



FRUTTI AVVELENATI

*Nelle pieghe del Decreto PNRR,
l'attacco alla contrattazione collettiva*

Le due sentenze
della Corte
costituzionale
sul licenziamento
nel Jobs Act

La Cassazione
sui limiti
del diritto
di sciopero

La delibera
del Comune
di Firenze
sul salario minimo
negli appalti pubblici

Il TAR Lazio
sull'ordinanza
di precettazione
del Ministro Salvini

I Tribunali
di Milano e di Trieste
sulla somministrazione
a tempo indeterminato

02

Febbraio - Marzo 2024

04

Il TAR Lazio annulla l'ordinanza "Salvini" e delimita il potere dell'autorità precettante

di *Ivan Petrone*

06

Ancora la Corte costituzionale (per due volte) sul licenziamento nel Jobs Act

di *Giovanni Calvellini*

10

La riforma degli appalti nel Decreto PNRR: il pericoloso sdoganamento del contratto collettivo "maggiormente applicato"

di *Duccio Balani*

13

La via comunale al salario minimo: il Comune di Firenze lo introduce per i propri appalti pubblici

di *Giovanni Orlandini*

16

Limiti esterni al diritto di sciopero: la Cassazione fa il punto sul c.d. danno alla produttività

di *Giulio Cappelli*

18

I Tribunali di Milano e di Trieste pongono un argine allo *staff leasing*

di *Francesca Bassetti*

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato di Redazione

Andrea Danilo Conte (PRESIDENTE)
Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Giulia Frosecchi
Mariagrazia Lombardi
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro

Piazza dei Rossi, 1
50125 - 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.

Il TAR Lazio annulla l'ordinanza "Salvini" e delimita il potere dell'autorità precettante

di
Ivan
Petrone

Quando è troppo è troppo, pure per i giudici amministrativi che spesso non brillano per sensibilità sindacale. Il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti Matteo Salvini ha violato i limiti previsti dalla legge 146/90 a tutela del diritto di sciopero, quando ha precettato i lavoratori ordinando la riduzione a 4 ore della durata dello sciopero nazionale del trasporto pubblico locale indetto dal sindacalismo di base (USB, Cobas Lavoro Privato, ADL Cobas, SGB, CUB Trasporti, ADL Cobas) per l'intera giornata del 15 dicembre scorso (vd Bollettino n. 7/23). Così ha deciso il TAR Lazio con la sentenza n. 6084 del 28 marzo, annullando l'ordinanza ministeriale per violazione di legge ed eccesso di potere, in quanto adottata in spregio ai presupposti fissati dall'art. 8 della legge del novanta.

La sentenza segna un passaggio importante nella giurisprudenza in materia, non fosse altro perché rarissimi sono i precedenti in cui i giudici amministrativi smentiscono le decisioni dell'autorità precettante. Ma soprattutto essa merita particolare attenzione perché i giudici amministrativi, nel censurare l'operato del Ministro, seguono un'argomentazione nient'affatto scontata, proponendo una lettura della disciplina in materia che ridimensiona fortemente i margini di discrezionalità dell'autorità di governo nell'esercizio del suo potere autoritativo di intervento nel conflitto sindacale.

Certo, la decisione in commento può suonare quasi come una beffa, considerando che arriva oltre 3 mesi dopo lo sciopero di cui oggi, con essa, si riconosce la piena legittimità. E, per questo, non è cancellato il rammarico per il rifiuto opposto alla richiesta di sospensione cautelare dell'ordinanza di precettazione, con decreti adottati dallo stesso collegio giudicante il giorno precedente lo sciopero (n. 8170 e 8171/2023 del 14 dicembre 2023); un rifiuto che appare oggi, alla luce della nuova decisione, ancora più sorprendente ed opinabile. Solo per la coraggiosa scelta dei sindacati proclamanti di ignorare l'ordinanza di precettazione, il tentativo di ridurre drasticamente la durata (e l'efficacia) dell'agitazione è andato comunque a vuoto.

Pur giungendo a tempo ampiamente scaduto, la sentenza del TAR non è per questo però priva di interesse, sia per sindacati e lavoratori coinvolti nello sciopero del 15 dicembre sia, soprattutto, per i lavoratori in generale. Sui primi, infatti, gravava il rischio di incorrere nelle pesanti sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'art. 9, l. 146/90 in caso di inottemperanza all'ordine di precettazione. Tutti poi beneficiano dell'"effetto conformativo" (così, espressamente, il TAR) prodotto dalla sentenza nei confronti dell'autorità di governo, che in futuro dovrà tener conto di quanto in essa precisato quando intenderà esercitare il potere attribuitogli dalla

legge. Proprio per quest'ultimo motivo, come anticipato, la sentenza proietta i suoi effetti ben al di là della specifica vicenda sindacale che l'ha originata.

Il vizio dell'ordinanza di precettazione è colto dai giudici amministrativi nel fatto di essere stata adottata in assenza della previa segnalazione della Commissione di garanzia, come previsto dall'art. 8 della l. 146/90. Tale segnalazione deve infatti ritenersi il presupposto "fisiologico" che, nel procedimento di precettazione, condiziona l'esercizio del potere dell'autorità di governo (Presidente del Consiglio, Ministro da questi delegato o prefetto). Quest'ultima, infatti, può agire "di propria iniziativa" solo "nei casi di necessità e urgenza", non dimostrati nel caso di specie. In tal modo vengono valorizzati al massimo gli effetti della riforma operata nel 2000 (l. 83/2000 di modifica della l. 146/90), che appunto ha previsto il potere di segnalazione della Commissione, fino ad allora estranea al procedimento di precettazione.

Secondo i giudici laziali, il ruolo centrale che la Commissione di garanzia è chiamata a svolgere anche nell'ambito della precettazione trova la sua coerenza sistematica all'interno del sistema di regole definito dalla legge, che affida a detta autorità il compito di vigilare sul rispetto del corretto temperamento tra l'esercizio del diritto di sciopero ed i diritti degli utenti. In questa prospettiva la previa segnalazione all'autorità precettante risponde alla necessità di limitare al massimo i rischi di ingerenza del potere politico sull'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, qual è appunto lo sciopero. L'ordinanza adottata in assenza della segnalazione della Commissione deve allora considerarsi un'ipotesi straordinaria ed eccezionale, la cui legittimità è condizionata dalla puntuale indicazione dei fatti che provano l'esistenza della "necessità e urgenza" richiesta dalla legge. Tali fatti devono essere "diversi e sopravvenuti" rispetto a quelli eventualmente conosciuti dalla Commissione in virtù del suo operato svolto nel periodo precedente lo sciopero; perché appunto, non c'è spazio nella legge per una diversa valutazione dei medesimi fatti da parte dell'autorità politica, rispetto a quella amministrativa.

Se non è una rivoluzione copernicana della logica stessa dell'istituto in questione, poco ci manca. Il titolare del potere di precettare diventa, di fatto, la stessa Commissione, potendo l'organo politico attivarsi solo se dimostra l'esistenza di presupposti sostanziali ulteriori, rispetto a quelli già vagliati dai Garanti. Questi ultimi, d'altra parte, perdono definitivamente il carattere di autorità terza e neutrale che, appunto in quanto garanti, dovrebbero incarnare, disponendo di un potere *extra ordinem* di intervento autoritativo sull'esercizio del diritto di sciopero.

