

07 / 2022

DIRITTI & LAVORO FLASH

idee e strumenti per il sindacato

IL NOCCIOLO DELLA QUESTIONE

*Approvata la direttiva UE che impone agli Stati di affrontare la questione salariale.
Per l'Italia si tratta di contrastare il dumping contrattuale*

La Cassazione su somministrazione e contrasto alla precarietà

La riforma del lavoro sportivo

Tirocini formativi irregolari e rapporto di lavoro subordinato

07 **Ottobre 2022**

04

La direttiva sui salari minimi adeguati e sugli obblighi di promozione della contrattazione collettiva: per l'Italia l'occasione per arginare il dumping contrattuale

di Giovanni Orlandini

09

La riforma del lavoro sportivo: anche i dilettanti sono lavoratori

di Marco Tufo

12

Una recente sentenza della Cassazione in materia di stage: in un quadro normativo ancora da definire è sempre possibile rivendicare la natura subordinata del rapporto

di Andrea Ranfagni

15

La Cassazione sul lavoro tramite agenzia: possibili argini alla precarietà?

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.

La direttiva sui salari minimi adeguati e sugli obblighi di promozione della contrattazione collettiva: per l'Italia l'occasione per arginare il dumping contrattuale

di
Giovanni
Orlandini

La direttiva dell'UE sui salari minimi adeguati n. 2022/2041, entrata finalmente in vigore lo scorso 19 ottobre, rappresenta, se non un vero e proprio cambio di paradigma nelle dinamiche che guidano il processo di integrazione europea, certamente un sostanziale passo in avanti verso la costruzione di una più solida dimensione sociali dell'Unione. La sua adozione è stata d'altra parte fortemente voluta dall'attuale Commissione von der Leyen, proprio per segnare una discontinuità rispetto alle politiche di austerità che hanno caratterizzato gli anni successivi al deflagrare della crisi economico-finanziaria. Se infatti quelle politiche hanno visto uno dei loro tratti distintivi proprio nella compressione delle dinamiche salariali, specie nei paesi con i maggiori squilibri macro-economici (Italia inclusa), con il nuovo intervento legislativo l'Unione si propone di perseguire l'obiettivo opposto, ovvero di favorire la crescita salariale e contrastare il dilagante fenomeno del lavoro povero.

Un simile obiettivo è evidentemente molto ambizioso ed in vero non è stato unanimemente condiviso dai diversi Stati membri. Anche tra gli attori sociali che agiscono a livello europeo l'iniziativa della Commissione ha suscitato reazioni contrastanti; non è stata infatti ben accolta non solo dal fronte datoriale (ovvero, in primis, da Business Europe, la "Confindustria" europea), ma neanche dai sindacati del

nord Europa (in particolare quelli scandinavi), convinti che un intervento dell'Unione in questo ambito potesse finire per indebolire i loro solidi sistemi di contrattazione collettiva, garanti di livelli salariali tra i più alti del continente. C'è da dire che la diffidenza verso interventi del legislatore europeo sui sistemi nazionali di relazioni industriali trova evidente riflesso nello stesso Trattato sul Funzionamento dell'UE il quale, nel definire l'ambito di competenza dell'Unione in relazione alle politiche sociali, esclude espressamente la possibilità di adottare direttive di armonizzazione in materia di retribuzioni, diritto di associazione, diritto di sciopero e di serrata (art.153.5 TFUE). Insomma, per portare in porto la propria proposta, la Commissione ha dovuto superare ostacoli sia di ordine politico sia di ordine strettamente giuridico, dal momento che la stessa base legale della direttiva è apparsa *ab origine* a dir poco opinabile; il che spiega il carattere ed il contenuto della sua versione finale, indubbiamente anomalo rispetto al modello che comunemente caratterizza le direttive di armonizzazione in ambito sociale.

Obiettivi e struttura della direttiva

L'obiettivo di garantire "l'adeguatezza dei salari minimi per i lavoratori al fine di contribuire alla convergenza sociale

verso l'alto e alla riduzione delle disuguaglianze retributive" (art. 1, par. 1) è perseguito attraverso un quadro normativo che interviene su tre piani, cui corrispondono i tre diversi blocchi di disposizioni di cui si compone la direttiva: il primo, diretto alla "promozione della contrattazione collettiva sulla determinazione dei salari" (art. 4); il secondo orientato ad assicurare "l'adeguatezza dei salari minimi legali" in modo da garantire "condizioni di vita e di lavoro dignitose" (artt. 5-8, contenuti nel capo II); il terzo, finalizzato a migliorare l'effettività del diritto ai minimi salariali, attraverso l'azione degli organi ispettivi e l'accesso alla tutela giurisdizionale nonché l'attività di monitoraggio sulle dinamiche sindacali attuata dalla stessa Commissione (artt. 9-13 contenuti nel capo III).

Se il primo ed il terzo blocco di disposizioni riguarda tutti gli Stati, il secondo trova applicazione soltanto negli Stati che già prevedono un salario minimo fissato dalla legge. Il legislatore europeo si premura infatti di assicurare che la direttiva non intenda in alcun modo imporre l'introduzione di un salario minimo legale negli Stati dove non è presente e neppure indurre a modificare la natura dei contratti collettivi, onde garantirne l'efficacia generale (art. 1, par. 4). In tal modo, come premesso, si è inteso sia scongiurare ogni rischio di effetti indesiderati nei sistemi nazionali di determinazione dei salari, sia legittimare l'intervento normativo sotto il profilo della competenza legislativa attribuita all'Unione del TFUE; e a questo proposito, viene precisato ulteriormente che la direttiva fa salva la competenza degli Stati di fissare il livello dei salari minimi, giacché diversamente si porrebbe in contrasto con la riserva di competenza statale come detto prevista dall'art. 153.5 TFUE (art.1, par. 3).

Il problema della base legale

Ma come è possibile intervenire per garantire salari minimi adeguati negli Stati membri senza invadere la competenza in materia salariale riservata agli stessi Stati dal Trattato? La risposta è appunto in un testo normativo che non contiene norme tese a fissare standard sostanziali di tutela (come appunto di norma avviene attraverso le direttive in materia di lavoro), ma si limita a dettare obblighi di carattere "procedurale" agli Stati, diretti sia a promuovere la contrattazione collettiva in materia salariale sia (per gli Stati che lo prevedono) a fissare ed aggiornare periodicamente il livello del salario minimo legale.

Naturalmente è legittimo dubitare che un simile intervento del legislatore europeo sia in effetti rispettoso del riparto di competenze tra Unione e Stati membri. La Corte di giustizia ha infatti sino ad oggi riconosciuto la possibilità di intervenire "indirettamente" sulle materie riservate agli Stati membri dall'art. 153.5; ovvero regolando materie di sicura competenza dell'Unione, capaci appunto di incidere indirettamente "anche" su materie riservate agli Stati (come nel caso delle discriminazioni salariali). Altro evidentemente è però il caso della direttiva in esame, che riguarda "direttamente" proprio la materia salariale.

E tuttavia, proprio una simile forzatura dei limiti di competenza dell'Unione testimonia l'importanza "politica" che riveste questo intervento normativo; al punto da ritenere improbabile che la sua legittimità possa essere revocata in dubbio dalla Corte di giustizia, qualora in ipotesi venisse chiamata ad esprimersi in merito.

Fatto è che gli Stati membri dell'UE si trovano adesso a doversi confrontare con un quadro di regole destinate ad influire (seppur "indirettamente") sui loro sistemi salariali e, forse in maniera ancor più significativa, sui loro sistemi di contrattazione collettiva. Come premesso infatti la direttiva contiene disposizioni espressamente finalizzate a "promuovere la contrattazione" in materia salariale; disposizioni, contenute nell'art.4 della direttiva, che vincolano tutti gli Stati membri e che dunque riguardano anche l'Italia.

