. n. 278/2000 per l'ipotesi dei permessi in caso di lutto e di eventi particolari; c) le disposizioni dell'art. 42, comma 5 e segg. del D. Lgs. n. 151/2001 in materia di trattamento

## FLASH

**ILLEGITTIMO IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO SE LA COMUNICAZIONE DI AVVIO È FATTA, IN ASSENZA DI RSU O RSA, ALLE SOLE OO.SS. PRESENTI SUL TERRITORIO COMUNALE**

Con la Sentenza n. 17234 del 22 agosto 2016, la Corte di Cassazione ha chiarito che, in assenza di RSU o RSA, la comunicazione di avvio della procedura di licenziamento collettivo non può essere limitata alle OO.SS. presenti sul territorio comunale, laddove ve ne siano altre, ugualmente "rappresentative", ma di dimensione territoriale maggiore (ad esempio, come nel caso di specie, provinciale).

La comunicazione di cui all'art. 4, l. n. 223/1991 deve quindi essere fatta a tutte le OO.SS. "maggiormente rappresentative sul piano nazionale" a prescindere dalla dimensione territoriale che le sue articolazioni hanno. Se, quindi, per esempio, un sindacato "rappresentativo" ha una sede comunale, mentre un altro, altrettanto "rappresentativo", ce l'ha provinciale o regionale o, al limite, solo nazionale, non è ammissibile escludere quest'ultimo dal tavolo delle trattative.

Una diversa e più restrittiva interpretazione, precisa la Corte, sarebbe contraria ai principi di effettività della tutela sindacale, ossia di rappresentatività sostanziale del sindacato, nei sensi altresì indicati dalla Sentenza della Corte Costituzionale n. 231 del 2013 di "modifica" dell'art. 19, SL.

Si richiama così l'art. 19, SL, come riletto dalla Consulta nel 2013, senza però chiarire espressamente se il criterio per identificare il sindacato "maggiormente rappresentativo sul piano nazionale", cui fa riferimento l'art. 4, l. n. 223/1991, è quello indicato nello stesso art. 19, SL. Orientamento, quest'ultimo, che, tra l'altro, necessiterebbe di qualche chiarimento "di raccordo", posto che, in tale ultima disposizione, si fa riferimento ad una "rappresentatività" non legata alla "nazionalità" cui invece è ancorato l'art. 4, l. n. 223/1991.

La conseguenza dell'incompleta comunicazione sarà in ogni caso l'illegittimità del licenziamento, stante la rigorosa analisi che, ricorda la Cassazione, deve essere fatta dal giudice circa il rispetto della procedura prevista dalla stessa legge sui licenziamenti collettivi.

economico per l'assistenza, da parte del coniuge, a persona affetta da disabilità accertata (entro il limite massimo di due anni); d) le disposizioni dell'art. 8, comma 4 del D. Lgs. n. 81/2015 regolante la priorità a richiedere la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale per le necessità di assistenza al coniuge affetto da patologie oncologiche.

La parte dell'unione civile è equiparata al coniuge superstite anche a fini previdenziali, con la conseguente maturazione del diritto alla pensione indiretta o di reversibilità secondo le medesime regole e nella misura prevista -da ciascuna gestione previdenziale- per il coniuge superstite secondo quanto stabilito dal comma 21 dell'art. 1.

Analoga disciplina non è invece prevista per i conviventi di fatto, intendendosi per tali "due persone maggiorenni unite stabilmente da legami affettivi di coppia e di reciproca assistenza morale e materiale, non vincolate da rapporti di parentela, affinità o adozione, da matrimonio o da una unione civile."

L'accertamento dello stato di convivenza deve avvenire tramite la "dichiarazione anagrafica" che la coppia dovrà presentare agli uffici comunali di riferimento e da tale accertamento derivano una serie di diritti, finora riservati solo a coloro che erano legati da un vincolo di coniugio, quali l'assistenza ospedaliera, penitenziaria ed il diritto a percepire gli alimenti da parte dell'altro convivente a fine convivenza, nel caso in cui uno dei due non sia in grado di provvedere al proprio mantenimento.