Così ricostruiti i presupposti del potere di precettare, inevitabile è, nel caso di specie, la censura dell'ordinanza con la quale il Ministro Salvini ha imposto di ridurre da 24 a 4 ore la durata dello sciopero generale. In essa, infatti, non c'è alcun riferimento a fatti ultronei rispetto a quelli già emersi nelle interlocuzioni avvenute nei giorni precedenti alla sua adozione tra i sindacati proclamanti e la Commissione; fatti che avevano indotto quest'ultima a invitare i primi a tener conto degli obblighi di rarefazione oggettiva nell'individuazione del giorno dell'astensione (cioè dell'esistenza di altre agitazioni cronologicamente ravvicinate), ma che non avevano evidenziato, evidentemente, alcun "fondato pericolo di un pregiudizio grave ed imminente ai diritti" degli utenti, come richiesto dall'art. 8, l. 146/90 per giustificare la precettazione. Di tutte le ragioni poste dal Ministro dei Trasporti a fondamento dell'ordinanza, solo le "avversità atmosferiche che hanno colpito parte del paese" avrebbero potuto integrare, se sopravvenute, ipotesi di "necessità e urgenza"; ma, come opportunamente precisato dai giudici amministrativi, ciò "avrebbe al più potuto legittimare un intervento territorialmente più circoscritto, in omaggio al principio di proporzionalità".

La sentenza del TAR è dunque importante perché ridimensiona il potere dell'autorità politica di limitare l'esercizio del diritto di sciopero, subordinandolo a quello della Commissione di garanzia. Come detto però, proprio per questo ne esce ulteriormente rafforzato il potere di quest'ultima. Un potere che resta, nella maggior parte dei casi, sostanzialmente insindacabile. Se infatti i giudici amministrativi fondano la loro censura sui presupposti dell'impulso ministeriale al potere di precettazione (ovvero, appunto, sui requisiti di "necessità e urgenza"), per ciò stesso nulla dicono in merito ai presupposti sostanziali di tale potere previsti dall'art. 8 (ovvero, l'esistenza del pericolo di pregiudizio grave e imminente ai diritti degli utenti), lasciandone l'accertamento alla Commissione di garanzia. In altre parole, proprio il fatto di attribuire alla Commissione la funzione di attivare il potere di precettazione, riduce ulteriormente i margini di sindacabilità su tale potere da parte del giudice. Conferma ne è il fatto che, pochi giorni prima della sentenza in commento, lo stesso TAR del Lazio ha respinto il ricorso contro l'ordinanza di precettazione adottata per ridurre la durata dello sciopero generale del 24 novembre proclamato da Cgil e Uil, proprio perché legittimata "a monte" dalla segnalazione della Commissione di garanzia (sentenza n. 5152 del 13 marzo).

Se la sentenza 28 marzo segna un'importante tappa nella lotta per la difesa del diritto di sciopero, la strada da percorrere per recuperare spazi di praticabilità del conflitto sindacale nel nostro paese è insomma ancora molto lunga. **D&L**

Ancora la Corte costituzionale (per due volte) sul licenziamento nel Jobs Act

di
Giovanni
Calvellini

Si arricchisce di due nuovi capitoli la saga dei giudizi di legittimità costituzionale della disciplina dei rimedi contro i licenziamenti illegittimi risultante a seguito degli interventi riformatori del 2012/2015. Non certo un trionfo di correttezza tecnica, se è vero - com'è vero - che l'art. 18 Stat. lav. modificato dalla riforma Monti-Fornero (legge n. 92/2012) e il d.lgs. n. 23/2015 sul c.d. contratto a tutele crescenti, oltre ricevere un profluvio di critiche in dottrina, sono stati ad oggi portati all'attenzione della Corte costituzionale ben otto volte, in molte delle quali il Giudice delle leggi si è espresso per l'incostituzionalità di alcuni profili della normativa in parola.

Prima di esaminare le ultime due decisioni è utile richiamare brevemente i precedenti. Ebbene, la prima e più impattante sentenza è quella con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del sistema delle "tutele crescenti", cioè del meccanismo previsto dall'art. 3, d.lgs. n. 23/2015 in base al quale l'indennità risarcitoria spettante al lavoratore in caso di ingiustificatezza del licenziamento veniva determinata in misura fissa moltiplicando un importo pari a un certo numero di mensilità di retribuzione per gli anni di anzianità di servizio (comunque entro un minimo e un massimo), precludendo qualsiasi ulteriore valutazione sulle caratteristiche del caso di specie da parte del giudice (Corte cost. 26.9.2018, n. 194). La medesima sorte è toccata poco tempo

dopo a quello stesso meccanismo applicato ex art. 4, d.lgs. n. 23/2015 al licenziamento affetto da un vizio di forma o procedurale (Corte cost. 24.6.2020, n. 150). Nel giro di poco più di un anno è stato poi censurato per due volte l'art. 18 Stat.lav. riformato nel 2012, in particolare laddove al comma 7 stabiliva che il giudice avrebbe *potuto* riconoscere al lavoratore la tutela reintegratoria nel caso in cui avesse accertato la *manifesta* insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; una previsione, questa, in contrasto con il dettato costituzionale tanto nella parte in cui lasciava a una valutazione giudiziale sfornita di ogni criterio direttivo - perciò altamente controvertibile - la scelta tra la tutela reintegratoria e la tutela indennitaria (Corte cost. 24.2.2021, n. 59), quanto

in quella in cui richiedeva del tutto irragionevolmente che l'insussistenza del fatto posto a base del recesso datoriale fosse anche "manifesta" (Corte cost. 7.4.2022, n. 125).

Con un'altra successiva decisione la Corte ha inoltre segnalato che, a causa dell'esiguità dell'intervallo tra l'importo minimo e quello massimo dell'indennità e, per altro verso, del criterio distintivo individuato dal legislatore basato sul numero degli occupati, la tutela obbligatoria offerta dall'art. 9, d.lgs. n. 23/2015 ai dipendenti delle piccole imprese «non attua quell'equilibrato componimento tra i contrapposti interessi, che rappresenta la funzione primaria di un'efficace tutela indennitaria contro i licenziamenti illegittimi». Pur riconoscendo l'esistenza di un *vulnus*, il Giudice delle leggi non ha però potuto dichiarare l'incostituzionalità del disposto normativo, implicando quest'ultima ineludibili valutazioni discrezionali che non possono competere alla Corte stessa. Nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità proposta non ha tuttavia mancato di lanciare un monito al legislatore affermando che un ulteriore protrarsi dell'inerzia legislativa - tutt'oggi persistente - non sarebbe tollerabile e la indurrebbe, ove nuovamente investita, a provvedere direttamente (Corte cost. n. 23.6.2022, n. 183).

Di pochi mesi fa è invece la prima decisione di rigetto della Consulta con riferimento al d.lgs. n. 23/2015. Segnatamente, con un'argomentazione non del tutto convincente e comunque non certo tale da smentire il giudizio fortemente critico verso la riforma ricavabile da tutti i precedenti citati (cfr. *Bollettino*, n. 1/2024), la sentenza ha fatto salva la differenza di tutela applicabile ai

lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 (tutela reintegratoria) e a quelli reclutati a partire da questa data (tutela meramente risarcitoria) in caso di violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi (Corte cost. 22.1.2024, n. 7). Tra i punti che meno persuadono di questa pronuncia si segnala, ad esempio, quello - per la verità già presente in alcune delle altre sentenze - concernente il riconoscimento del carattere solo "autorevole" delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali e, per l'effetto, la sottovalutazione degli approdi di questo organismo del Consiglio d'Europa in merito ai parametri per valutare l'adeguatezza del regime sanzionatorio per licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 24 della Carta Sociale Europea. Un orientamento che, peraltro, ha già portato il Comitato ad affermare la contrarietà alla Carta dei tetti massimi all'ammontare dell'indennità risarcitoria previsti dalla nostra disciplina nazionale (CEDS 11.9.2019, recl. coll. n. 158/2017 proposto dalla CGIL).

Su questo stato di avanzamento della giurisprudenza costituzionale sulla normativa vigente in materia di tutela contro il licenziamento illegittimo intervengono le ultime due sentenze, una di accoglimento e una di rigetto delle relative questioni di legittimità costituzionale.