L'adeguatezza del salario minimo legale

Non riguardano invece l'Italia le disposizioni contenute nel capo III della direttiva, con le quali si definiscono gli obblighi procedurali che gli Stati devono adempiere per garantire l'adeguatezza dei "salari minimi legali" (artt. 5-8); ciò sempre che il legislatore nostrano non decida di intervenire in materia fissando per legge l'importo del salario minimo. Ove mai ciò avvenisse (ma è ipotesi che appare improbabile), si tratterebbe di determinare ed aggiornare (almeno ogni due anni) l'importo del salario minimo tenendo conto dei criteri previsti dal legislatore europeo: potere d'acquisto, sulla base del costo della vita; livello e tasso di crescita dei salari; livello e andamento della produttività (art. 5, par. 2). Sono, questi, criteri di carattere generale e non tassativi, che lasciano dunque significativi margini di discrezionalità agli Stati membri. L'ampia discrezionalità lasciata ai singoli Stati è confermata poi dal fatto che questi possono (ma non "devono") ricorrere

a meccanismi di indicizzazione automatica nonché utilizzare gli indici di adeguatezza comunemente in uso a livello internazionale (60% del salario mediano o 50% del salario medio); indici che, com'è evidente, non sono affatto equivalenti.

Alle parti sociali è poi attribuito il diritto ad essere coinvolte “*in maniera tempestiva ed efficace*” durante l'intero iter procedurale di determinazione e aggiornamento dei salari, anche partecipando agli organi consultivi di cui (obbligatoriamente) gli Stati devono dotarsi per affiancare l'azione delle autorità competenti in materia salariale. Ed è questa forse la previsione di questa parte della direttiva dal potenziale impatto più rilevante sui sistemi nazionali di relazioni sindacali; specie se poco inclini al dialogo sociale, come buona parte di quelli dei paesi dell'est europeo, cui essa è prioritariamente rivolta e rispetto ai quali può produrre gli effetti più “virtuosi”.

Il sostegno alla contrattazione collettiva

In relazione ai minimi salariali determinati contrattualmente, il legislatore europeo muove invece dal presupposto per cui alti tassi di copertura della contrattazione collettiva sono di per sé garanzia di salari minimi adeguati. Tale assunto (si osserva nel considerando n. 23) trova fondamento empirico nel fatto che la contrattazione collettiva presenta i più alti tassi di copertura proprio negli Stati dove la materia salariale è integralmente ed esclusivamente rimessa alla negoziazione tra le parti sociali; e grazie a ciò i lavoratori godono di livelli salariali mediamente più alti ed è presente una minor percentuale di lavoratori a basso salario rispetto agli altri Stati.

Un simile quadro giustifica un intervento dell'UE diretto a promuovere l'estensione della copertura contrattuale come strumento principe di sostegno alle dinamiche salariali e di contrasto al lavoro povero. Questo obiettivo è perseguito prevedendo per tutti gli Stati una serie di obblighi finalizzati a favorire l'attività negoziale tra le parti sociali (art. 4, par. 1) ed imponendo obblighi più stringenti e puntuali per gli Stati caratterizzati da un tasso di copertura inferiore all'80% (art. 4, par. 2). In particolare, questi ultimi sono tenuti ad adottare “*un quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione*”, per legge o attraverso un accordo tra le parti sociali; nonché di definire un “piano d'azione”, di concerto con le parti sociali, contenente un “*calendario chiaro*” e “*misure concrete*” per

aumentare progressivamente il tasso di copertura; piano da aggiornare periodicamente e da riesaminare almeno ogni 5 anni, nonché da notificare alla Commissione europea la quale, oltre a riferirne al Parlamento ed al Consiglio (art. 10. Par.3), potrà contestarne l'eventuale inefficacia anche davanti alla Corte di giustizia esercitando i poteri conferitegli dal Trattato.

Il potenziale impatto sul sistema italiano di contrattazione collettiva

Dagli obblighi previsti dall'art. 4, par.2 sembra destinata a sottrarsi l'Italia, accreditata da tutte le fonti, ufficiali e non, di tassi di copertura contrattuale superiori all'80% in ogni settore produttivo. In realtà, sotto questo profilo, sarebbe necessario chiarire cosa debba intendersi per “copertura” contrattuale ai sensi della direttiva. Il legislatore europeo pecca infatti nel non definire con sufficiente precisione questo concetto, come detto di centrale importanza nell'economica dell'intera direttiva.

La definizione contenuta nell'art. 3, punto 5 (percentuale dei lavoratori cui in un paese si applicano contratti collettivi rispetto al numero complessivo di lavoratori cui gli stessi possono applicarsi), letta considerando la definizione di contratto collettivo di cui al punto 4 dello stesso articolo (qualsiasi accordo, di qualsiasi livello, anche aziendale), porta però a rafforzare la conclusione per la quale l'art. 4., par. 2 non dovrebbe riguardare l'Italia, giacché un più basso tasso di copertura nel nostro paese può al più riguardare l'applicazione del c.d. CCNL “leader” in determinati settori. Se ciò è vero, resterebbero dunque rilevanti i soli obblighi “generalisti” di promozione della contrattazione collettiva fissati dal par.1 dell'art. 4. Ma non si tratta di obblighi di poco conto, se si vuole (come si deve) prenderli sul serio.

Sugli Stati gravano infatti i seguenti obblighi: “*promuovere lo sviluppo e il rafforzamento della capacità delle parti sociali di partecipare alla contrattazione [...] in particolare di livello settoriale o intersettoriale*” (lett. a); garantire che le parti sociali abbiano accesso ad informazioni adeguate per svolgere l'attività negoziale (lett. b); assicurare l'effettività del diritto alla contrattazione, anche tutelando i lavoratori da possibili discriminazioni (lett. c); proteggere le parti negoziali da atti di interferenza della controparte (lett. d). Tutto ciò, appunto, al fine di aumentare la copertura contrattuale e facilitare l'esercizio del diritto alla contrattazione collettiva.

L'impatto di quest'insieme di obblighi su un sistema di contrattazione patologicamente sregolato come quello italiano potrebbe essere tutt'altro che marginale. C'è infatti in primo luogo da chiedersi se la persistente anomia che lo caratterizza sia compatibile con il corretto recepimento della direttiva. Basti considerare gli spazi che il nostro sistema offre al dumping salariale operato grazie all'abnorme proliferare di CCNL, alcuni dei quali siglati da organizzazioni prive di qualsiasi rappresentatività. E' vero che la direttiva ignora la questione della rappresentatività delle parti sociali firmatarie dei contratti collettivi, ma è altrettanto vero che il contrasto al dumping salariale (sia interstatale che interno agli Stati) costituisce una delle finalità prioritarie perseguite dal legislatore europeo. L'obbligo di promozione della contrattazione, letto in questa prospettiva, si traduce dunque nell'esigenza di affrontare le cause che, in un dato sistema, permettono dinamiche di dumping: il che appunto, in Italia, chiama in causa la questione della rappresentatività degli attori sociali firmatari dei contratti collettivi.

D'altra parte, c'è anche da chiedersi se non possa costituire un'indebita "interferenza" nell'esercizio del "diritto" alla contrattazione collettiva, la possibilità di un datore ignorare in sede di negoziazioni sigle sindacali di certa rappresentatività, nei fatti ammessa nel nostro ordinamento.

In breve, se è vero che grava sullo Stato italiano l'onere di dimostrare che il diritto alla contrattazione collettiva è effettivamente garantito, adottando le misure previste dall'art.4.1, la via maestra per recepire correttamente la direttiva nel nostro paese passa da un intervento normativo che dia ordine al sistema di rappresentanza sindacale e di contrattazione, sia in azienda che a livello di categoria.

Il monitoraggio e la raccolta dei dati da parte della Commissione europea

L'esigenza di dare ordine al nostro sistema contrattuale deriva anche dagli obblighi previsti nel capo III della direttiva, ed in specie nell'art.10 rubricato "*monitoraggio e raccolta dei dati*". La norma impone agli Stati di dotarsi di "*strumenti efficaci di raccolta dati per monitorare la tutela garantita del salario minimo*", in modo da adempiere, con cadenza biennale, agli obblighi di comunicazione nei confronti della Commissione europea che (per gli Stati che si affidano alla contrattazione collettiva) riguardano, oltre al "*tasso e lo sviluppo della copertura*" contrattuale, le

"*retribuzioni più basse*" e la percentuale cui si applicano, nonché il "*livello dei salari versati ai lavoratori non coperti dai contratti collettivi*", in rapporto al livello dei salari dei lavoratori coperti contrattualmente. Come noto, nel nostro paese i CCNL sono archiviati presso il CNEL e identificati sulla base di un codice alfanumerico; ma il quadro resta estremamente opaco, per la difficoltà di accertare che i dati così archiviati (basati sulle dichiarazioni che le imprese fanno all'INPS ai fini previdenziali) fotografino effettivamente la realtà del mercato del lavoro italiano.

