

07 / 2017

DIRITTI & LAVORO FLASH

idee e strumenti per il sindacato

TUTTI GIU' PER TERRA

La Corte di giustizia mette un argine al dumping nel trasporto aereo

Circolare dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro sul "nuovo" lavoro occasionale

La questione di costituzionalità sul contratto a tutele crescenti

La Corte europea dei diritti dell'uomo su controllo della mail aziendale e diritto alla riservatezza

Riforma Madia: le novità su accesso, lavoro flessibile e contrattazione collettiva

07

Agosto - Settembre 2017

04

La Corte di giustizia sconfessa Ryanair ma la guerra contro il dumping nell'UE non è ancora vinta

di Giovanni Orlandini

06

Sollevata la questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti. E in gioco ci sono anche le fonti internazionali

di Andrea Ranfagni

10

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora sui poteri di controlli del datore: stavolta a favore del lavoratore

di Francesca Bassetti

12

RIFORMA PA/3
reclutamento, lavoro flessibile,
stabilizzazioni, contrattazione

di Andrea Ranfagni

15

L'Ispettorato Nazionale del Lavoro prova a far luce sull'utilizzo irregolare del lavoro occasionale: ma resta il rischio dell'abuso

di Ivan Petrone

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato Scientifico

Avv. Andrea Danilo Conte
Avv. Fabio Rusconi

In redazione

Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Livia Irtinni
Adele Pasquini
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

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

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

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

Crediti fotografici

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

La Corte di giustizia sconfessa Ryanair

ma la guerra contro il dumping
nell'UE non è ancora vinta

di Giovanni Orlandini

Settembre del 2017 sarà certo ricordato come il *mensis horribilis* della Ryanair e, forse, come l'inizio della fine del modello delle compagnie aeree low cost. Questo almeno è quanto si augurano i lavoratori sulla pelle dei quali quel modello è stato costruito. A contribuire alla crisi della compagnia irlandese è intervenuta anche la Corte di giustizia, che, con la sentenza Nogueira del 14 settembre, ne censura le pratiche elusive grazie alle quali da anni questa attua il dumping salariale e contributivo in giro per l'Europa.

I giudici europei sono stati chiamati a risolvere una questione sollevata da alcuni membri del personale di volo di Ryanair nell'ambito di una serie di controversie che li opponeva al proprio datore davanti al tribunale di Mons, in Belgio. In base a quanto espressamente previsto dai loro contratti di lavoro, il giudice belga avrebbe dovuto dichiararsi incompetente, avendo i lavoratori sottoscritto una clausola che individuava come foro competente quello irlandese, ovvero quello del paese di immatricolazione degli aeromobili.

I criteri per individuare il giudice competente in una controversia internazionale

I criteri per individuare i giudici competenti a dirimere controversie di rilievo internazionale sono però dettati dal regolamento CE n.44/2001 (c.d. Bruxelles-I), che ha sostituito la previgente Convenzione di Bruxelles del 1968 (e che a sua volta è stato poi sostituito dal regolamento n. 1215/12, non applicabile ancora ai fatti di causa); ragione per cui il giudice belga ha rimesso alla Corte di giustizia il giudizio in merito alla conformità al regolamento della clausola di selezione del foro contenuta nei contratti di lavoro "standard" della Ryanair. Ed i passaggi che hanno portato i giudici europei a concludere per l'illegittimità di tale clausola sono tanto chiari quanto ineccepibili.

In base all'art.19 del regolamento Bruxelles-I il lavoratore può scegliere di agire davanti ai giudici dello Stato membro nel quale il datore di lavoro ha il suo domicilio o dinanzi al giudice del luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la propria attività o, qualora tale attività non sia svolta in un solo paese, dinanzi al giudice del luogo in cui è situata la sede d'attività presso la quale il lavoratore è stato assunto. Si tratta di criteri che rispondono all'esigenza di tutelare il lavoratore in quanto parte debole del rapporto di lavoro e di permettergli di incardinare la controversie presso il giudice che egli considera più vicino ai suoi interessi. Sono quindi criteri speciali ed esaustivi, non derogabili dalle parti: il che rende illegittima una clausola contrattuale che limiti il diritto del lavoratore di utilizzarli.