La prima (Corte cost. 23.1.2024, n. 22) origina da un rinvio della Corte di Cassazione ed è riferita all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui, al comma 1, nell'individuare il regime sanzionatorio per i licenziamenti nulli, limita la tutela reintegratoria ai casi di nullità (per discriminatorietà ex art. 15 Stat.lav. e a quelli) «espressamente previsti dalla legge». Ecco, proprio tale ultima

specificazione, ad avviso del Giudice *a quo*, configurerebbe una violazione dell'art. 76 Cost., dal momento che la legge delega (legge n. 183/2014) disponeva la limitazione del «diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatorio e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato», senza un'ulteriore limitazione ai casi di nullità *espressamente* prevista.

La Consulta, dopo aver sottolineato come in giurisprudenza e in dottrina si distingue tra nullità testuali (quelle in cui la sanzione della nullità è esplicitamente prevista quale conseguenza della violazione del precetto) e nullità virtuali (quelle in cui, nel silenzio della legge, la nullità è ricavata dalla contrarietà a norme imperative ai sensi del comma 1 dell'art. 1418 cod.civ., salvo che la legge stessa disponga diversamente), rileva che l'utilizzo dell'avverbio "espressamente" nell'art. 2, d.lgs. n. 23/2015 mira proprio a limitare alle nullità del primo tipo l'applicazione della tutela (reale) in esso prevista. Tanto premesso, la Corte è costretta a costatare come una tale selezione da parte del legislatore delegato non fosse autorizzata dalla legge n. 183/2014, con ciò dando luogo a un eccesso di delega in violazione dell'art. 76 Cost. In particolare, osserva condivisibilmente che la distinzione tra nullità espresse e nullità che tali non sono non è né testualmente prevista dalla legge delega (che parla - come detto - di limitazione del «diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatorio»), né coerente con una lettura sistematica della disposizione censurata. Sotto quest'ultimo profilo, infatti, si evidenzia nella pronuncia come la limitazione dell'ambito applicativo dell'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 alle sole nullità testuali

lascerebbe prive di qualsiasi sanzione le fattispecie di nullità virtuale, non certo riconducibili alle ipotesi di licenziamento privo di giustificato motivo e giusta causa di cui all'art. 3 o a quelle di recesso affetto da vizi procedurali o formali di cui all'art. 4.

Tutti questi elementi depongono pertanto a favore dell'incostituzionalità della previsione nella parte in cui delimita il suo campo di applicazione al solo caso di nullità testuale del licenziamento. La sanzione della reintegrazione deve conseguire a ogni ipotesi di violazione di disposizione imperativa recante, in modo espresso o no, un divieto di licenziamento, salvo che - come puntualmente inferito dalla Corte dal disposto dell'art. 1418 cod.civ. - sia la legge stessa a stabilire diversamente. Ne consegue un'espansione del diritto alla reintegrazione a tutte le ipotesi di licenziamento ad oggi sprovviste

di sanzioni; come, ad esempio, il licenziamento in periodo di comporta, il licenziamento ritorsivo del c.d. whistleblower, il licenziamento intimato in violazione del blocco previsto durante l'emergenza Covid-19, il licenziamento per sciopero attuato in violazione dei limiti ex l.146/90, oltre all'ipotesi all'origine della sentenza (licenziamento di un autoferrotramviere in violazione del procedimento disciplinare regolato dal R.D. 148/31).

Di un'asserita violazione dell'art. 76 Cost. (nonché dell'art. 77, comma 1, Cost.) ci si occupa anche nella seconda sentenza del dittico in commento (Corte cost. 22.2.2024, n. 44). In questo caso, però, l'esito è ben diverso, essendo dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Lecce.

Il giudice salentino dubitava in

particolare della conformità a detto parametro costituzionale dell'art. 1, comma 3, d.lgs. n. 23/2015, il quale, nel far rientrare nell'ambito di applicazione del (fu) regime a tutele crescenti anche il licenziamento di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 qualora il datore di lavoro, per effetto di assunzioni a tempo indeterminato avvenute dopo quella data, abbia superato i requisiti dimensionali stabiliti dai commi 8 e 9 dell'art. 18 Stat.lav., avrebbe disatteso l'oggetto della delega, teso a introdurre una nuova disciplina dei licenziamenti da applicarsi a «le nuove assunzioni». Così d'altronde è avvenuto in linea generale, nel senso che il d.lgs. n. 23/2015 detta una regolamentazione vigente per coloro che sono stati assunti a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del decreto medesimo), mentre ai

FLASH

Niente conversione del contratto a chiamata in contratto a tempo pieno e indeterminato se manca il DVR

Con la sentenza n. 378 del 5 gennaio 2024, la Corte di Cassazione ha affermato il principio per cui nel caso in cui il datore di lavoro non abbia adottato ed elaborato il DVR (Documento di Valutazione dei Rischi), il contratto di lavoro intermittente stipulato non si converte in contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato. La controversia trae origine da un contenzioso tra l'INPS ed un'azienda che impiegava manodopera con contratto di lavoro a chiamata (definito dal legislatore, appunto, intermittente). Appurata l'insussistenza del DVR, l'ente previdenziale aveva ritenuto convertiti in contratti a tempo pieno ed indeterminato i contratti stipulati dal datore di lavoro inadempiente da un punto di vista antinfortunistico, richiedendo così il pagamento dei contributi previdenziali per i periodi che dovevano essere d'impiego a tempo pieno. Nello specifico, l'INPS aveva fatto leva sul vecchio art. 34, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, che, come prevede del resto oggi l'art. 14, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 81/2015, affermava il divieto di ricorso al contratto a chiamata per i datori di lavoro che omettono l'adozione del DVR. Ad avviso della Corte di Cassazione, il meccanismo sanzionatorio invocato dall'INPS non è applicabile in quanto, in primo luogo, non è previsto espressamente dalla legge. Non è poi invocabile l'orientamento giurisprudenziale espresso in materia di contratti a termine (dove vige un analogo divieto), in quanto, diversamente dal contratto a termine, l'irregolarità in questione non incide su alcuna clausola del contratto, non determinandone la deviazione dal tipo legale, e nemmeno ne altera lo schema causale. Non può così trovare applicazione l'art. 1419, comma 2, cc, relativo alla nullità parziale delle clausole contrattuali e alla loro sostituzione mediante le norme imperative violate. Mentre, quindi, nel contratto a termine è nulla, per mancanza di DVR, la clausola che appone il termine di durata al contratto, con conseguente conversione a tempo indeterminato, non altrettanto può dirsi per il contratto a chiamata, dove non c'è una clausola nulla sostituibile con norma imperativa violata. Proprio in virtù dell'orientamento in questione, la Cassazione aggiunge che la conversione è possibile solo per i contratti a chiamata a tempo determinato, che possono, in assenza di DVR, essere convertiti, appunto, in contratti a tempo indeterminato, ma sempre a chiamata.

lavoratori reclutati in precedenza continua ad applicarsi il regime delineato dall'art. 8, legge n. 604/1966 e dall'art. 18 Stat.lav. come riformato nel 2012 (art. 1, comma 1, d.lgs. n. 23/2015). Il comma 3 citato avrebbe quindi introdotto un'eccezione alla regola non contemplata dalla legge delega e determinerebbe conseguentemente un *vulnus* dei principi costituzionali in materia di legislazione delegata.

Come anticipato, però, la Consulta dissente dalla ricostruzione del giudice *a quo* e dichiara infondata la questione di legittimità costituzionale. Sono soprattutto due gli argomenti che convincono il Giudice delle leggi del rispetto della delega in proposito. Il primo è l'assenza di una regressione *in peius* per il lavoratore: il regime previsto per le imprese medio-grandi dal d.lgs. n. 23/2015 al quale egli viene ad essere assoggettato in conseguenza del superamento della soglia dimensionale è comunque più favorevole di quello *ex art.* 8, legge n. 604/1966 che gli si applicava in precedenza. Il secondo argomento consiste nel rispetto dello scopo della delega, nel senso che, se invece fosse stata operante l'acquisizione *ex novo* (ossia dopo la data di entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015) del regime di tutela dell'art. 18 Stat.lav., «ciò avrebbe potuto rappresentare una remora, per il datore di lavoro, a fare nuove assunzioni; proprio quelle assunzioni che il legislatore delegante voleva incentivare».