I conviventi possono scegliere di regolare i propri rapporti patrimoniali con un "contratto di convivenza" nel quale possono essere stabilite la residenza, le modalità di contribuzione alla vita comune ed il regime patrimoniale della comunione dei beni.

Oltre che in caso di morte o di matrimonio, la convivenza

si risolve per accordo delle parti o per volontà unilaterale.

Dal punto di vista giuslavoristico, l'unica norma che assume rilievo è quella relativa all'impresa familiare secondo cui al convivente di fatto, che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente, spetta una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato; ma il diritto di partecipazione non spetta qualora tra i conviventi esista un rapporto di società o di lavoro subordinato.

Poiché la morte di uno dei due conviventi è una delle cause di risoluzione della convivenza stessa, il convivente "superstite" non ha diritto né alle indennità di cui agli artt. 2118 e 2120 c.c., né alla pensione ai superstiti, nelle forme della pensione di reversibilità o di pensione indiretta.

Per quanto riguarda gli altri istituti, invece, a differenza di quanto previsto per le unioni civili ove l'equiparazione allo status di "coniuge" è espressamente sancita, non esiste nella L. N. 76/2016 una norma di carattere generale, analoga al comma 20 dell'art. 1, che si applichi ai conviventi di fatto.

A parere di chi scrive questa disparità di trattamento tra l'unione civile e la convivenza di fatto costituisce una anomalia - anche in ottica costituzionale - della nuova disciplina. A tal proposito, infatti, non si comprende, anche alla luce della ratio della Legge qui in esame che mira a riconoscere e garantire al convivente gli stessi diritti di natura assistenziale spettanti fino ad oggi al solo coniuge, come mai il legislatore abbia previsto il diritto all'assistenza del convivente in caso di malattia o di detenzione, mentre non abbia garantito una applicazione analogica delle disposizioni, per esempio, dell'art. 33 della L. n. 104/1992 o dell'art. 42 del D. Lgs. n. 151/2001 anche alle convivenze di fatto, che troveranno invece applicazione alle sole unioni civili. ■

# Nuove regole per il distacco transnazionale di lavoratori: più strumenti ispettivi, ma resta il rischio dumping sociale

di Giovanni Orlandini

**A**nche nel nostro paese il processo di integrazione del mercato unico ha esposto al rischio del dumping sociale i settori più interessati alla mobilità temporanea dei lavoratori (trasporti ed edilizia in primo luogo). Imprese stabilite in paesi con più bassi standard retributivi e di tutela del lavoro possono infatti beneficiare dell'apertura del mercato nazionale imposta dal diritto dell'UE distaccando in Italia i propri dipendenti in base ad un contratto di appalto o di somministrazione di lavoro, senza dover farsi carico integralmente del costo del lavoro gravante sulle imprese nazionali. Il problema riguarda in particolare gli oneri contributivi, dal momento che durante il periodo del distacco i lavoratori stranieri restano iscritti nel sistema previdenziale del paese d'origine (art.12, regolamento UE n. 883/04). Ma il problema si pone anche per le condizioni retributive e di lavoro, posto che la direttiva 96/71/CE - deputata a regolare la materia - permette allo Stato ospitante (cioè dove il distacco è eseguito) di pretendere dalle imprese straniere soltanto il rispetto di standard minimi di protezione definiti dalle leggi e dai contratti collettivi nazionali in un elenco definito di materie (tariffe minime salariali, vincoli in materia di orario e di ferie, e poco altro).

La materia è stata fino ad oggi regolata dal d.lgs. 72 del 2000, normativa tra le più neglette e disapplicate del nostro sistema di diritto del lavoro. Ciò per un duplice ordine di motivi: in primo luogo (paradossalmente) perché contenente eccessivi vincoli per le imprese straniere: l'obbligo di rispettare integralmente leggi e contratti collettivi vigenti in Italia da essa previsto, contrasta con i vincoli posti dalla direttiva ed è stato quindi tacitamente ignorato; in secondo luogo (soprattutto) perché inidonea a contrastare il fenomeno dell'utilizzo fraudolento del distacco, operato da imprese fittizie create all'estero anche da "imprenditori" italiani al solo fine di eludere la normativa nazionale. Su entrambi questi profili critici della normativa sul distacco interviene il decreto n.136 del 17 luglio (entrato in vigore il 22 luglio), cui quindi spetta l'arduo compito di superare le gravi lacune che sino ad oggi hanno caratterizzata la regolazione del fenomeno del distacco transnazionale nel nostro paese.