La direttiva costituisce dunque quanto meno uno stimolo a rendere più trasparente possibile il sistema di contrattazione collettiva in Italia. Certo, condotte elusive sotto questo profilo potrebbero trovare giustificazione nelle disposizioni della direttiva (introdotta proprio per alleggerire gli oneri a riguardo per gli Stati) per le quali le autorità nazionali, se non dispongano "*di dati accurati*", possono trasmettere alla Commissione europea "*una loro stima*" e che derubricano ad "*opzionale*" il compito degli Stati di fornire dati disaggregati per "*genere, fascia di età, disabilità, dimensioni d'impresa e settore*", grazie all'inciso per cui esso va adempiuto "*nella misura in cui tali dati siano disponibili*". Spetterà evidentemente alla stessa Commissione stimolare comportamenti virtuosi degli Stati, sollecitando l'acquisizione di dati il più possibile accurati e realistici sui propri sistemi di contrattazione collettiva.

Le clausole di equo trattamento negli appalti pubblici

Un impatto sull'ordinamento italiano può averlo anche l'art.9, relativo agli appalti pubblici, che impone agli Stati di far rispettare agli aggiudicatari di gare pubbliche ed ai "loro subappaltatori" gli "*obblighi concernenti i salari, il diritto di organizzazione e la contrattazione sulla determinazione dei salari [...] stabiliti [...] dal diritto nazionale [e] dai contratti collettivi*". La norma può apparire una mera specificazione di quanto già previsto in merito alle c.d. clausole sociali di equo trattamento dalle direttive del 2014 (n. 23, 24 e 25) relative agli appalti ed alle concessioni pubbliche. Tuttavia l'aver precisato che gli obblighi imponibili attraverso i bandi di gara pubblica si estendono ai "*salari*" (ovvero a tutte le componenti della retribuzione) come previsti dai contratti collettivi, può contribuire a fugare le ambiguità ancora presenti nella giurisprudenza della Corte di giustizia, non chiara nell'ammettere le clausole di equo trattamento in ordinamenti che (come quello italiano) sono privi sia

di salari minimi legali sia di contratti collettivi dotati di efficacia generale. La direttiva potrebbe così influire sulla nostrana giurisprudenza amministrativa, legittimando e rafforzando quegli orientamenti che non ammettono scostamenti al ribasso dagli standard salariali previsti dal c.d. CCNL leader, nel rigoroso rispetto di quanto previsto dal codice dei contratti pubblici (art.30, comma 4, d.lgs. 50/16).

La direttiva può in conclusione produrre effetti tutt'altro che trascurabili anche in un ordinamento, come quello italiano, privo di minimi salariali legali e che non intenda dotarsene. Il suo carattere anomalo, di atto normativo che non definisce standard rigidi di tutela ma configura percorsi procedurali che lasciano ampi spazi di discrezionalità agli Stati, può essere letto anche come un suo elemento di forza; quegli spazi possono infatti essere dilatati in modo da valorizzare al massimo il ruolo dell'azione sindacale e della contrattazione nei sistemi nazionali di determinazione dei salari. La questione chiama in causa non solo il legislatore nazionale, in sede di recepimento, ma anche l'autorità giudiziaria, cui è rimesso il compito di interpretare il diritto nazionale conformemente al diritto dell'UE; nonché, naturalmente, gli attori sindacali, cui spetta rivendicare il rispetto della direttiva qualora manchi la volontà politica di rafforzare la funzione tariffaria del contratto collettivo. Uno scenario questo più che probabile, considerando gli equilibri politici che segnano la legislatura appena iniziata. ■

FLASH

Nessuno spazio per l'uso della c.d. norma anti-rave party in funzione antisindacale

La controversa norma c.d. anti-rave party (art. 5, d.l. n.162 del 31 ottobre 2022) adottata dal neo-insediato governo Meloni desta legittime preoccupazioni (anche) per i rischi di un suo utilizzo in chiave anti-sindacale. Come noto, l'ipotesi di reato sancita dal nuovo art. 434 bis c.p. è sanzionata con pene edittali gravissime (reclusione da 3 a 6 anni) che colpiscono chiunque "organizza e promuove" l'invasione di terreni o edifici attuata da oltre 50 persone; pene ridotte (bontà loro) per chi si limiti a partecipare all'invasione. La genericità della fattispecie criminosa potrebbe indurre a considerarla integrata anche in caso di azioni condotte con finalità sindacali, come nei casi di picchetti, blocchi delle merci o occupazioni di azienda. In attesa di auspicabili modifiche del testo della norma in sede di conversione, si impone perciò una lettura che ne scongiuri un simile utilizzo. Ciò è possibile non solo interpretando restrittivamente il presupposto del pericolo per "l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza e la salute pubblica", che la norma prevede debba sussistere perché il reato venga in essere; nonché considerando inesistente il dolo specifico dello "scopo di organizzare un raduno", qualora questo avvenga, appunto, per finalità sindacali. Ancora prima e più fondatamente, è necessario aderire ad una lettura costituzionalmente orientata della norma in questione. L'applicazione di una simile fattispecie di reato ad azioni sindacali è infatti esclusa dall'art. 39 Cost, perché configurerebbe una evidente violazione del diritto ad esercitare la libertà sindacale. D'altra parte, merita ricordare come la Corte costituzionale (sent. n. 220/1975) abbia escluso che il reato di occupazione di azienda, già sanzionato (con pene assai più miti) dall'art. 508 c.p., possa essere contestato ai lavoratori che occupino un'azienda la cui attività sia già interrotta per altre cause, ivi compresa l'attuazione di uno sciopero.

La riforma del lavoro sportivo: anche i dilettanti sono lavoratori



1. Il Decreto “correttivo” del Governo Draghi

Con D.lgs. n. 163 del 5 ottobre 2022 l'uscente Governo Draghi ha modificato, in ottica “correttiva”, il D.lgs. n. 36 del 28 febbraio 2021, attuativo dell'art. 5 della legge delega 8 agosto 2019, n. 86, dedicata al riordino e alla riforma delle disposizioni in materia di enti sportivi professionistici e dilettantistici, nonché di lavoro sportivo. La nuova riforma, che ha abrogato la precedente normativa di settore (l. n. 91/1981), non sarà immediatamente operativa ma entrerà in vigore a decorrere dall'1 gennaio 2023.

2. La nuova definizione di lavoratore sportivo

Tra le novità più significative, la prima riguarda la stessa definizione di lavoratore sportivo e, di conseguenza, di rapporto di lavoro sportivo.

Va ricordato che nella vigenza della precedente normativa erano considerati rapporti di lavoro in ambito sportivo solamente quelli instaurati tra uno sportivo professionista e una società sportiva. L'art. 2 della l. n. 91/1981, infatti, stabiliva come fossero sportivi professionisti, a cui la stessa legge si applicava, gli atleti, gli allenatori, i direttori tecnico-sportivi e i preparatori atletici, che esercitassero l'attività sportiva a titolo oneroso con carattere di continuità nell'ambito delle discipline regolamentate dal CONI e che conseguissero la qualificazione dalle federazioni sportive nazionali,

secondo le norme emanate dalle federazioni stesse, con l'osservanza delle direttive stabilite dal CONI per la distinzione dell'attività dilettantistica da quella professionistica. Lo sportivo dilettante, dunque, non era considerato un lavoratore e, pertanto, rimaneva escluso da qualunque tutela non solo della l. n. 91/1981 ma anche del lavoro subordinato. Di conseguenza, lo sportivo dilettante neppure poteva percepire una retribuzione ma riceveva solamente compensi, indennità, premi e rimborsi spesa, esenti fiscalmente fino agli Euro 10.000 ai sensi dell'art. 69, comma 2, TUIR.

Tale quadro normativo era privo di organicità, soprattutto in quanto, come detto, la qualità professionistica dell'attività sportiva era determinata dall'essere questa

qualificata come tale dalla specifica Federazione affiliata al CONI. E ciò portava a escludere dal professionismo alcuni sport: innanzitutto quelli non olimpici; in secondo luogo, quelli la cui federazione non riconosceva il professionismo. Per tale ragione, anche a seguito della crisi economica del 2008, solo pochi sportivi erano considerati professionisti (in particolare, a seguito dell'uscita dal professionismo di pugilato e motociclismo nel 2014, quelli delle seguenti federazioni: Federazione Italiana Giuoco Calcio (F.I.G.C.); Federazione Ciclistica Italiana (F.C.I.); Federazione Italiana Golf (F.I.G.); Federazione Italiana Pallacanestro (F.I.P.). E tale separazione tra dilettanti e professionisti a volte dipendeva anche dal genere degli sportivi (come nel caso del calcio femminile, riconosciuto come professionistico solo dall'1 luglio 2022 e solamente per il campionato di Serie A).