La sentenza, in verità, non fuga tutti i dubbi, specie a fronte di un'indicazione testuale della delega piuttosto univoca nel senso di riservare il nuovo regime ai soli "nuovi assunti". L'impresa che supera la soglia dimensionale dopo il 7 marzo 2015 dovrebbe insomma "accontentarsi"

di vedere applicato il nuovo regime più benevolo per l'appunto a coloro che sono stati reclutati dopo quella data, in ciò risiedendo l'incentivo alle nuove assunzioni che costituisce lo scopo della delega.

Ad ogni modo, le due sentenze in commento aggiungono tessere al mosaico interpretativo di una regolamentazione delle conseguenze del licenziamento illegittimo disorganica, caotica e ricolma di criticità. Intanto è in arrivo un'altra decisione della Corte costituzionale: quella sulla questione di legittimità dell'art. 3, d.lgs. n. 23/2015 sollevata dal Tribunale di Ravenna che censura la radicale esclusione della tutela reintegratoria in caso di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Lo stillicidio continua. *Quo usque tandem?* **D&L**

La riforma degli appalti nel Decreto PNRR: il pericoloso sdoganamento del contratto collettivo “maggiormente applicato”

di
Duccio
Balani

Nella Gazzetta Ufficiale del 2 marzo 2024 è stato pubblicato il D.L. 19/2024 recante le “ulteriori disposizioni urgenti per l’attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza” approvate dal Consiglio dei Ministri. Il provvedimento, c.d. “Decreto PNRR”, al Capo VIII contiene anche nuove disposizioni in materia di lavoro che riguardano gli appalti privati, riformando la disciplina della c.d. legge Biagi (D.Lgs. 276/2003).

Alcuni interventi vanno salutati positivamente. E’ il caso, in particolare, dell’inasprimento della disciplina sanzionatoria nei casi di appalti, distacchi e somministrazioni illecite e l’estensione, negli stessi casi, del regime della responsabilità solidale prevista dall’art.29, comma 2, D. Lgs. 276/03; quest’ultima previsione quanto mai necessaria per colmare una lacuna normativa che (del tutto irragionevolmente) fino ad oggi ha avvantaggiato i datori “interposti” (cioè i meri appaltatori di manodopera), liberandoli da responsabilità per i crediti di lavoro maturati in costanza di rapporto.

Estremamente pericolosa è invece l’introduzione del comma 1 bis all’art. 29 D. Lgs. n. 276/2003, per cui “*al personale impiegato nell’appalto di opere o servizi e nell’eventuale subappalto è corrisposto un trattamento economico complessivo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale maggiormente applicato nel settore e per la zona il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto*”.

Il rinvio al contratto collettivo “maggiormente applicato” non deve essere accolto con sorpresa in quanto canone già indicato dal disegno di legge delega con cui il governo ha chiuso le porte alla proposta delle opposizioni per l’istituzione del salario minimo, impegnandosi a “*definire, per ciascuna categoria, i contratti collettivi più applicati in riferimento al numero delle imprese e dei dipendenti, al fine di prevedere che il trattamento economico complessivo minimo del contratto più applicato sia, ai sensi dell’art. 36 Cost., la condizione economica minima da riconoscersi ai lavoratori nella stessa categoria*”.

Ci troviamo, quindi, di fronte ad una prima concreta applicazione di questo nuovo criterio, che sembra voler

archiviare l'ormai consolidato parametro di ragguaglio al contratto stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, previsto, tra l'altro, dal Codice degli appalti pubblici (art. 11, D. Lgs. 36/2023) e dalla normativa relativa ai soci lavoratori (art. 7, comma 2, D.L. 248/07). Lo stesso consolidato criterio è utilizzato anche dalla normativa previdenziale relativa alle comunicazioni obbligatorie all'INPS, che il datore deve effettuare facendo giustappunto riferimento alle retribuzioni stabilite dal contratto collettivo della categoria di appartenenza stipulato dalle organizzazioni sindacali e datoriali comparativamente più rappresentative (D.L. n. 338/1989 art. 1, c. 1).

Soffermandoci preliminarmente sulle criticità emergenti in una proiezione applicativa, non pochi dubbi si appalesano nel momento in cui la nuova formulazione di riferimento contrattuale, contenuta nel D.L. 19/2024, si dovesse declinare nella pratica, essendo ipotizzata una qualificazione delle Parti sociali solo attraverso un dato quantitativo, omettendo ogni valutazione qualitativa.

Attenendoci letteralmente all'ipotizzato discrimine numerico, la formulazione del decreto non precisa come vada determinata la maggiore applicazione di un contratto rispetto ad un altro. Attualmente il sistema dei flussi Uniemens è la più immediata fonte di informazioni sul tasso di copertura in quasi ogni settore del lavoro privato nel nostro paese, essendo come detto ciascun datore di lavoro tenuto a comunicare il contratto collettivo applicato per calcolare la retribuzione imponibile ai fini contributivi. Tutte le analisi empiriche sul livello di copertura della negoziazione di categoria, forti di queste rilevazioni, ci consegnano un quadro idilliaco della realtà italiana dove sembra non sussistere un rilevabile fenomeno di pirateria contrattuale. Viene spesso citato, ad esempio, il caso del settore meccanico, dove risultano depositati al Cnel 50 contratti collettivi, di cui solo 7 sottoscritti da Fiom, Fim e Uilm ma che stando ai flussi Uniemens, nel 2022 sarebbero stati applicati al 99,52% dei lavoratori.

Purtroppo però, chi giunge a queste facili conclusioni non tiene in debito conto che, appunto, i dati muovono da adempimenti finalizzati alla riscossione dei contributi INPS e che nella scelta del contratto collettivo da usare per il calcolo dell'imponibile previdenziale - cioè quello da indicare nella denuncia Uniemens - il datore non è libero ma obbligato a far riferimento alle tabelle del CCNL fino a oggi leader, che non necessariamente deve essere utilizzato per regolare le condizioni di lavoro.

Ma se, fatto salvo il corretto e condizionato calcolo

dei contributi previdenziali, in presenza di più contratti per la propria categoria, non si impedisce al datore di lavoro di avvalersi di quello siglato dai soggetti meno rappresentativi, l'attuale prassi, oltre ad alimentare in dottrina più di un'ombra sulla affidabilità dei dati Uniemens, crea anche le condizioni per una legittimata e incontrollata diffusione dei contratti pirata.

Passando a delle valutazioni di merito, stante la cronica inattuazione dell'art. 39 della Costituzione, l'unica strada percorribile per garantire il rispetto del collegato art.36, sembrava essere ancora quella che transita dal vincolare la libertà del datore di lavoro nella scelta del contratto collettivo da applicare, imponendo, quanto meno, di corrispondere retribuzioni convenute da una negoziazione qualificata. Tuttavia, pur intervenendo con un modus operandi non dissimile a quello del passato, il governo ha di fatto confermato le proprie intenzioni di disconoscere il potere delle organizzazioni rappresentative equiparandole, di fatto, ad altri soggetti, che si stanno accreditando attraverso gli inviti ai tavoli del governo più che per democratica delega dei lavoratori.

Viene pertanto archiviato il disposto del D.M. 15 luglio 2014, n. 14280-ter, che facendo proprio un costante orientamento giurisprudenziale, individuava puntualmente alcuni criteri in base ai quali poter valutare la rappresentatività, tanto di un'organizzazione sindacale quanto di una datoriale. Per quanto contenuto nel "Decreto PNRR", in effetti, non sembrano più avere rilevanza giuridica i requisiti di consistenza numerica degli associati, l'ampiezza e la diffusione di una organizzazione sul territorio nazionale, la partecipazione alla formazione e alla stipulazione del contratto collettivo di lavoro, l'intervento dell'organizzazione nelle controversie di lavoro, individuali, plurime o collettive.