L'occasione per dare ordine alla materia è stata fornita dalla direttiva 2014/67 (commentata nel Bollettino n.6/2014), che per la verità contiene solo disposizioni di carattere procedurale e non modifica la precedente direttiva del 1996: essa infatti mira a garantire una più efficace e corretta attuazione di quest'ultima, prescrivendo agli Stati membri l'adozione di strumenti di controllo sulle imprese straniere e sulle condizioni di impiego dei loro lavoratori. Tuttavia il legislatore italiano ha colto l'occasione per intervenire anche sui profili sostanziali del distacco transnazionale, abrogando il d.lgs. n. 72/2000 e sostituendolo con una nuova disciplina organica della materia.

## Contrasto agli abusi e vincoli amministrativi

Nella parte che recepisce la direttiva 2014/67, il d.lgs. 136 ne conferma in buona parte il contenuto alla lettera. Di particolare importanza è il superamento della principale lacuna del sistema italiano: l'assenza di obblighi procedurali che consentissero il controllo del fenomeno del distacco e la sanzione degli abusi. Si tratta quindi di un importante passo avanti nella lotta al dumping, la cui efficacia resta però condizionata dalla persistente debolezza del nostro sistema ispettivo: anche sotto questo profilo, senza un adeguato investimento sul personale, il rafforzamento degli strumenti ispettivi rischi

quindi di restare sulla carta.

Riproducendo quanto previsto dall'art.4 della direttiva 2014/67, l'art.3 elenca gli "elementi" che gli organi di vigilanza devono considerare al fine di accertare se l'impresa distaccante è effettivamente stabilita in uno Stato diverso (Stato d'origine) dall'Italia o invece ivi svolga attività "di mera gestione o amministrazione del personale dipendente" (art. 3, co. 2); e se il lavoratore è effettivamente "distaccato" in Italia (art. 3, co. 3), ovvero - ai sensi dell'art. 2, lett. d - se, abitualmente occupato in uno Stato membro diverso dall'Italia, svolga, "per un periodo limitato, predeterminato o predeterminabile con riferimento ad un evento futuro e certo", il proprio lavoro sul territorio nazionale, restando - durante il periodo di distacco - alle dipendenze dell'impresa stabilita all'estero (art. 1, co. 1, cpv., d.lgs. 136).

L'accertamento della non autenticità del distacco comporta l'effetto di considerare il lavoratore "a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto che ne ha utilizzato la prestazione" (art. 3, co. 4). In presenza di un distacco non genuino, il distaccante e l'impresa o il destinatario che hanno utilizzato la prestazione dei lavoratori distaccati sono altresì puniti con la sanzione amministrativa pecuniaria (salvo che non si configuri sfruttamento dei minori, nel qual caso distaccante e "soggetto che ha utilizzato la prestazione" sono puniti con la pena dell'arresto, oltre all'ammenda: art. 3, co. 5). Il d.lgs. n. 136/2016 configura quindi un'ipotesi "speciale" di interposizione vietata, sanzionata con la costituzione ex lege del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. Ne consegue che, per effetto dell'accertamento dell'illiceità del distacco, il lavoratore straniero debba considerarsi a tutti gli effetti (s'intende anche previdenziali) alle dipendenze dell'impresa o del destinatario nell'interesse dei quali è stato distaccato.

I successivi artt. 8, 9 attengono alla cooperazione amministrativa con gli organismi ispettivi competenti degli altri Stati membri. In particolare l'art. 8 configura gli obblighi gravanti sull'Ispettorato nazionale, tenuto a rispondere tempestivamente alle richieste motivate delle autorità competenti straniere, utilizzando il sistema IMI (rete telematica di informazione del mercato interno). Ovvio però che, per quanto attiene ai lavoratori distaccati in Italia, quello che più rileva è il modo con cui questi obblighi di cooperazione e informazione sono adempiuti nel paese dove ha sede l'impresa distaccante; e ciò, va da sé, non dipende dalla normativa italiana.