Nel caso di specie si trattava in conclusione di valutare se il paese di immatricolazione degli aeromobili potesse considerarsi "luogo in cui il lavoratore svolge abitualmente la sua attività".

Il luogo di svolgimento abituale dell'attività del lavoratore

Per chiarire il significato di tale criterio selettivo, la Corte di giustizia richiama la propria giurisprudenza relativa all'interpretazione dell'art. 6 della Convenzione di Roma; norma quest'ultima deputata ad individuare la legge applicabile ai contratti di lavoro e che, per far ciò, ricalca la lettera del regolamento Bruxelles-I.

Nell'interpretare l'art. 6 della Convenzione di Roma (oggi sostituito dall'art. 8 del c.d. regolamento Roma I, non ancora applicabile ai fatti di causa), i giudici di Lussemburgo hanno ripetutamente affermato che il criterio in questione deve essere interpretato in senso ampio, in modo da renderlo funzionale all'identificazione del luogo con il quale la controversia presenta il nesso più significativo. Perciò, se non è facilmente accertabile un centro effettivo delle attività del lavoratore, si deve considerare il luogo nel quale, o a partire dal quale, il lavoratore adempie la parte più importante delle sue obbligazioni nei confronti del proprio datore.

Per identificare questo luogo, il giudice deve tener conto di una serie di elementi, quali il luogo a partire dal quale il lavoratore effettua le sue missioni di trasporto, dove ritorna dopo le sue missioni, riceve le istruzioni sulle sue missioni e organizza il suo lavoro, nonché il luogo in cui si trovano gli strumenti lavorativi; nel settore del trasporto aereo, rileva anche il luogo in cui sono stazionati gli aerei a bordo dei quali l'attività viene svolta abitualmente. Nessun rilievo invece può essere attribuito alla nazionalità degli aeromobili, che evidentemente può dipendere da scelte del datore che nulla dicono in merito al paese con il quale il contratto di lavoro presenta effettivamente un nesso significativo.

La nozione di "base di servizio"

Nel settore del trasporto aereo, tra gli elementi che devono essere considerati per individuare il luogo di svolgimento abituale dell'attività, vi è anche la "base di servizio" del personale di volo; nozione anch'essa contenuta nella normativa dell'UE e finalizzata ad identificare il paese presso il cui sistema previdenziale il lavoratore deve essere iscritto. In particolare, nell'allegato III del regolamento n. 3922/91 (concernente l'armonizzazione di regole tecniche e di procedure amministrative nel settore della sicurezza dell'aviazione civile) la base di servizio è definita come il luogo a partire dal quale il personale di volo inizia e dove conclude sistematicamente la sua giornata lavorativa organizzandovi il proprio lavoro quotidiano e in prossimità del quale i lavoratori, durante il periodo di esecuzione del loro contratto di lavoro, hanno stabilito la loro residenza e sono a disposizione del vettore aereo.

La Corte ricorda che la nozione di "base di servizio" non necessariamente coincide con quella di "luogo di svolgimento abituale dell'attività", perché le due nozioni sono contenute in atti normativi distinti e svolgono funzioni diverse; tuttavia tra di esse vi è un'evidente sovrapposizione, tant'è che per escluderne la coincidenza va provata l'esistenza di indizi che segnalino l'esistenza di un collegamento più stretto della controversia con un diverso paese da quello della base di servizio.

Nei casi oggetto delle controversie, la base di servizio era chiaramente identificata nell'aeroporto di Charleroi, in Belgio. Ed anche tenendo conto degli altri indizi, il Belgio va considerato il paese nel quale il personale di volo della Ryanair ha svolto abitualmente la sua attività: da ciò la competenza dei giudici belgi e non di quelli irlandesi.

Visto poi che i principi che valgono ad identificare il giudice competente rilevano anche per selezionare la legge applicabile al contratto di lavoro, la controversia sarà decisa in base alle norme di diritto del lavoro vigenti in Belgio e non in base al diritto irlandese.

I persistenti limiti all'azione di contrasto al dumping previdenziale

La Corte di giustizia sconfessa dunque totalmente la pretesa di Ryanair sia di incardinare in Irlanda le controversie con i propri dipendenti, sia di applicare ai loro contratti di lavoro la legislazione irlandese. Analogamente sconfessata è la prassi di Ryanair di eludere gli oneri previdenziali iscrivendo i propri dipendenti in Irlanda e non nei (di norma più costosi) sistemi di sicurezza sociale del paese dove si trova la "base di servizio".