Ciò detto, non ci si può comunque illudere che la rappresentatività delle parti sindacali potrà mai essere assunta quale condizione unica e sufficiente ad esprimere una reale garanzia costituzionale, così come acclarato da una recente e costante linea esegetica della giurisprudenza che annovera le emblematiche note pronunce della Cassazione sul CCNL Servizi fiduciari (Cass. 2.10.2023, nn. 27711, 27713 e 27769; Cass. 10.10.2023, nn. 28320, 28321 e 28323)

Ad ogni modo, un ulteriore rischio risulta incautamente alimentato a causa del riferimento al contratto collettivo maggiormente applicato, poiché il datore di lavoro viene così posto nelle condizioni di scegliere liberamente, aderendo alla associazione imprenditoriale stipulante le condizioni maggiormente vantaggiose per

le imprese, senza dover accogliere la negoziazione delle organizzazioni comparativamente più rappresentative. Prova ne è che risulta essere quello dell'Assodelivery - UGL il contratto più applicato nel settore delle consegne a domicilio dei riders, pur in assenza di una verifica sulla effettiva rappresentatività sindacale, nei fatti carente come rilevato dal Tribunale di Bologna il 12 gennaio 2023, che negava alla UGL Rider di poter essere considerata l'organizzazione comparativamente più rappresentativa, confermando quanto già rilevato dal giudice di Firenze il 24 novembre 2021.

Ancora, viste le fragilità negoziali caratterizzanti alcuni territori, a partire dalle aree meridionali più depresse, occorre parimenti vigilare sull'indifferente rimando, sempre dell'articolo 29, ai contratti collettivi "nazionali e territoriali" in difetto di un solido argine giurisprudenziale alle modifiche in pejus della contrattazione nazionale, avendo ammesso la Corte che il giudice può far riferimento a *"una pluralità di elementi, quali la quantità e qualità del lavoro prestato, le condizioni personali e familiari del lavoratore, le tariffe sindacali praticate nella zona, il carattere artigianale dell'azienda"* (Corte di Cassazione civile, sez. lav., 28.08.2004, n.17250). Ed è proprio nella contrattazione c.d. decentrata che si registra una disinvolta proliferazione di contatti orientati esclusivamente

nell'interesse della parte datoriale e con la compiacenza di alcuni sindacati, ritenendo strumentalmente che il costo del lavoro, retribuzioni incluse, possa essere equiparato a tutte le altre voci di spesa sostenute dall'azienda, non diversamente dall'approvvigionamento di beni o servizi, per i quali il massimo contenimento di spesa è essenza della imprenditorialità.

In generale, facendo leva su un diffuso convincimento per cui l'Italia non può sostenere una rapida ripresa economica in assenza di una semplificazione delle norme in materia di appalti e concessioni pubbliche, il legislatore non pone adeguata attenzione ad una frammentazione contrattuale dove possono assumere protagonismo soggetti stipulanti che non si attengono alle più basiche regole ontologiche, prima ancora che alle norme giuridiche, della rappresentatività, fino a configurarsi dei sindacati di comodo ex art. 17 dello Statuto dei Lavoratori.

Se il Governo non tornerà sulle più recenti determinazioni, nulla impedirà la diffusione di CCNL che si candidano alla presunta prevalente applicazione, pur praticando forme di dumping, nondimeno ignorando le garanzie costituzionali di adeguatezza e sufficienza retributiva. **D&L**

FLASH

Prorogata al 31 dicembre 2024 la "causalona" sui contratti a termine superiori a 12 mesi introdotta dal Decreto Lavoro del Governo Meloni

Con la conversione del cosiddetto Decreto Milleproroghe 2023 (d.l. n. 215/2023), operata dalla l. n. 18 del 23 febbraio 2024, è stato prorogato dal 30 aprile 2024 al 31 dicembre 2024 il termine di validità delle novità introdotte dal cosiddetto Decreto Lavoro (d.l. n. 48/2023) in materia di contratti a termine.

Il riferimento è ad una delle novità introdotte dal Governo Meloni nel maggio 2023 ed, in particolare, quella secondo cui per avviare un contratto a termine di durata (sin dall'inizio o successiva) superiore a 12 mesi è necessario che sussistano "esigenze di natura tecnica, organizzativa o produttiva individuate dalle parti" e sempre che il contratto collettivo non disciplini già la materia.

Con la novità in questione, si rinvia dunque ai contratti collettivi, ma si prevede che in assenza di disciplina degli stessi il ricorso sia ammesso nei casi di non meglio specificate esigenze tecniche, organizzative e produttive (oltre che sostitutive, che è un'esigenza che permane a sé stante, a prescindere dai contratti collettivi). La precisazione delle specifiche esigenze è rimessa alle parti del rapporto di lavoro al momento della stipula del contratto; cioè, di fatto, al datore di lavoro.

Si ricorda che prima della novità in questione, il ricorso al contratto a termine oltre i 12 mesi era possibile solo per "esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori", "esigenze connesse ad incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria", "specifiche esigenze previste dai contratti collettivi". Si trattava, quindi, di esigenze giustificative meglio definite dalla legge e, soprattutto non individuabili dalle parti.

Il legislatore del 2023 ha quindi perfino peggiorato la normativa rispetto a quella introdotta nel 2001 dal Governo Berlusconi, visto che in quel caso la previsione della "causalona" di carattere generale non era affiancato dall'apertura al ruolo dell'autonomia individuale.

Il regime resta però previsto transitorio e sperimentale, prorogato sino al 31 dicembre 2024. Il timore è, ovviamente, che possa diventare definitivo prima della scadenza.

La via comunale al salario minimo: il Comune di Firenze lo introduce per i propri appalti pubblici

di
Giovanni
Orlandini

Ha inevitabilmente suscitato clamore mediatico la delibera della giunta comunale di Firenze con la quale l'amministrazione fiorentina si è impegnata a fare applicare un salario minimo di 9 euro lordi orari ai dipendenti dei propri appaltatori e subappaltatori (deliberazione DG/2024/00097 del 18 marzo). L'iniziativa ha un chiaro sapore politico, essendo la delibera stata adottata in prossimità delle prossime elezioni comunali. D'altra parte, il riferimento ai 9 euro corrisponde alla nota soglia salariale fissata dal disegno di legge in materia di salario minimo presentato dai partiti di opposizione e come noto accantonato dall'attuale Governo; di modo che la delibera in questione risuona come una denuncia

dell'inerzia del legislatore nazionale. Non è un caso che, sulla scia di questo precedente, sembrano intenzionate a muoversi altre amministrazioni guidate da giunte di centro-sinistra.

Ma al netto delle valutazioni di ordine politico, la delibera in questione solleva una serie di interrogativi giuridici di non facile risposta, che riguardano in maniera specifica la disciplina degli appalti pubblici ed i limiti che il quadro normativo nazionale ed europeo pone all'utilizzo degli stessi per perseguire obiettivi sociali e di tutela dei lavoratori. L'obbligo di rispettare determinati standard salariali imposto agli aggiudicatari di un appalto deve infatti necessariamente fare i conti sia con quanto prescrive il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36/23) sia, a monte, con le disposizioni della direttiva 2014/24

sugli appalti pubblici, a sua volta iscritta nel più ampio contesto delle regole di funzionamento del mercato interno fissate dalle fonti primarie dell'Unione europea.

Quanto alla normativa nazionale, come noto il nuovo codice ha irrigidito il regime delle c.d. clausole di equo trattamento, prevenendo nel suo articolo 11 che le stazioni appaltanti indichino negli atti di gara il contratto collettivo nazionale e territoriale da applicare ai lavoratori impiegati nell'appalto, individuato in forza del consolidato criterio della maggior rappresentatività comparata dei soggetti stipulanti e della stretta connessione con l'attività oggetto dell'appalto; e ferma restando comunque la possibilità di applicare un diverso contratto collettivo, purché ne derivino tutele equivalenti per i lavoratori (vd Bollettino n. 3/23).