Anche le disposizioni che impongono obblighi amministrativi e di documentazione alle imprese straniere coprono una grave lacuna che fino ad oggi ha impedito un'efficace controllo ispettivo sul fenomeno del distacco in Italia. L'art. 10 introduce finalmente un obbligo di comunicazione preventiva di distacco (CPD) in capo all'impresa che distacca lavoratori in Italia (entro le ore 24 del giorno antecedente l'inizio del distacco), le cui modalità d'esercizio dovranno essere definite con D.M. da emanare entro 30 giorni dall'entrata in vigore del nuovo decreto. La CPD deve contenere alcune informazioni, tra le quali: dati dell'impresa; numero e generalità dei lavoratori; data di inizio e fine del distacco, luogo di svolgimento della prestazione di servizi; generalità e domicilio del referente di cui a co. 4 dell'art. 10. Trattasi, in quest'ultimo caso, del referente "con poteri di rappresentanza per tenere i rapporti con le parti sociali interessate a promuovere la negoziazione collettiva di secondo livello". Rispetto alla direttiva 2014/67, si aggiunge nell'art. 10, co. 4, l'obbligo per il referente "di rendersi disponibile" in caso di richiesta motivata delle parti sociali, al fine di avviare l'attività negoziale. La nozione di "parti sociali" riproduce quella utilizzata dall'art. 9 della direttiva 2014/67, ma avrebbe meritato un chiarimento. "Interessati" a negoziare non sono infatti genericamente le "parti sociali", ma gli organismi territoriali del sindacato presenti nel luogo dove si svolge il distacco; ragione per cui a queste sarebbe stato opportuno far riferimento, magari specificando (al solito) il loro grado di rappresentatività.

Tra i documenti che l'impresa distaccante è tenuta a conservare durante il distacco (in copia tradotta in italiano), a quelli previsti dalla direttiva 2014/67 (relativi all'orario e al pagamento della retribuzione) il d.lgs. n. 136/2016 aggiunge la comunicazione pubblica di instaurazione del rapporto (o documento equivalente, s'intende previsto dalla legislazione del paese d'origine) e il sopra richiamato certificato A1 che attesta l'iscrizione al regime di sicurezza sociale.

La violazione degli obblighi di comunicazione e di tenuta dei documenti comporta l'irrogazione di sanzioni amministrative (art. 12). Le più gravi (da 2.000 a 6.000 euro) sanzionano la mancata designazione del referente domiciliato in Italia incaricato di inviare e ricevere atti e documenti e la mancata designazione del referente con poteri di rappresentanza o la sua eventuale "indisponibilità" alla richiesta motivata delle "parti sociali". Non sembra che da ciò possa però ricavarsi un obbligo per l'impresa distaccante di avviare la negoziazione collettiva, né tanto meno di concludere un accordo. Lo esclude l'assenza di un simile obbligo nei confronti delle imprese con sede in Italia e la necessità di tener conto del "diritto" e delle "prassi nazionali" imposta dalla direttiva 2014/67 (art. 9, par. 1, lett. f).

Alle sanzioni amministrative pecuniarie irrogabili per la violazione degli altri obblighi previsti dal d.lgs. 136 è data esecuzione in base alla procedura disciplinata nella sezione II dello stesso (artt. 14-17). Si tratta di una procedura che regola la richiesta di notifica e di recupero delle sanzioni pecuniarie (sia amministrative, sia giudiziarie) ad altri Stati da parte dell'Ispettorato nazionale del lavoro, da attivare quando non è possibile procedere applicando le procedure di diritto interno e il provvedimento sanzionatorio non è soggetto ad impugnazione.

Quest'aspetto della disciplina del nuovo decreto è di vitale importanza per garantire l'effettività della normativa sostanziale, posto che il contrasto all'utilizzo abusivo e illegittimo del distacco transnazionale passa prioritariamente dalla sanzionabilità delle imprese straniere, piuttosto che dalle rivendicazioni dei lavoratori distaccati, quasi sempre troppo deboli per avanzarle.