Con il nuovo art. 25 D.lgs. n. 36/2021, invece, la nozione di lavoratore sportivo viene ampliata, atteso che è tale *“l'atleta, l'allenatore, l'istruttore, il direttore tecnico, il direttore sportivo, il preparatore atletico e il direttore di gara che, senza alcuna distinzione di genere e indipendentemente dal settore professionistico o dilettantistico, esercita l'attività sportiva verso un corrispettivo”*, compreso, a seguito dell'intervento correttivo del Governo Draghi, *“anche ogni tesserato [...] che svolge verso un corrispettivo le mansioni rientranti, sulla base dei regolamenti dei singoli enti affilianti, tra quelle necessarie per lo svolgimento di attività sportiva, con esclusione delle mansioni di carattere amministrativo-gestionale”*. Come si vede,

dunque, la natura professionistica o dilettantistica (come anche il genere degli sportivi) non ha più alcun rilievo ai fini dell'esistenza di un rapporto di lavoro. Inoltre, con l'aggiunta del D.lgs. n. 163/2022, le regole del lavoro sportivo potranno estendersi anche a soggetti finora da esclusi, quali manager, addetti agli arbitri, osservatori e analisti dei dati, nonché a nuove figure che potrebbero nascere nel settore.

Rimane fermo che le società potranno apporre al contratto un termine massimo di 5 anni, con possibilità di cessione del contratto di lavoro ad altra società prima della sua scadenza (v. art. 26, comma 2, D.lgs. n. 36/2022).

Naturalmente, resta invariato che si parlerà di rapporto di lavoro solo laddove vi sia l'onerosità dello stesso. Pur essendo stata espunta dal D.lgs. n. 36/2021 la figura dell'amatore, sarà pur sempre possibile prestare l'attività in forma di volontariato, con diritto ai soli rimborsi spese (v. nuovo art. 29 D.lgs. n. 36/2021, come modificato dall'art. 17 D.lgs. n. 163/2022).

Potranno comunque essere stipulati contratti di lavoro autonomo, anche nella forma di co.co.co., rispetto alla quale potrà operare la disciplina delle collaborazioni eterorganizzate, atteso che, sebbene il nuovo Decreto abbia eliminato dall'art. 25 D.lgs. n. 36/2021 il riferimento alla stessa, le attività sportive non sono più escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 2 D.lgs. n. 81/2015, come invece era per alcune di esse nella versione originaria del c.d. Codice dei contratti di lavoro.

3. Il sistema delle “presunzioni qualificatorie” del rapporto e i dubbi sul lavoro occasionale

La nuova riforma non ha intaccato, per i settori professionistici, la presunzione di subordinazione quando l'atleta presti l'attività sportiva come attività principale, ovvero prevalente, e continuativa. Parimenti, è rimasta invariata la presunzione di autonomia alla ricorrenza dei seguenti requisiti: a) l'attività sia svolta nell'ambito di una singola manifestazione sportiva o di più manifestazioni tra loro collegate in un breve periodo di tempo; b) lo sportivo non sia contrattualmente vincolato per ciò che riguarda la frequenza a sedute di preparazione o allenamento; c) la prestazione che è oggetto del contratto, pur avendo carattere continuativo, non superi otto ore settimanali oppure cinque giorni ogni mese ovvero trenta giorni ogni anno.

Piuttosto, è stata introdotta una presunzione di co.co.co. quando il lavoro autonomo dilettantistico presenti i seguenti requisiti nei confronti del medesimo committente: a) la durata delle prestazioni oggetto del contratto, pur avendo carattere continuativo, non superi

le diciotto ore settimanali, escluso il tempo dedicato alla partecipazione a manifestazioni sportive; b) le prestazioni oggetto del contratto risultino coordinate sotto il profilo tecnico-sportivo, in osservanza dei regolamenti delle Federazioni sportive nazionali, delle Discipline sportive associate e degli Enti di promozione sportiva.

Su altro versante, ogni riferimento al lavoro sportivo occasionale, sia in forma autonoma sia ai sensi dell'art. 54-bis D.L. n. 50/2017, conv. in l. n. 96/2017, è stato invece espunto dal Dlgs. n. 36/2022 in forza del correttivo Draghi. Ciò, tuttavia, non chiarisce se tali attività potranno in futuro essere prestate in ambito sportivo, recando ancora l'art. 54-bis citato, al comma 6, lett. b-bis), il richiamo alle società sportive di cui alla l. n. 91/1981 e non essendo preclusa al datore la stipulazione di contratti di lavoro autonomo occasionale ai sensi dell'art. 2222 c.c. Sul punto, sarebbe opportuno un chiarimento del legislatore, prima dell'entrata in vigore della riforma.

4. Le novità per i giovani sportivi

Infine, alcune novità riguardano le giovani promesse dello sport italiano.

Da un lato, le società sportive professionistiche e dilettantistiche potranno assumere lavoratori sportivi con contratto di apprendistato professionalizzante a partire da 15 anni (e non da 18) di età e sino ai 23 anni (art. 30 D.lgs. n. 36/2021, come riformato dall'art. 18 D.lgs. n. 163/2022). Dall'altro lato, è stato definitivamente abolito il c.d. vincolo sportivo, ossia quel legame giuridico che si instaurava tra la società e lo sportivo nel momento in cui questi veniva tesserato e che consentiva allo stesso di passare ad altra società solamente con il consenso di quella di appartenenza.

Tale vincolo, che poteva costringere lo sportivo dilettante a rimanere presso la società di tesseramento sino al venticinquesimo anno di età, già abolito per i professionisti dalla l. n. 91/1981, viene ora eliminato anche per i dilettanti e compensato - similmente a quanto accaduto a seguito della sentenza Bosman con l'introduzione del c.d. premio di addestramento e formazione tecnica - da un "premio di formazione tecnica", da riconoscere alle società ove lo sportivo abbia svolto il proprio percorso formativo o la propria attività giovanile o dilettantistica, alla firma del primo contratto di lavoro sportivo.

5. Quali costi per la dignità dei lavoratori sportivi nel dilettantismo?

La riforma in oggetto ha sollevato le proteste di varie leghe e federazioni sportive, soprattutto da parte della Lega Nazionale Dilettanti. Le perplessità sono legate al timore che il dilettantismo possa scomparire a favore del professionismo, restringendosi notevolmente l'ambito del lavoro sportivo volontario. Del resto, i costi della riforma sembrano assai elevati per le società dilettantistiche, sia sotto il profilo retributivo sia contributivo. Senza contare che, con l'abolizione del vincolo sportivo, le società dilettantistiche rischierrebbero di non poter più trattenere i propri talenti né di vedersi riconoscere somme cospicue dai club più importanti interessati al giovane sportivo. Per questo motivo, da più parti è stato richiesto un rinvio dell'entrata in vigore di tale disposizione.

In ogni caso, un merito va dato a tale riforma, quello di voler estendere, seppure ancora parzialmente, le tutele del lavoro subordinato a tutti gli sportivi, a prescindere dal fatto che siano professionisti o dilettanti, riducendo così (ma pur sempre tenendola ben presente) la specialità del lavoro sportivo e, almeno sulla carta, le molteplici disparità di trattamento a cui tale settore ci ha abituato. In questo senso, non è un caso che il legislatore abbia voluto espressamente affermare, con il nuovo comma 1-bis dell'art. 25 D.lgs. n. 36/2021, che *"La disciplina del lavoro sportivo è posta a tutela della dignità dei lavoratori nel rispetto del principio di specificità dello sport"*. ■

Una recente sentenza della Cassazione in materia di stage: in un quadro normativo ancora da definire è sempre possibile rivendicare la natura subordinata del rapporto

di
Andrea
Ranfagni

In una recente sentenza la Sezione Lavoro della Cassazione (Sentenza n. 25508 del 30 agosto 2022) si è pronunciata in merito ai tirocini ed in particolare al problema del loro utilizzo fraudolento.