La nuova disciplina non è di agevole applicazione, dovendo fare i conti con la giungla contrattuale che contraddistingue il nostro sistema sindacale. L'ANAC (bando tipo n. 1/23, sul quale vd Bollettino n. 5/23), raccordandosi con le indicazioni già fornite dall'INL (circolare n. 2/20), ha individuato 12 parametri di "equivalenza", di almeno 10 dei quali le stazioni appaltanti dovrebbero accertare l'esistenza valutando i diversi trattamenti contrattuali. La delibera del Comune di Firenze aggiunge dunque un ulteriore parametro di equivalenza, non eludibile; e, a monte, condiziona la scelta dei CCNL da indicare negli atti di gara, posto l'obbligo per l'amministrazione di "verificare che [questi] prevedano un trattamento minimo inderogabile pari a 9 euro l'ora".

La questione che si pone è dunque se un'amministrazione pubblica possa decidere autonomamente di imporre alle imprese partecipanti alle proprie gare pubbliche standard retributivi diversi (cioè più favorevoli per i lavoratori) rispetto a quelli previsti dal legislatore nazionale e precisati dalle autorità competenti in materia.

Per giustificare il proprio intervento, la giunta fiorentina richiama, accanto all'art.11, i commi 7 e 12 dell'art. 119 del codice dei contratti pubblici; disposizioni però che, al pari della prima, non risolvono la questione, perché si limitano a ribadire l'obbligo di rispettare i contratti collettivi, rafforzandolo in caso di subappalto con il principio della parità di trattamento. D'altra parte, però, è vero che queste disposizioni dettano, appunto, degli obblighi cui sono tenute le amministrazioni nel predisporre gli atti di gara e nulla dicono circa gli ulteriori margini di discrezionalità

che esse possono eventualmente esercitare nel definirne il contenuto. In merito, rileva allora quanto previsto dall'art. 113, d.lgs.36/23 relativo ai "requisiti per l'esecuzione dell'appalto", a norma del quale "*Le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisati nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onere. Dette condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali e ambientali*".

Lo standard minimo di 9 euro risponde evidentemente all'esigenza "sociale" di contrastare il fenomeno del lavoro povero, cui non sempre è capace di porre un argine la contrattazione collettiva; fenomeno che riguarda in particolare i lavoratori occupati nei "*settori più fragili e poveri del mondo del lavoro, nei quali è più debole il potere contrattuale delle organizzazioni sindacali*" (come espressamente segnalato dalla stessa delibera). Resta dunque da valutare la compatibilità con il "diritto europeo", cui inevitabilmente la norma nazionale rinvia; ed in specie, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

Sui primi due *nulla quaestio*, essendo entrambi dei fini insiti nella fissazione di standard minimi salariali. Lo stesso può dirsi del principio di trasparenza; anzi, sotto questo profilo, la definizione di un salario minimo inderogabile è perfino più compatibile con il diritto dell'UE rispetto al rinvio ai contratti collettivi, specie in un contesto nazionale che non permette di individuare *ex ante* e con certezza i parametri salariali da

questi deducibili.

E' dal test di proporzionalità che però derivano i dubbi di tenuta sul piano dell'ordinamento europeo. Il principio di proporzionalità regola il funzionamento del mercato interno (ovvero, le dinamiche della concorrenza al suo interno), di modo che qualsiasi misura capace di limitare la libertà economica delle imprese non deve andare oltre quanto strettamente necessario a perseguire un fine considerato legittimo dal diritto dell'Unione. Il fine in questo caso è la tutela salariale "adeguata" dei lavoratori impiegati negli appalti, senz'altro legittimo per l'UE (tanto da essere espressamente perseguito con la direttiva 2022/2041). Il Comune di Firenze identifica però tale tutela fissando uno standard superiore rispetto a quello previsto, a livello nazionale, per la generalità delle altre stazioni appaltanti dall'art. 11 del codice dei contratti pubblici. Se ne potrebbe allora dedurre che in tal modo si impone, appunto, una limitazione "sproporzionata" alle imprese, non altrimenti giustificata per le sole imprese appaltatrici dell'amministrazione fiorentina.

Tuttavia, proprio il quadro di grande incertezza cui la normativa nazionale (continua) a dare origine, può legittimare una diversa conclusione. Il parametro dei 9 euro, infatti, serve ad escludere un serie di CCNL tra quanti in ipotesi selezionabili dalla stazione appaltante; in specie, impone a quest'ultima di orientarsi sui CCNL più favorevoli tra quelli in astratto coerenti con l'attività oggetto dell'appalto. Ed anche le disposizioni con le quali nella stessa delibera si prescrivono obblighi di confronto con le organizzazioni sindacali e di ricognizione dei contratti collettivi vigenti (*rectius*, "*stipulati a partire*

dall'anno 2022”), concorrono al fine di depurare il quadro da quanti, tra tali contratti, risultino sotto “soglia”.

In tale contesto, non appare allora “sproporzionata” una misura autonomamente adottata da una stazione appaltante per perseguire il fine di contrastare le forme più gravi di lavoro sottopagato. Tanto più considerando che è lo stesso legislatore europeo oggi a promuovere interventi orientati a tal fine, attraverso la direttiva 2022/2041 sui salari minimi adeguati nell'UE. E tra questi interventi sono espressamente indicate proprio le misure atte a garantire la tutela salariale dei lavoratori impiegati negli appalti pubblici (art. 9, sorprendentemente ignorato nel testo della delibera).

D'altra parte, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, più volte chiamata in causa su questioni relative alle clausole di equo trattamento, si coglie una chiara apertura nei confronti di standard minimi fissati “autoritativamente” dalle stazioni appaltanti. Nella nota sentenza *Regiopost* del 2015 (causa C-115/14) la questione si è posta in relazione ad un bando di gara della città tedesca di Landau con il quale, in attuazione di una legge “regionale” (del Land della Renania Palatinato), si prescriveva alle imprese partecipanti l'impegno a rispettare un salario minimo orario di 8,50 euro, a pena di esclusione dalla gara. I giudici europei, rivendendo parzialmente la loro precedente giurisprudenza, hanno giustificato una simile misura alla luce del test di proporzionalità. In particolare, due sono le condizioni che essi dettano per superarlo, e quindi per giustificare un simile obbligo (punti 75 e 76 della sentenza): in primo luogo che esso sia fissato da una “norma vincolante ai fini della protezione minima [cioè]

applicabile, in linea di principio, in maniera generale all'aggiudicazione di qualsiasi appalto pubblico in Renania Palatinato, indipendentemente dal settore interessato”; in secondo luogo, che la “protezione sociale minima” sia prevista in assenza di qualsiasi “normativa nazionale [che imponga] un salario minimo di livello inferiore” (ed all'epoca dei fatti non era infatti stata ancora adottata la legge federale sul salario minimo). Insomma, per la Corte di giustizia proprio l'assenza di un salario minimo legale fissato a livello nazionale, renderebbe “proporzionata” una misura che determina standard minimi salariali a livello locale.

E' vero che, nel caso oggetto della sentenza *Regiopost*, la questione riguardava una legge “regionale”, tuttavia il minor ambito di applicazione territoriale del vincolo non sembra incidere sulla rilevanza dei principi enunciati dalla Corte europea. Gli argomenti da questa utilizzati per legittimare il bando della città di Landau possono quindi essere utilizzati anche per giustificare i futuri bandi adottati in ottemperanza della delibera fiorentina.