Specularmente, la sezione III del decreto (artt. 18-24) disciplina le richieste di notifica e recupero di provvedimenti amministrativi o giudiziari provenienti da altri Stati membri (per eventuali casi di responsabilità di imprese italiane



all'estero), a decidere delle quali sono competenti rispettivamente l'Ispettorato nazionale del lavoro e la Corte d'appello nel cui distretto risiede la persona nei confronti della quale è stata irrogata la sanzione.

### Condizioni di lavoro e contratti collettivi applicabili

In relazione ai trattamenti economici e normativi da applicare ai lavoratori distaccati il d.lgs. in esame presenta delle significative novità rispetto all'abrogato d.lgs. n. 72/2000. L'art. 4 solo apparentemente ricalca l'art. 3, co. 1 di quest'ultimo d.lgs., rinviando alle "medesime condizioni di lavoro e di occupazione previste per i lavoratori che effettuano prestazioni lavorative subordinate analoghe nel luogo in cui si svolge il distacco" (co. 1). La portata di questa disposizione è, infatti, definita dal precedente art. 2, il quale - alla lett. e) - specifica cosa debba intendersi per "condizioni di lavoro e di occupazione" ai sensi del decreto: trattasi di quelle "disciplinate da disposizioni normative e dai contratti collettivi di cui all'art. 51 del d.lgs. n. 81 del 2015" relative ad alcune materie: periodi massimi di lavoro e di riposo; durata minima delle ferie; trattamento retributivo minimo (compreso quello maggiorato per straordinario); condizione di cessione temporanea dei lavoratori; salute e sicurezza sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro di gestanti, bambini e giovani; parità di trattamento uomo donna. E' quindi sciolto ogni dubbio circa il fatto che ai lavoratori stranieri distaccati in Italia spettino solo una parte delle tutele assicurate dalla legge a chi lavora stabilmente in Italia.

D'altra parte, i limiti al dumping sociale operato da imprese straniere nell'ordinamento italiano possono derivare non tanto dall'obbligo di rispettare la legislazione vigente (sempre meno protettiva), quanto piuttosto dall'obbligo di applicare i contratti collettivi; in primo luogo (ma non solo) in relazione ai trattamenti retributivi. Proprio su questo piano però il d.lgs. n. 136 continua a non fare chiarezza.

La possibilità di estendere i contratti collettivi alle imprese con sede all'estero trova nel nostro ordinamento gli stessi limiti che valgono per le imprese nazionali e che dipendono dalla nota mancata attuazione dell'art. 39 Cost. Osta alla possibilità di prevedere ex lege l'obbligo di rispettare il contratto collettivo (o meglio, uno specifico contratto collettivo) non solo il vincolo "negativo" dovuto alla norma costituzionale, ma anche i vincoli imposti dai principi del mercato unico, recepiti dalla direttiva 96/71. Questa infatti subordina la possibilità di applicare ai lavoratori distaccati i contratti collettivi vigenti nello Stato di distacco al fatto che siano tenute a rispettarli tutte le imprese nazionali operanti nel medesimo settore e zona nel quale opera l'impresa straniera; e ciò in ragione del fondamentale principio di non discriminazione, che impedisce di gravare le imprese con sede in altri Stati di oneri dai quali quelle nazionali possono sottrarsi.

Questi limiti (figli dell'assenza nel nostro ordinamento di contratti con efficacia erga omnes) avrebbero imposto al legislatore italiano di identificare in sede di recepimento della normativa europea sul distacco quelle parti del contratto collettivo che, in via di fatto, sono comunque di generale applicazione per tutte le imprese nazionali; ciò appunto al fine di giustificare l'estensione anche a quelle straniere. Cosa che non viene fatta nel d.lgs. n. 136/2016.

Restano dunque le incertezze in relazione alla retribuzione da corrispondere ai lavoratori distaccati, che il d.lgs. in esame limita ai "trattamenti retributivi minimi, compresi quelli maggiorati per lavoro straordinario" (art. 2, lett. e).