Purtroppo, la causa instaurata dal tirocinante è stata persa, ma dalla decisione in commento è possibile desumere importanti indicazioni circa il diritto del tirocinante di dimostrare l'esistenza di un rapporto di lavoro di natura subordinata e pretendere così le condizioni di lavoro e retributive garantite da legge e CCNL.

La decisione si inserisce comunque in un quadro normativo ancora in via definizione, quindi, consente anche di fare il punto su dove siamo arrivati con la regolazione di questo problematico strumento di formazione effettuata sul posto di lavoro.

Il caso analizzato dalla Corte di Cassazione

La decisione della Cassazione giunge a conclusione di una controversia che ha visto come protagonista un giovane che, nell'ambito di un master post universitario, aveva effettuato un tirocinio presso un'azienda pugliese per la durata di 9 mesi.

Alla scadenza di tale periodo formativo, il tirocinante aveva invitato l'azienda stessa ad assumerlo, anche alla

luce di quanto accaduto in precedenza ad una "collega", che, terminato il medesimo tirocinio, era poi stata assunta a tempo determinato.

L'azienda respingeva per iscritto la richiesta di assunzione ed il tirocinante ricorreva così in giudizio rivendicando la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e contestando, di conseguenza, un licenziamento illegittimo (perché immotivato) nella reiezione dell'istanza di assunzione.

Il Giudice di primo grado, ovvero il Tribunale di Bari, aveva ritenuto inammissibile la domanda formulata, mentre la Corte d'Appello di Bari, quale giudice di secondo grado, aveva rigettato l'appello poiché dall'istruttoria svolta non erano emersi elementi di fatto sufficienti per ritenere sussistente, durante il tirocinio, un rapporto di lavoro subordinato. Evidenziava, altresì, come da un punto di vista formale la normativa era stata rispettata poiché il tirocinio si era svolto sulla base di una valida convenzione stipulata tra l'Università di Bari, quale "soggetto promotore" e l'azienda pugliese, quale soggetto "ospitante", oltre che sulla base di uno specifico progetto formativo che delineava gli obiettivi (formativi) dello stesso stage.

Il ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Bari ha proposto ricorso per Cassazione, si è fondato sui seguenti motivi: 1) la non corrispondenza tra il progetto formativo e l'esperienza svolta, in quanto

quest'ultima era avvenuta presso un ufficio diverso da quello dove doveva svolgersi; 2) la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato alla luce delle concrete modalità di svolgimento dello stesso stage.

La decisione della Cassazione

Come anticipato, la sentenza della Cassazione in commento ha rigettato il ricorso del tirocinante. I motivi risiedono più che altro nel fatto che presso la Suprema Corte è ammessa la contestazione solo del percorso motivazionale effettuato dal giudice di secondo grado, quindi della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale del medesimo, mentre è precluso qualsiasi accertamento ed apprezzamento dei fatti che è riservato solo ai giudici di primo e secondo grado.

Nel confermare, però, la correttezza giuridica del percorso motivazionale seguito dal giudice di secondo grado, la Cassazione ha confermato il principio per cui anche se un tirocinio risulta formalmente instaurato in maniera corretta, in quanto, appunto, esiste un soggetto promotore abilitato (come, appunto, l'Università) e un soggetto ospitante, ed, altresì, viene stipulata una convenzione che disciplina lo stage, delineando il percorso formativo, comunque è sempre possibile per il tirocinante dimostrare la sussistenza in concreto di un rapporto di lavoro di natura subordinata, con tutti gli effetti che ciò comporta in punto di retribuzione e stabilizzazione a tempo indeterminato presso il soggetto "ospitante".

Nelle motivazioni della sentenza in commento, infatti, la Cassazione ribadisce il principio generale per il quale al Giudice di merito è sempre data facoltà di individuare la reale natura giuridica di un rapporto di lavoro subordinato, anche quando le parti abbiano correttamente rispettato i presupposti formali richiesti per l'instaurazione di un diverso rapporto. In ciò, sostiene la Cassazione, vi rientra anche il caso in cui formalmente sia stato instaurato un tirocinio, ma nei fatti è sussistito un rapporto di lavoro subordinato.

Detto principio, aggiunge la Suprema Corte, è sorretto anche dalla considerazione relativa alla posizione "debole" di uno dei contraenti (nel caso di specie il tirocinante) "*che potrebbe essere indotto ad accettare una qualifica del rapporto diversa da quella reale pur di garantirsi un posto di lavoro*". L'affermazione appena ricordata è molto importante poiché mette in luce quella che è la caratteristica del rapporto di

lavoro subordinato, che mai dev'essere dimenticata.

La Cassazione, poi, ha affermato che perché possa ritenersi sussistente un rapporto di lavoro subordinato a fronte di uno stage legittimamente instaurato sotto il profilo formale, è necessario che dall'accertamento istruttorio emergano quelli che sono gli elementi di fatto propri della subordinazione, ovvero, come da giurisprudenza consolidata, "*la retribuzione fissa mensile in relazione sinallagmatica con la prestazione lavorativa; l'orario di lavoro fisso e continuativo; la continuità della prestazione in funzione di collegamento tecnico organizzativo e produttivo con le esigenze aziendali, il vincolo di soggezione personale del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia, l'inserimento nell'organizzazione aziendale*".

Sussiste, quindi, la piena facoltà del tirocinante di dimostrare - con onere della prova a suo carico - la sussistenza degli indici tipici della subordinazione ai sensi dell'art. 2094 c.c..

Il principio potrà sembrare scontato, poiché, appunto, da sempre questa facoltà è stata data nell'ambito del "falso" lavoro autonomo. In relazione ai tirocini, però, il quadro era più incerto ed il fatto che, come visto, il Tribunale di Bari nel caso esaminato dalla Cassazione avesse dichiarato, in primo grado, inammissibile la domanda ne è la conferma. Secondo alcune decisioni della magistratura e secondo alcuni orientamenti dottrinali (comunque antecedenti alle novità introdotte dalla Legge di Bilancio 2022 di cui più avanti si dirà), infatti, non configurando - per espressa previsione legislativa (art. 18, l. n. 197/1996) - il tirocinio un rapporto di lavoro subordinato, essendoci comunque a garanzia un soggetto promotore ed una convenzione che disciplina il rapporto, sarebbe di fatto preclusa qualsiasi rivendicazione circa la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

La decisione della Cassazione, quindi, è molto importante poiché afferma un principio, che pone le basi per smascherare i "falsi tirocini", quindi l'abuso che tale istituto viene frequentemente fatto nel nostro mercato del lavoro per l'evidente ragione della economicità dello stesso.

Il fatto che poi nella fattispecie concreta affrontata dalla Cassazione nella decisione in commento, il tirocinante non sia riuscito a dimostrare la sussistenza di un ordinario rapporto di lavoro subordinato non deve sorprendere. Purtroppo, il confine tra tirocinio e rapporto di lavoro subordinato è molto labile. La stessa rilevanza

della presenza del tirocinante in azienda per gran parte del tempo in cui sono presenti i dipendenti, così come dell'osservanza di un orario di lavoro (circostanze che nell'ambito di un contenzioso su false partite IVA o su falsi co.co.co. potrebbero essere determinanti) nel tirocinio si attenua molto.

D'altra parte la Cassazione ad oggi non ha delineato quali siano gli indici "tipici" del tirocinio, in assenza di una chiara normativa specifica sul punto.

Segue: il quadro normativo attuale

A tal proposito, merita ricordare come il tirocinio sia stato istituito con la cosiddetta Legge Treu (l. n. 197/1996), nel cui art. 18 è stato previsto, come poco fa ricordato, che esso "non costituisce un rapporto di lavoro". La stessa legge ha poi delineato un quadro di garanzie, quali appunto l'esigenza di un soggetto promotore e di una convenzione, nonché la presenza di un tutor e dei limiti di durata.

Di fronte, però, all'incapacità di tali limiti di arginare l'abuso dei tirocini, con la L. n. 92/2012 (cosiddetta Legge Fornero) è stato demandato ad un accordo tra Stato, Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano il compito di disciplinare in maniera organica la materia. Tra i criteri da seguire nell'Accordo in questione l'art. 1, comma 34, lettera c), ha indicato proprio l' "individuazione degli elementi qualificanti del tirocinio e degli effetti conseguenti alla loro assenza".