Piuttosto, altri sono i profili di criticità dell'iniziativa in commento. A partire dalla sua tempistica, come detto condizionata da un contesto politico che lascia incertezza riguardo alla sua futura attuazione. Non è chiaro poi il meccanismo con il quale si intende garantire il rispetto della soglia minima salariale; ovvero, in che momento e in che modo si intende esercitare la valutazione di “adeguatezza” dei contratti. Come visto, la giunta si limita a “impegnare” l'Amministrazione a “verificare che i contratti indicati prevedano un trattamento economico minimo inderogabile pari a 9 euro l'ora” (ovvero, pare intendersi,

riferito al c.d. TEM contrattuale); ma non si spiega cosa accade una volta appurata l'inesistenza di CCNL “sopra soglia” applicabili all'attività oggetto dell'appalto.

C'è da augurarsi che il confronto (più ampio possibile) con le organizzazioni sindacali, permetta di definire meglio il *modus operandi* che l'amministrazione intende seguire per dare seguito all'impegno assunto. **D&L**

Limiti esterni al diritto di sciopero: la Cassazione fa il punto sul c.d. danno alla produttività

di
Giulio
Cappelli

Questo numero del Bollettino si apre con la sentenza del TAR del Lazio che ha annullato la precettazione dello sciopero nazionale del trasporto pubblico proclamato il 15 dicembre 2023 dai sindacati di base, operata dal Ministro delle Infrastrutture Salvini per evitare un presunto “danno al turismo” che avrebbe comportato l’astensione collettiva. Senza dubbio una buona notizia, per un diritto, quale quello di sciopero, sempre più compresso sia giuridicamente che stigmatizzato culturalmente, poiché, in un contesto socio economico totalmente sbilanciato a favore delle imprese, la preoccupazione più grande sembra essere quella di soffocare uno dei momenti più esplicativi della forza collettiva dei lavoratori.

La sentenza del TAR si raccorda idealmente all’ Ordinanza n. 6787/2024 della Corte di Cassazione sez. Lavoro che la precede di pochi giorni e in cui si rinvengono alcuni degli elementi cardine della teoria dei limiti al diritto di sciopero. La causa di cui è stata investita la Suprema Corte riguardava uno sciopero proclamato a seguito di un alterco tra alcuni lavoratori iscritti a diverse sigle sindacali, sfocia-

to in una aggressione nella vicinanza dei locali aziendali con un tirapugni. L’O.S. cui aderivano i dipendenti aggrediti aveva chiesto il trasferimento di un lavoratore aderente ad altra O.S., perché ritenuto responsabile delle condotte più violente, e ciò aveva portato a uno sciopero dei lavoratori di sette giorni più una ulteriore giornata a ritmo ridotto. A seguito della partecipazione allo sciopero i lavoratori erano stati sanzionati con il licenziamento, poiché l’azienda riteneva illegittima e irragionevole la loro assenza dal lavoro, qualificando peraltro l’aggressione subita da questi ultimi come una “rissa tra bande”. In primo grado dinanzi al Tribunale di Piacenza veniva assunta la tesi datoriale e i licenziamenti venivano confermati. La Corte D’Appello di Bologna invece, ribaltando la sentenza, aveva statuito che nonostante i fatti si fossero svolti in parcheggio attiguo allo stabilimento, non spettava a parte datoriale valutare la fondatezza, ragionevolezza, importanza delle pretese perseguite, posto che si trattava di una protesta inerente la sicurezza sul luogo di lavoro e che il datore poteva contestare unicamente le modalità con le quali lo sciopero veniva posto in essere che, a parere dei giudici felsinei, non esorbitava i limiti esterni al diritto di sciopero.

La Cassazione dunque chiamata a pronunciarsi sul tema, offre una panoramica dei cd limiti esterni, definendo chiaramente in cosa questi consistono. Il diritto di sciopero sancito all'art. 40 Cost., ricordano i giudici, è attribuito direttamente ai lavoratori e *“non incontra (...) limiti diversi da quelli propri della ratio storico-sociale che lo giustifica e dell'intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti;”*.

Questi due paletti, frutto di una complessa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, si qualificano dunque sotto il duplice profilo della ratio storico-sociale che giustifica lo sciopero da un lato e dell'intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti dall'altra. Sotto il primo profilo, cioè della ragione sociale e storica, la Corte rileva che *“non si ha sciopero se non in presenza di un'astensione dal lavoro decisa ed attuata collettivamente per la tutela di interessi collettivi”* rimarcando quindi il concetto di sciopero come diritto individuale a necessario esercizio collettivo. Mentre con riguardo al tipo di rivendicazioni che gli scioperanti agitano, queste possono essere: *“anche di natura non salariale ed anche di carattere politico generale, purché incidenti sui rapporti di lavoro”*. Se quest'ultimo dictum apre a interpretazioni fin troppo sfuggenti in relazione alla funzione anche politica dello sciopero, sotto il secondo profilo, cioè riguardo l'intangibilità di altri diritti o interessi costituzionalmente garantiti, occorre fare una premessa. Lo sciopero economico, ha per sua natura l'obiettivo di determinare un danno in capo all'impresa, attraverso cui far valere con più forza le rivendicazioni nei tavoli negoziali, oppure aprire degli spazi di trattativa. Dunque nel tentativo di bilanciare un conflitto che ha per sua intrinseca finalità danneggiare la controparte la Cassazione ha elaborato con una sua nota pronuncia a Sezione Unite, la teoria del limite esterno al diritto di sciopero sulla base della distinzione tra danno alla produzione e danno alla produttività (Cass. S.U. n. 711/1980), sui cui ritorna la sentenza in commento. Secondo la Suprema Corte, infatti, lo spartiacque tra liceità e illiceità della condotta di sciopero in questo frangente si situa nella idoneità o meno dello sciopero di *“pregiudicare irrimediabilmente non la produzione, ma la produttività dell'azienda, cioè la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la sua iniziativa economica”*.

Questione affatto banale è definire in concreto cosa significhi pregiudicare la possibilità di svolgere l'iniziativa economica, considerato che nel sistema economico in cui viviamo, con la sua velocità produttiva, alcuni strappi di

lotta sindacale possono generare spiazzamenti di mercato significativi per le imprese. Per far emergere questa distinzione i Giudici tracciano degli elementi tipici del danno alla produttività quali: *“la distruzione o una duratura inutilizzabilità degli impianti, con pericolo per l'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, con compromissione dell'interesse generale alla preservazione dei livelli di occupazione”*. Salvo poi lasciare lo spiraglio dell'accertamento che deve operare concretamente il giudice, *“in relazione alle concrete modalità di esercizio del diritto di sciopero e ai parimenti concreti pregiudizi o pericoli cui vengono esposti il diritto alla vita, all'incolumità delle persone e all'integrità degli impianti produttivi”*. Una lettura che lima la precedente pronuncia decisamente restrittiva della stessa Cassazione (sentenza n. 2653 del 2015), ove i giudici riscontravano il danno alla produttività nella mera potenzialità che un proclamato, ma non attuato, sciopero a oltranza non definito nei modi e nei tempi, ponesse l'imprenditore nell'impossibilità di sopperire alle improvvise carenze di personale che una programmata astensione avrebbe comportato nei diversi reparti. Di fronte anche solo a tale pericolo, allora stabilivano i giudici, *“la società datrice di lavoro era seriamente esposta ai pregiudizi derivanti dall'impossibilità di prevenire i rischi sulla produttività aziendale”*.

Dunque, la tensione si allenta nell'individuazione del danno o del pericolo all'impresa come organizzazione istituzionale, non come mera organizzazione gestionale, poiché il danno all'attività gestionale come visto è intrinseco al danno alla produzione, mentre il danno alla produttività richiede una maggiore incisività sulla struttura dell'impresa e la sua possibilità di proseguire l'attività produttiva in futuro.