Anche in merito alla materia salariale viene riprodotto quasi alla lettera quanto previsto dalla direttiva 96/71, che fa riferimento alle "tariffe minime salariali" previste nello Stato di distacco. I minimi salariali cui la direttiva 96/71 fa riferimento non vanno però intesi necessariamente come corrispondenti ai minimi tabellari del CCNL. Come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza Sähköalojen ammattiliitto del 12.2.2015 (causa C-396/13), il significato della nozione di "tariffa minima salariale" dipende dalle regole vigenti in ciascuno Stato in materia retributiva e può ricomprendere diverse voci funzionali a garantire la protezione sociale del lavoratore distaccato durante la sua permanenza all'estero, a condizione che siano previste da contratti collettivi di generale applicazione.

Nel richiamare i soli "trattamenti retributivi minimi", dunque, il d.lgs. n. 136/2016 non sembra sfruttare tutti i margini concessi dalla direttiva 96/71 per difendere il mercato nazionale dal dumping salariale. Ciò almeno se alla nozione in questione si attribuisce il significato che essa (invece) ha nel nostro ordinamento: appunto, la retribuzione prevista dai minimi tabellari del CCNL. Per evitare una simile lettura del decreto 136 occorrerebbe dare un diverso significato alla norma in parola, facendo coincidere i "trattamenti minimi" con tutte le voci contrattuali che di fatto hanno generale applicazione, in quanto integranti il livello di retribuzione sufficiente prescritto dall'art. 36 Cost., e identificato come tale in sede giudiziaria in forza dell'art. 2099, co. 2, c.c. Ciò permetterebbe di includere nella retribuzione da corrispondere ai lavoratori distaccati per lo meno l'indennità di anzianità, l'ex contingenza e la tredicesima (alla luce appunto della maggioritaria giurisprudenza in materia). Non c'è dubbio tuttavia che si sia persa l'occasione per fare chiarezza su un profilo centrale della disciplina del distacco.

L'onere di fare chiarezza su questo profilo decisivo della normativa graverà quindi sul Ministero del lavoro, dal momento che - ottemperando a quanto prescritto dall'art. 5 della direttiva 2014/67 - l'art. 7 del d.lgs. 136/2016 prevede che "tutte le informazioni relative alle condizioni di lavoro e di occupazione che devono essere rispettate nelle ipotesi di distacco" siano pubblicate (in lingua italiana e in inglese) sul suo sito istituzionale; ivi comprese quelle relative ai "contratti collettivi applicabili ai lavoratori distaccati in Italia, con particolare riferimento alle tariffe minime salariali e ai loro elementi costitutivi, al metodo utilizzato per calcolare la retribuzione dovuta e ai criteri per la classificazione del personale" (art. 7, co. 1, lett. b).

Solo quando tali informazioni saranno rese note sarà possibile valutare in che misura il nuovo quadro normativo pone argine al dumping salariale, e se lo fa in maniera conforme alle indicazioni del legislatore europeo.

Le incertezze in merito al trattamento economico dei lavoratori distaccati si riflettono anche sulla disciplina degli appalti pubblici, visto che il d.lgs. 163 trova applicazione nel caso di aggiudicatario stabilito all'estero. Un raccordo con la nuova disciplina del codice dei contratti pubblici sarebbe stato opportuno, al fine di chiarire se e in che misura le imprese straniere siano vincolate al rispetto delle clausole di equo trattamento, regolate in maniera più stringente rispetto al passato (art. 30, co. 4, d.lgs. 50/2016). Sul punto infatti gravano anche le incertezze del quadro normativo e giurisprudenziale dell'Unione Europea, posto che le recenti aperture della Corte di giustizia nei confronti della legittimità di dette clausole alla luce dei principi del mercato interno (vd. la sentenza Regiost del 12.2.2015), non allontanano del tutto i rischi di tenuta delle stesse in ordinamenti che - come quello italiano - non riconoscono ai contratti collettivi efficacia erga omnes.

### Solidarietà (art. 4, co. 4 e 5)

L'art. 4, co. 4, del d.lgs. 136 stabilisce che nell'ipotesi di distacco operato in base ad un appalto trova applicazione il regime di responsabilità solidale di cui agli artt. 1676 cod. civ. e 29, co. 2, del d.lgs. n. 276/2003.

Fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 136 avevamo un regime di responsabilità solidale differenziato per gli appalti nazionali (art. 29, d.lgs. n. 276) e per quelli transnazionali (art. 3, d.lgs. n. 72/2000). Per superare questa disparità di regole si è scelta, nel d.lgs. n. 136, la strada di estendere agli appalti transnazionali l'art. 29 del d.lgs. n. 276.