Sotto quest'ultimo profilo, però, il diritto dell'UE non fornisce ancora agli Stati membri strumenti adeguati per contrastare il dumping. L'ostacolo principale è rappresentato dal divieto di doppia imposizione, inderogabilmente sancito proprio dal diritto dell'UE, che porta ad attribuire agli organi dell'Unione l'esclusiva competenza a dirimere eventuali controversie tra gli istituti previdenziali nazionali. In altre parole, se un lavoratore è iscritto presso il sistema previdenziale di un paese straniero, non può essere iscritto unilateralmente presso l'INPS, ma quest'ultimo deve sollevare la questione davanti alla speciale commissione amministrativa con sede a Bruxelles; e se la controversia tra gli enti previdenziali nazionali non trova soluzione in questa sede, non resta che chiamare in causa la Corte di giustizia per dirimerla. In questi termini si è recentemente espressa la Corte di giustizia nella sentenza A-Rosa Flussschiff GmbH del 27 aprile scorso, censurando l'operato degli ispettori del lavoro francesi.

E sono proprio le norme che regolano a livello europeo il coordinamento tra i sistemi di sicurezza sociale nazionali a rendere possibile il dumping, anche al di fuori del settore del trasporto aereo. L'art. 12 del regolamento UE n. 883/04 permette infatti ad un'impresa stabilita in uno Stato membro di fare lavorare un proprio dipendente sul territorio di un altro Stato per 24 mesi (per altro prorogabili) senza iscriverlo al suo sistema previdenziale.

Il regolamento 883/04 è attualmente oggetto di un processo di revisione, che si sta dimostrando estremamente faticoso e che difficilmente potrà portare a rivedere la disciplina vigente sotto il profilo che qui più interessa. La strada per rendere l'Unione europea un mercato nel quale la concorrenza non si giochi sul costo del lavoro e sui diritti dei lavoratori, è dunque ancora molto lunga. ■

Sollevata la questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti

E in gioco ci sono anche le fonti internazionali

di Andrea Ranfagni

Il Tribunale di Roma, con l'Ordinanza del 26 luglio 2017 (estensore Dott.ssa Maria Giulia Cosentino) ha sollevato, davanti alla Consulta questione di legittimità costituzionale sulle disposizioni contenute nel d.lgs. n. 23/2015, relative al cosiddetto "contratto a tutele crescenti".

Come noto, trattasi di uno degli interventi più discussi contenuti nella Riforma del Mercato del Lavoro varata dal Governo Renzi nel corso del 2015 e che prende il nome di "Jobs Act". In forza del suddetto decreto, per chi è stato assunto dopo il 7 marzo 2015 da aziende che occupano più di 15 dipendenti, non trova più applicazione il diritto alla reintegra nei casi di licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 18, l. n. 300/1970 (cosiddetto Statuto dei Lavoratori), bensì il diritto ad una mera indennità che aumenta in proporzione all'anzianità di servizio maturata. Più nello specifico, si è previsto il diritto ad un'indennità pari a 2 mensilità per anno di servizio, per un minimo di 4 ed un massimo di 24, ridotta a 1 mensilità per anno di servizio, per un minimo di 2 ed un massimo di 12, nei casi di vizi del licenziamento "meno gravi", quali quelli di

natura procedurale.

La possibilità di un rinvio alla Corte Costituzionale della normativa era nell'aria da tempo e, finalmente, è arrivata l'occasione. Prima di soffermarci sui singoli profili d'illegittimità costituzionale, il Tribunale di Roma ha sentito però il bisogno di precisare e premettere che i dubbi circa il contrasto con la Costituzione non si ravvisano in ragione dell'avvenuta eliminazione della tutela reintegratoria (la quale comunque permane, ricordiamo, nei casi di licenziamento nullo e discriminatorio), quanto in relazione alla consistenza e all'adeguatezza dell'indennizzo.