La sentenza chiosa, sul caso di specie, ribadendo che, *“rispetto allo svolgimento del conflitto collettivo (da intendersi sia quello tradizionale, tra capitale e lavoro, che quello fra organizzazioni rappresentative di opzioni e visioni differenti degli interessi dei lavoratori), il datore di lavoro è tenuto a conservare un atteggiamento di neutralità, salvi solo gli eventuali interventi necessari per proteggere l'incolumità delle persone o l'integrità dell'azienda”*. Tutto ciò che si pone al di là della neutralità, come le sanzioni combinate ai lavoratori in sciopero, al netto delle preferenze sindacali datoriali, si configura quale condotta ritorsiva. Il che, nel caso di specie, comporta il diritto dei lavoratori licenziati ad essere reintegrati. **D&L**

I Tribunali di Milano e di Trieste pongono un argine allo *staff leasing*

di
Francesca
Bassetti

Il Tribunale di Milano (con sentenze n. 882/2023 del 09/05/2023 e n. 90/2024 del 16/01/2024) ed il Tribunale di Trieste (con sentenza del 14.11.2023, RG 190/2023), in casi non del tutto analoghi, hanno dichiarato la sussistenza di rapporti di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratori tramite agenzia ed imprese utilizzatrici presso le quali avevano prestato opera in “missioni” nell’ambito di somministrazioni a tempo indeterminato (c.d. *staff leasing*). Le pronunce sono accomunate dall’aver messo di fatto in discussione la possibilità che continui ad esistere detta forma di somministrazione, a tutt’oggi regolata dalla legge (art. 30 ss. d.lgs. 81/2015).

Il predetto istituto è infatti stato mantenuto anche in fase di recepimento della Direttiva 2008/104 sul lavoro tramite agenzia, ora

invece interpretata dalle sentenze in commento nel senso che il legislatore europeo avrebbe con essa imposto il carattere essenzialmente temporaneo di qualsiasi forma di lavoro tramite agenzia o, meglio, delle missioni svolte dai dipendenti dell’agenzia presso l’utilizzatore.

Occorre fare un passo indietro.

La somministrazione di lavoro, come noto, si realizza attraverso, da un lato, un contratto di lavoro intercorrente tra lavoratore ed agenzia e, dall’altro, un contratto, appunto, di somministrazione, intercorrente tra l’agenzia e l’impresa presso cui il lavoratore è inviato in missione. Il diritto nazionale, come detto, consente che tale ultimo contratto sia eventualmente a tempo indeterminato, ma solo a fronte dell’assunzione pure a tempo indeterminato del lavoratore.

Anche con riguardo al contratto

di somministrazione a tempo determinato, peraltro, vi sono stati dubbi circa la sussistenza di limiti legali alla durata complessiva delle missioni. Senza poter ripercorrere qui né le numerose modifiche tempo per tempo intervenute nella disciplina della materia né le ragioni per le quali sono state sostenute tesi favorevoli all’inesistenza di limiti di durata complessiva, detto ultimo orientamento appare superato nel caso di somministrazione a tempo determinato con assunzioni a termine da parte dell’agenzia. A partire dal 14.10.2020 è in vigore la norma, contenuta nell’art. 31 c. 1 d.lgs. 81/2015, secondo la quale: “*nel caso in cui il contratto di somministrazione tra l’agenzia di somministrazione e l’utilizzatore sia a tempo determinato l’utilizzatore può impiegare in missione, per periodi superiori a ventiquattro mesi anche non continuativi, il medesimo*

lavoratore somministrato, per il quale l'agenzia di somministrazione abbia comunicato all'utilizzatore l'assunzione a tempo indeterminato, senza che ciò determini in capo all'utilizzatore stesso la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con il lavoratore somministrato". Detta disposizione rende chiaro che ove, nell'ambito di una somministrazione a tempo determinato, tra l'agenzia ed il lavoratore siano stipulati contratti di lavoro a termine, la durata complessiva delle missioni presso una stessa impresa utilizzatrice non può eccedere i 24 mesi, anche in assenza di precedenti assunzioni dirette dello stesso lavoratore da parte dell'utilizzatore, in linea con quanto previsto dall'art 19 c. 2 d.lgs. 81/2015 per le assunzioni dirette a tempo determinato (e per la sommatoria di assunzioni a tempo determinato e utilizzo in somministrazione).

Come si diceva, le sentenze in commento provano a recuperare un limite di durata anche nel caso di somministrazioni a tempo indeterminato entro cui possono essere utilizzati, come detto, solo lavoratori assunti dall'agenzia a tempo indeterminato. La preferenza dei lavoratori per l'impiego diretto presso l'utilizzatore ha ragioni evidenti: è presso quest'ultimo che vi è il "posto di lavoro" in relazione al quale la stabilità del rapporto può assumere concretezza. Nell'ambito del rapporto "commerciale" tra agenzia e utilizzatore, invece, il lavoratore può essere sostituito a semplice richiesta del secondo, messo conseguentemente in "disponibilità" dall'agenzia (percependo solo un'indennità) e magari successivamente licenziato per impossibilità di utilizzarlo altrove.

Il ragionamento dei Tribunali prende le mosse dalla giurisprudenza

della Corte di Giustizia, secondo la quale, in estrema sintesi, la Direttiva 2008/104 stabilisce la "temporaneità" delle messa a disposizione del lavoratore presso l'utilizzatore e con l'art. 5 c. 5, nell'imporre di adottare misure che evitino il ricorso abusivo all'istituto, osta a che uno Stato membro non adotti alcuna norma a tutela della natura temporanea del lavoro tramite agenzia, nonché ad una normativa nazionale che non preveda alcuna misura al fine di evitare l'assegnazione dello stesso lavoratore a più missioni successive presso lo stesso utilizzatore con lo scopo di eludere le disposizioni della Direttiva 2008/104 nel suo insieme (per una ricostruzione più dettagliata di tale corposa giurisprudenza, si veda la sentenza della Corte di Cassazione n. 29570 del 10/5/2022).

Pur permanendo nell'ordinamento la fattispecie dello *staff leasing*, dunque, i giudici di merito hanno ritenuto che la normativa europea richiamata non consenta di prescindere dalla temporaneità delle missioni. La questione era stata tralasciata in sede di recepimento della Direttiva 2008/104, quando anche la dottrina maggioritaria aveva ritenuto che l'ambito di applicazione della stessa riguardasse la sola somministrazione a tempo determinato, lasciando dunque impregiudicata quella a tempo indeterminato. Diversamente aveva ragionato il legislatore tedesco, abrogando in sede di recepimento della Direttiva la norma nazionale che consentiva missioni a tempo indeterminato.

La questione è ora aperta anche in Italia.

Con la sentenza n. 882/2023 il Tribunale di Milano si è occupato del caso di un lavoratore prima assunto a termine e poi utilizzato

in somministrazione, con stesse mansioni presso la medesima impresa. Nessun contratto (né quelli di lavoro né quello di somministrazione a tempo indeterminato) indicava una causale, pur se la durata complessiva dell'utilizzo era superiore complessivamente a 12 mesi, oltre i quali la legge vigente imponeva di indicare le ragioni di apposizione del termine al contratto di lavoro. Il Tribunale ha ritenuto che per esigenze di coerenza e di omogeneità, nonché onde evitare facili elusioni di detta previsione, non si potesse comunque prescindere dall'indicare una causale oltre l'anno di utilizzo. La sussistenza del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, dunque, è stata dichiarata per tale ragione nonostante il mancato superamento del termine di 24 mesi previsto per la sommatoria di periodi in somministrazione e di impiego diretto (termine analogo a quello successivamente introdotto per missioni entro somministrazioni a termine, come sopra). Negli altri due casi citati in apertura i lavoratori erano stati utilizzati per periodi sensibilmente maggiori: rispettivamente per 36 mesi e per oltre 8 anni.

Si osserva infine che, nonostante la Direttiva non sia direttamente applicabile ai rapporti tra privati, le corti di merito hanno accolto i ricorsi dei lavoratori e dichiarato la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra le parti in virtù del proprio obbligo di leale cooperazione nell'attuazione del diritto europeo (art. 4 TUE), mediante all'applicazione del diritto interno in modo compatibile con esso.

Si tratta di un filone giurisprudenziale che merita grande attenzione nei propri sviluppi successivi. **D&L**