La solidarietà riguarda i crediti maturati durante il periodo di distacco. Resterebbe il problema dell'applicabilità alle imprese straniere della previsione di cui all'art. 29, co. 2, del d.lgs. 276 sulla preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore (e degli eventuali subappaltatori), non avendo questi sede in Italia; nonché dell'applicabilità delle disposizioni dei CCNL che - nell'individuare metodi e procedure di controllo e verifica - eventualmente derogano alla solidarietà ex 29, co. 2, d.lgs. n. 276. Appare problematica anche l'estensione della responsabilità per omessa contribuzione, perché non riguarda l'INPS (al quale i lavoratori distaccati non sono iscritti).

Quando il distacco di lavoratori avviene nell'ambito di un contratto di trasporto trova applicazione la procedura di cui all'art. 83-bis, commi da 4-bis a 4-sexies, del d.lgs. n. 112/2008, convertito dalla legge n. 133/2008. Di conseguenza, ove il committente esegua la verifica - preliminare alla stipulazione del contratto - di cui al co. 4-bis (regolare adempimento da parte del vettore degli obblighi retributivi, previdenziali e assicurativi) ovvero di cui al comma 4-quater, non è obbligato in solido con il vettore - nonché con ciascuno degli eventuali sub-vettori - per il pagamento dei trattamenti retributivi, nonché dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi agli enti competenti.

### Somministrazione

Se il distacco è operato da un'agenzia di somministrazione con sede all'estero valgono regole speciali che consentono una più ampia difesa dal dumping sociale. Ai lavoratori distaccati da agenzie di somministrazione con sede all'estero il d.lgs. 163 prevede infatti si applichino le medesime condizioni di lavoro previste per i lavoratori somministrati da un'agenzia con sede in Italia, ai sensi dell'art. 35 del d.lgs. n. 81/2015 (art. 4, co. 3); vale a dire, "condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore", del cui rispetto l'utilizzatore risponde in solido con l'agenzia. La parità di trattamento, non limitata agli standard minimi e alle materie elencate dall'art. 2, lett. e) del decreto, in questo caso è legittimata dalla direttiva 96/71, in ragione del fatto che il lavoratore somministrato entra "di fatto" (pur se non giuridicamente) nel mercato del lavoro nazionale; dunque si giustifica una sua equiparazione ai lavoratori stranieri dipendenti da imprese con sede in Italia.

L'agenzia straniera non è però tenuta ad iscriversi all'Albo ministeriale cui sono iscritte quelle italiane, né - quindi - a rispettare i vincoli finanziari ed organizzativi cui la legislazione italiana subordina l'attività di somministrazione. L'art. 1 del d.lgs. in esame, al co. 3, prevede - come già faceva l'art. 4, co. 2, del d.lgs. n. 72/2000 - che le imprese di somministrazione stabilite in un altro Stato UE possano non iscriversi all'Albo ministeriale italiano di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 276, se dimostrano di operare in forza di un "provvedimento amministrativo equivalente, ove previsto, rilasciato dall'autorità competente" dello Stato membro di stabilimento; ed in tal caso, l'agenzia con sede all'estero ha l'obbligo di comunicare al Ministero del lavoro il "numero del provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività di somministrazione" (art. 10, co. 1, lett. i, d.lgs. n. 136/2016).

Resta da capire cosa debba intendersi per "equivalente" e cosa succede se tale ultimo documento non è "previsto". Certo, le regole del mercato interno non consentono di imporre oneri aggiuntivi rispetto a quelli che permettono l'esercizio legittimo dell'attività di somministrazione nel paese d'origine. Per "equivalenza", dunque, si dovrebbe intendere la mera esistenza dell'autorizzazione; mentre l'assenza di un regime autorizzatorio nel Paese d'origine non dovrebbe giustificare l'obbligo di iscrizione nell'albo ministeriale. Le condizioni previste dalla normativa del Paese d'origine per l'esercizio dell'attività di somministrazione devono comunque ovviamente essere rispettate, pena l'illegittimità del distacco e l'applicazione delle sanzioni conseguenti. ■