La Legge Fornero ha avuto il merito, quanto meno, di "centrare" il problema, ovvero, appunto, indicando la necessità di definire gli elementi che qualificano un tirocinio nelle sue concrete modalità di svolgimento, in modo così da poter delineare meglio le differenze rispetto al rapporto di lavoro subordinato ed ovviare così alle difficoltà probatorie sopra esposte nelle azioni giudiziarie volte a smascherare falsi tirocini.

Leggendo l'Accordo del 24 gennaio 2013, si può notare che sul punto non sono stati fatti però rilevanti passi in avanti. L'Accordo, infatti, contiene solo un'affermazione nelle Premesse, per la quale "Al fine di qualificare l'istituto e di limitarne gli abusi, si concorda sui seguenti principi: a) il tirocinio non può essere utilizzato per tipologie di attività lavorative per le quali non sia necessario un periodo formativo; b) i tirocinanti non possono sostituire i lavoratori con contratti a termine nei periodi di picco delle attività e non possono essere utilizzati per sostituire il personale del soggetto ospitante nei periodi

di malattia, maternità o ferie né per ricoprire ruoli necessari all'organizzazione dello stesso".

Si tratta di previsioni, queste, che, se anche hanno aggiunto dei criteri limitanti il ricorso al tirocinio, allo stesso tempo non hanno contribuito in maniera decisiva a delineare la linea di demarcazione tra tirocinio e lavoro subordinato. Non è un caso, infatti, che più recentemente, con la Legge di Bilancio 2022, entrata in vigore dal 1° gennaio 2022, sia stata abrogata la disciplina della Legge Fornero e si sia stabilita una nuova normativa generale, che, però, nonostante alcune previsioni interessanti, continua a delegare la normativa specifica (anche e soprattutto) per ciò che concerne la "previsione di azioni e interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto, **anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività**", ad un nuovo Accordo Stato - Regioni, che, ad oggi, nonostante il previsto termine del 30 giugno 2022, non è stato firmato.

La nuova normativa contenuta nella Legge di Bilancio, comunque, prevede al comma 723 dell'art. 1, che "Il tirocinio non costituisce rapporto di lavoro e non può essere utilizzato in sostituzione di lavoro dipendente. Se il tirocinio è svolto in modo fraudolento, eludendo le prescrizioni di cui al periodo precedente, il soggetto ospitante è punito con la pena dell'ammenda di 50 euro per ciascun tirocinante coinvolto e per ciascun giorno di tirocinio, ferma restando la possibilità, su domanda del tirocinante, di riconoscere la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a partire dalla pronuncia giudiziale".

La normativa attualmente vigente, quindi, cristallizza in linea generale quanto affermato dalla Cassazione nella sentenza in commento, ovvero che è sempre possibile smascherare il "falso" tirocinio dimostrando la sussistenza di un rapporto di lavoro dipendente. Continua però a mancare una disciplina che individui gli indici tipici del tirocinio, e ciò, come detto, è di ostacolo alla formazione di orientamenti giurisprudenziali sul punto, oltre che alle azioni giudiziarie intraprese dai "falsi" tirocinanti. L'auspicio è che il futuro Accordo Stato - Regioni contenga più puntuali previsioni sul punto. ■

La Cassazione sul lavoro tramite agenzia: possibili argini alla precarietà?

di
Francesca
Bassetti

La Cassazione è intervenuta in materia di lavoro tramite agenzia con tre recenti sentenze. La prima che sarà esaminata riguarda il rapporto di lavoro con l'agenzia, le altre l'impiego dal lavoratore in somministrazione presso l'utilizzatore. Tutte, sui due diversi "lati" della fattispecie, arrivano al punto maggiormente dolente di questo istituto, la precarietà che esso purtroppo implica sin dalla sua introduzione.

La particolarità, propria solo di questo istituto e divergente dal modello stesso di subordinazione tracciato dall'art. 2094 cc, è che l'utilizzatore esercita i poteri datoriali di direzione e controllo sui lavoratori dell'agenzia, i quali però restano dipendenti di quest'ultima (che mantiene il potere disciplinare).

Tale separazione (tra esercizio dei poteri e titolarità del rapporto) non è mai consentita dall'ordinamento, se non in questo caso: in altre parole, il principio-base secondo cui il datore di lavoro è proprio chi dirige e controlla l'opera conosce tale unica eccezione.

Solo l'agenzia, infatti, quale soggetto economico che esercita l'unica forma legale di intermediazione di manodopera (altrimenti vietata), può delegare tali poteri ad un altro soggetto restando al contempo titolare del rapporto di lavoro, qualificandosi secondo le stringenti regole che disciplinano e limitano l'accesso al delicatissimo settore produttivo.

Sarà qui tralasciata la somministrazione a tempo indeterminato, pure consentita dal nostro ordinamento, usando il termine somministrazione come sinonimo di somministrazione a tempo determinato, salvo osservare nelle conclusioni che l'esistenza della somministrazione a tempo indeterminato potrebbe rafforzare alcune conclusioni della Corte nelle ultime sentenze che saranno esaminate.

Quando con il d.lgs. 276/2003 ha regolato per la prima volta la somministrazione di lavoro (abrogando il precedente istituto del lavoro interinale, di cui alla l. 196/97) il legislatore aveva preso una decisione chiave: il ricorso dell'utilizzatore alla

somministrazione di lavoro a termine, con cui otteneva la disponibilità dei lavoratori per il periodo stabilito nel contratto con l'agenzia, sarebbe stato consentito solo nei casi in cui avrebbe potuto assumere direttamente a termine. Altrimenti sarebbe stato troppo facile aggirare tali limiti rivolgendosi all'agenzia.

L'art. 1 c. 1 del d.lgs. 368/2001 consentiva l'apposizione del termine al contratto di lavoro solo in presenza di ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive (le c.d. ragioni oggettive), tutte accomunate dalla natura "temporanea", non strutturale, della carenza di organico o della necessità di impegno. Con il rinvio operato dall'art. 20 c. 4 d.lgs. 276/2003, queste erano esattamente le ragioni per le quali l'utilizzatore poteva rivolgersi all'agenzia e stipulare la somministrazione a termine.

Quanto al rapporto di lavoro a termine con l'agenzia, il legislatore del 2003 aveva previsto che si applicasse la disciplina del contratto a tempo determinato "in quanto compatibile" (c. 2 dell'art. 22 d.lgs. 276/2003).

La Cassazione sulla causale del contratto di lavoro con l'agenzia

Il lavoro alle dipendenze dell'agenzia, per l'interpretazione che si è data al combinato delle norme sopra ricordate, è sin dagli esordi sinonimo di rapporto precario. Una statistica datata, ma relativa agli anni che qui interessano, fotografa bene la situazione. Obiettivo Lavoro, pur essendo una delle pochissime agenzie impegnate a stabilizzare i propri rapporti di lavoro, dal 2005 al 2013 ha assunto un totale di 1.331 lavoratori a tempo indeterminato, rispetto a 282.214 lavoratori a termine (conteggiati "a persona", esclusi dunque i rinnovi con gli stessi dipendenti).

Tale situazione, come detto, non è casuale. L'ordinamento italiano, pur se non vi era alcuna norma che espressamente lo prevedesse, ha sempre consentito all'agenzia di apporre il termine al contratto di lavoro senza indicare "ragioni oggettive" proprie. Meglio, si è dato per scontato che l'impiego del lavoratore in una somministrazione integrasse implicitamente la "ragione oggettiva" dell'agenzia per apporre il termine al contratto di lavoro. Secondo l'interpretazione dominante, dunque, era ritenuto sufficiente che l'agenzia indicasse nel contratto di lavoro le ragioni oggettive della somministrazione: con il che l'utilizzatore era l'unico soggetto tenuto a giustificare l'utilizzo "temporaneo", mentre l'agenzia poteva liberamente assumere a termine.

Oggi la Cassazione, pronunciandosi su una serie di

contratti di lavoro stipulati tra un'agenzia ed un lavoratore negli anni 2011 - 2013, ha statuito che tale tesi, come detto contestata solo da pochi studiosi (con i quali chi scrive già al tempo concordava), era errata. Con la sentenza 29567/2022, la Corte cassa dunque la sentenza d'appello che aveva seguito tale orientamento ed afferma che l'esistenza di una specifica causale giustificativa del termine assume rilievo anche nel rapporto tra agenzia e lavoratore. L'apposizione del termine al contratto di lavoro, pertanto, era illegittima nel caso di specie, perché non sorretta da un *quid pluris* rappresentato da ragioni oggettive proprie dell'agenzia, non essendo sufficiente il riferimento al contratto di somministrazione. Come ogni altro datore, afferma la Corte, l'agenzia sceglie tra assunzione a tempo indeterminato ed assunzione a tempo determinato, ma questa seconda scelta era in quel regime legittima solo se sorretta da ragioni temporali specificate con riguardo alla sua organizzazione (potendo il lavoratore in seguito essere reimpiegato in altre somministrazioni).

La pronuncia si distingue per la consapevolezza del ruolo datoriale dell'agenzia, del contratto di lavoro, cui solo essa è vincolata, come luogo di possibile salvaguardia della stabilità del rapporto. Perché, è bene ricordarlo, tra lavoratore ed utilizzatore non intercorre alcun contratto e dunque, su quel piano, l'unica tutela possibile è la limitazione della fattispecie (come le "ragioni oggettive" facevano nella disciplina del d.lgs. 276/2003) e la sanzione degli illeciti (la principale essendo il riconoscimento, previo iter processuale, del rapporto in capo all'utilizzatore nei casi patologici).

La legislazione vigente si è mossa almeno in parte verso la valorizzazione del rapporto di lavoro con l'agenzia, purtroppo come si dirà dopo aver rimosso e senza ristabilire un limite ragionevole al ricorso a lavoratori somministrati da parte dell'utilizzatore, avendo dunque perso molta tutela su quel diverso piano.

La nuova disciplina limitativa del lavoro a termine, come novellata dal DL 87/2018, oggi vigente, è stata infatti espressamente estesa al contratto di lavoro con l'agenzia (che sarebbe pertanto sottoposto al regime generale di durata massima del contratto, pari a 12 mesi senza causale e fino a 24 in presenza delle esigenze oggettive e temporanee di cui all'art. 19 c. 1 d.lgs. 81/2015), lasciando tuttavia al CCNL di settore la regolamentazione di proroghe e rinnovi (in particolare, la proroga del contratto di lavoro non richiede causali giustificative, seppure è limitata al massimo di 6 proroghe in 24 mesi totali, mentre più contratti possono comportare l'invio presso lo stesso utilizzatore per massimo 24 mesi, anche discontinui, e presso utilizzatori diversi per massimo 48 mesi). Dal 2020, infine, la legge impone che l'utilizzo del lavoratore in somministrazione da parte dello stesso utilizzatore possa eccedere i 24 mesi, anche non continuativi, solo a fronte della sua assunzione da parte dell'agenzia a tempo indeterminato (art. 31 c. 1 d.lgs. 81/2015).

Gli ultimi interventi legislativi hanno probabilmente contribuito a stimolare le assunzioni a tempo indeterminato nel settore, seppure ancora molto contenute. Secondo una statistica aggiornata a giugno 2022, i somministrati in Italia rappresentano il 2% dei lavoratori e

di essi solo il 22,2% è assunto a tempo indeterminato dall'agenzia.

La Cassazione sulla stabilizzazione del lavoratore alle dipendenze dell'utilizzatore

Venendo all'esame delle altre due sentenze, non si può tacere che la maggior parte delle controversie riguardano ed hanno riguardato l'interesse del lavoratore a farsi dichiarare dipendente dell'utilizzatore presso il quale presta opera. E certamente l'utilizzo del lavoratore nella propria struttura produttiva comporta una serie di responsabilità e fa sorgere, a determinate condizioni, una legittima aspettativa di continuazione o stabilizzazione del rapporto. E' l'utilizzatore, in altre parole, il soggetto con il quale il lavoratore maggiormente aspira ad ottenere un rapporto duraturo, aspirazione ragionevole, posto che è lui ad aver diretto bisogno delle sue mansioni.

Su questo aspetto è intervenuta la Corte di Cassazione con due sentenze analoghe, nn. 29570/2022 e 22861/2022, riguardanti due lavoratori che avevano prestato opera (con brevi interruzioni) presso lo stesso utilizzatore rispettivamente dal 14.5.2012 al 2.3.2016 e dal 4.2.2008 al 7.1.2016.

La Corte ricostruisce in primo luogo come il legislatore ha tempo per tempo regolato l'utilizzo di lavoratori tramite agenzia.

Come sopra esposto, nella vigenza della prima disciplina la somministrazione poteva essere

stipulata solo a fronte di ragioni oggettive analoghe a quelle che giustificavano l'assunzione a termine, con l'obbligo che fossero temporanee e sufficientemente specifiche.

Nella fase più complicata della legislazione nazionale, quando il DL 34/2014 ha soppresso le ragioni oggettive di ricorso alla somministrazione di lavoro ed al lavoro diretto a termine (entrambe già erose dalla l. 92/12), l'utilizzo di lavoratori tramite agenzia è divenuto sostanzialmente libero, senza neppure l'argine dei limiti temporali massimi previsti per l'assunzione diretta a tempo determinato. La Corte concorda con la maggior parte degli interpreti che il limite di 36 mesi (oggi 24) applicabile al lavoro a termine non si sia mai applicato e non si applichi ancora oggi all'utilizzo di lavoratori in somministrazione, nonostante sia l'art. 1 c. 1 d.lgs. 368/2001 che l'art. 19 d.lgs. 81/2015, nelle versioni tempo per tempo vigenti, indicassero come computabili i periodi di tale ultimo tipo. La Corte di fatto aderisce all'interpretazione secondo cui sarebbe necessario almeno un contratto a termine diretto con l'utilizzatore al fine di far scattare il conteggio del periodo massimo predetto, nel quale solo a tale condizione sarebbero dunque conteggiate anche le missioni svolte presso lo stesso come dipendente dell'agenzia. Chi scrive non è mai stata d'accordo con tale conclusione, soprattutto con riguardo alla prima formulazione della norma, ma, nel passaggio dalla disciplina del d.lgs. 368/01 a quella del d.lgs. 81/2015, essa è stata leggermente mutata dando ancora maggiori argomenti alla tesi dominante ripresa dalla Cassazione.

Fatto sta che l'abrogazione delle

ragioni oggettive a maggio 2014, a fronte di questa interpretazione, non è stata compensata neppure dalla previsione di un limite temporale massimo di somministrazione, con conseguente liberalizzazione di fatto della fattispecie. Unico limite rimaneva quello percentuale, rispetto al totale dei dipendenti dell'utilizzatore con contratto a tempo indeterminato (oggi nell'art. 31 d.lgs. 81/2015).

La Corte si ferma a questo punto, non rilevando nei casi di specie la disciplina successiva. E' opportuno qui però sottolineare subito che il quadro non è sostanzialmente mutato con il DL 87/2018. Vigé oggi lo stesso limite percentuale di cui all'art. 31 d.lgs. 81/2015, senza che vi siano altre sostanziali limitazioni. Infatti, nel ristabilire (in parte) l'obbligo di causale per le assunzioni a termine, il legislatore del 2018 non ha esteso tale disciplina al contratto "commerciale" tra agenzia e utilizzatore, abbandonando così il paradigma di parallelismo tra i due istituti. L'unica norma vigente diversa da quelle che la Cassazione considera è dunque la regola che impone di utilizzare il lavoratore per oltre 24 mesi solo se assunto a tempo indeterminato dall'agenzia. Tale regola è invero uno pseudo-limite, nel senso che la somministrazione oltre il termine non è vietata in assoluto, ma può continuare o essere rinnovata alla condizione indicata. La violazione implica invece la costituzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. Come si vedrà nella conclusione, tale ultima modifica potrebbe avere qualche possibile ricaduta rispetto all'applicazione dei principi enunciati dalla Corte.

Il confronto con i principi previsti dalla Direttiva 2008/104

Dopo la compiuta ricostruzione della normativa interna, la Corte ha verificato la compatibilità della stessa con la Direttiva 2008/104 in materia di lavoro tramite agenzia. Il primo elemento ricavato dall'esame della normativa europea è che essa fa della "temporaneità" il carattere centrale dell'istituto: all'art. 3, infatti, le definizioni di lavoratore, agenzia, utilizzatore e missione hanno tutte il cardine nell'invio presso un'impresa utilizzatrice per prestare temporaneamente opera. Nell'ottica europea, spiega la Corte, la temporaneità non si riferisce a posti non permanenti nell'organico dell'utilizzatore, come invece era stato nel nostro ordinamento: tale caratteristica non attiene al posto di lavoro, bensì alle modalità della messa a disposizione del lavoratore. In coerenza con quanto precede, afferma la Corte, la Direttiva impone poi agli Stati di prevenire missioni successive con lo scopo di eluderne le disposizioni (c. 5 art. 5). La Corte sottolinea come la Direttiva miri a conciliare le esigenze di flessibilità delle imprese con quelle di sicurezza dei lavoratori anche sul piano della stabilità del rapporto, in particolare indicando nel contratto di lavoro a tempo indeterminato la forma comune di impiego (considerando 15) e stabilendo il diritto dei lavoratori ad essere informati dei posti vacanti presso l'utilizzatore ed il divieto di impedire la stipulazione di un contratto di lavoro con esso (art. 6). La giurisprudenza della Corte di Giustizia, ampiamente richiamata,

ha chiarito che l'art. 5 c. 5, pur non imponendo di adottare regole predeterminate (come stabilire ad esempio una durata massima o imporre ragioni oggettive per il ricorso alla somministrazione), impone agli Stati membri di preservare la natura temporanea del lavoro tramite agenzia. La sentenza del 17.03.2022 della Corte di Giustizia (C-232/20) afferma che missioni successive che conducano ad una durata complessiva maggiore di quella che potrebbe ragionevolmente considerarsi "temporanea" potrebbero denotare un ricorso abusivo ai sensi dell'art. 5 c. 5.

Ciò posto, viene in rilievo nel ragionamento della Cassazione l'obbligo del giudice nazionale di interpretare il diritto interno in modo coerente con il diritto europeo. La Corte traccia dunque un percorso per il giudice d'appello cui rinvia la decisione dei casi concreti. L'art. 5 c. 5 non ha infatti effetto diretto nell'ordinamento interno (stabilisce un obbligo per lo Stato) e dunque non è di per sé invocabile nelle liti tra privati, come quelle oggetto di giudizio. E tuttavia, a parere della Corte, il fatto che la legge interna non contenga alcuna previsione esplicita sulla durata temporanea del lavoro tramite agenzia non impedisce di considerare tale requisito come implicito ed immanente, in conformità agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione, non comportando una simile lettura una interpretazione contraria alla legge. La possibilità di interpretazione conforme delle norme nazionali deve basarsi, argomenta la Corte, anche sulle disposizioni interne che disciplinano in generale gli effetti di condotte elusive e tra queste l'art. 1344 cod.

civ. (che definisce il contratto in frode alla legge, cioè quello avente causa illecita perché mezzo per eludere una norma imperativa), in combinato disposto con l'art. 1418 cod. civ. (che ne sancisce la nullità). Il giudice di merito dovrebbe dunque, nel caso concreto, valutare se, quando non viene fornita alcuna spiegazione oggettiva al fatto che l'impresa utilizzatrice ricorra ad una corposa successione di somministrazioni, una delle disposizioni della Direttiva 2008/104 venga aggirata, a maggior ragione laddove ad essere assegnato all'impresa utilizzatrice in forza dei contratti successivi in questione sia sempre lo stesso lavoratore.

Questa parte finale del ragionamento della Corte può forse apparire un po' tautologica, almeno nella parte in cui sembra indicare la norma imperativa violata dal privato nell'art. 5 c. 5 della Direttiva, che appunto non ha effetto diretto. Se non è agevole infatti desumere un carattere di temporaneità nel complessivo impianto della disciplina nazionale della somministrazione, soprattutto nella versione considerata dalla Corte, si sarebbe forse potuta valorizzare in tal senso l'esistenza della somministrazione a tempo indeterminato, a fronte della quale la scelta dell'utilizzatore di ricorrere a quella a tempo determinato, almeno dopo una certa durata ed un certo numero di rinnovi, potrebbe apparire meno giustificata.

E' assai significativo, poi, che la Corte ritenga valutabili anche i contratti di somministrazione precedenti, che il lavoratore non abbia impugnato nel termine di 60 giorni previsto dall'art. 32, c. 4, lett. d), l. 183/2010 (applicabile al

caso in cui, come nell'azione contro l'utilizzatore, si chiede l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto). Infatti, spiega la Corte, se a fronte della mancata impugnazione quelle vicende contrattuali non possono essere fonte di azione diretta, ciò non impedisce che rilevino quali antecedenti storici per verificare se la reiterazione delle missioni presso la stessa impresa utilizzatrice abbia oltrepassato il limite di una durata ragionevolmente temporanea. Una diversa interpretazione della norma sulla decadenza, afferma la Corte, si porrebbe in contrasto con la Direttiva. Tale conclusione è particolarmente opportuna, considerando che altrimenti al lavoratore sarebbe addossato l'onere spropositato ed

irragionevole di dover impugnare, nel breve termine di 60 giorni, tutti i contratti incluso il primo magari brevissimo, quando il problema della reiterazione neppure si pone ancora e quasi certamente con l'effetto di non essere più somministrato e perdere l'impiego.

Si noti poi che la Corte non escluda un ricorso abusivo alla somministrazione a termine nel caso di somministrazione di lavoratori anche diversi, fattispecie finora mai limitata.

Come anticipato, le sentenze esaminate enunciano principi che sembrano applicabili anche nel vigore della disciplina attuale, con una precisazione. Il considerando 15 della Direttiva afferma che *“nel caso dei lavoratori legati all'agenzia interinale*

da un contratto a tempo indeterminato, tenendo conto della particolare tutela garantita da tale contratto, occorrerebbe prevedere la possibilità di derogare alle norme applicabili nell'impresa utilizzatrice”. La regola che oggi impone di non prolungare le missioni oltre 24 mesi in mancanza di assunzione a tempo indeterminato da parte dell'agenzia può avere il duplice effetto di essere base: da un lato, per desumere un certo carattere di “temporaneità” delle missioni nella normativa nazionale, almeno ove la sua mancanza non sia compensata sul piano del rapporto di lavoro; dall'altro lato, per escludere questi lavoratori dalla tutela oggi offerta dall'art. 5 c. 5 come interpretato dalla Cassazione. ■

FLASH

Anche in presenza di una clausola sociale il subentrante può rifiutare l'assunzione per inidoneità del lavoratore a svolgere le mansioni

Con la Sentenza n. 22212/2022 la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro ha confermato la sentenza della Corte d'Appello di Reggio Calabria secondo cui anche in presenza di una clausola del contratto collettivo che obbliga l'azienda subentrante in un appalto ad assumere il personale precedentemente impiegato dall'azienda uscente, chi subentra può rifiutare l'assunzione in presenza di una inidoneità del lavoratore a svolgere le mansioni previste. Nel caso esaminato dalla Suprema Corte, in particolare, un lavoratore di un appalto relativo alla gestione dei rifiuti e destinatario della clausola sociale era stato condannato, nel mentre, per spaccio di stupefacenti. Questo, ad avviso dell'azienda subentrante, rendeva incompatibile lo svolgimento delle mansioni cui doveva essere assegnato e si rifiutava così di assumerlo. Il lavoratore conveniva pertanto in giudizio l'azienda subentrante sostenendo il proprio diritto all'assunzione in forza della clausola sociale. La Corte d'Appello di Reggio Calabria, però, ha respinto la richiesta ritenendo che il mancato adempimento dell'obbligo di assunzione derivante dalla clausola sociale ad opera dell'azienda subentrante non esponesse la stessa ad alcuna responsabilità, in quanto impossibilitata, ai sensi dell'art. 1218 cc, ad adempiere al medesimo. Impossibilità rilevabile nella condanna penale inflitta al lavoratore, dal momento che un fatto di tale gravità rende inidoneo il lavoratore ad adempiere alle mansioni che avrebbe dovuto svolgere. La Cassazione, quindi, nel confermare la decisione calabrese in questione di fatto ammette che la clausola sociale ed il diritto all'assunzione che ne consegue non è assoluto, ma conosce i limiti derivanti dai principi generali, compreso quello di cui all'art. 1218 cc che esonera, senza conseguenze, dall'adempimento dell'obbligo in presenza di una impossibilità oggettiva. È auspicabile che una simile applicazione dei principi generali resti limitata ai soli fatti riconducibili a condotte di estrema gravità del lavoratore, tali da integrare una giusta causa di licenziamento; dovendosi ritenere invece esclusa ogni valutazione in merito all'idoneità del lavoratore da riassumere in forza di una clausola sociale.