Il Giudice romano ha fatto questa precisazione tenendo conto delle precedenti sentenze della Corte Costituzionale, nelle quali i giudici delle leggi hanno avuto modo di precisare che ben possono esserci sanzioni diverse dalla reintegra nel caso di licenziamento illegittimo, purché, appunto, siano adeguate (in particolare, si vedano Sentenze n. 46/2000 e 303/2011). Un principio, quest'ultimo, analogo a quello già espresso dalla Corte di Giustizia UE e

dalla stessa Consulta per ciò che concerne le misure sanzionatorie nei casi di utilizzo reiterato di contratti a termine illegittimi, nell'ambito del contenzioso sviluppatosi nel Pubblico Impiego e che, come noto, ha portato a ritenere possibile sostituire la sanzione della trasformazione a tempo indeterminato del rapporto (valevole nel settore privato), con misure risarcitorie (oggi valevoli nel settore pubblico).

Vediamo adesso quali sarebbero le disposizioni della Costituzione che, ad avviso del Tribunale di Roma, sarebbero violate dalla nuova disciplina del licenziamento.

Violazione dell'art. 3 Costituzione per irragionevole differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti

Un primo profilo d'illegittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti viene ravvisato nella violazione del principio di uguaglianza, sancito, come noto, dall'art. 3 della Costituzione.

Più nello specifico, il Tribunale di Roma ha ravvisato tale violazione nelle

differenze di trattamento, rispetto a situazioni simili, che una normativa come quella contenuta nel d.lgs. n. 23/2015 determina tra gli assunti prima del 7 marzo 2015 e gli assunti dopo tale data. Per i primi, infatti, continua a trovare applicazione l'art. 18, Statuto dei Lavoratori, il quale, seppur affievolito dalla Riforma Fornero (l. n. 92/2012), garantisce in ogni caso una compensazione nei casi di licenziamento illegittimo che il Giudice romano ritiene adeguata. Si ricordi, infatti, che se, come detto, non trova sempre e comunque applicazione la reintegra, in alternativa ad essa è previsto un risarcimento, determinabile dal giudice e non operante in automatico, che va dalle 12 alle 24 mensilità o, nel caso di vizi procedurali, dalle 6 alle 12 mensilità.

Di "adeguatezza" non può invece parlarsi per quanto riguarda le misure sanzionatorie del d.lgs. n. 23/2015, le quali, osserva il Tribunale di Roma, non consentono al giudice di valutare in concreto il pregiudizio sofferto dal lavoratore, andando così ad apprestare in modo del tutto irragionevole tutele differenziate a situazioni simili nella sostanza.

Non solo, ma la mancanza di adeguata compensazione emergerebbe dal paragone con i vantaggi che trae il datore di lavoro grazie agli sgravi contributivi per i primi 36 mesi, previsti dalla l. n. 190/2014, ben superiori alle condanne che deve sopportare per aver licenziato illegittimamente un dipendente, con ciò delineandosi un sistema che incentiva comportamenti opportunistici. Precisa poi il Tribunale di Roma, che tale incentivo all'inadempimento nega quella che, anche secondo l'insegnamento della Corte di Cassazione (si vedano Sentenze Cassazione, Sezioni Unite, n. 16601/2017 e n. 9100/2015), sarebbe la funzione di un risarcimento del danno, ovvero dissuadere da comportamenti illegittimi e non, appunto, incentivarli.

Un sistema sanzionatorio del genere determina così una tale differenza di trattamento tra vecchi e nuovi assunti, da indurre le aziende che intendano ridurre il personale a licenziare prioritariamente i secondi.

Il Giudice romano, infine, rileva come la disparità di trattamento irragionevole non emergerebbe solo dal confronto tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, ma anche tra chi è

destinatario di un licenziamento affetto da vizi macroscopici e chi è destinatario di un licenziamento affetto da vizi più lievi, come quelli procedurali. Non solo, ma la disparità emergerebbe anche dal confronto tra dirigenti e lavoratori privi di qualifica dirigenziale, dal momento che i primi, non soggetti alla nuova disciplina, continueranno a godere di indennizzi di importo minimo e massimo ben più consistenti.

Le argomentazioni del Giudice romano paiono convincenti. La disparità di trattamento tra vecchi e nuovi assunti è evidente, proprio in virtù dell'enorme divario che in punto di tutele nei casi di licenziamento illegittimo si ha tra quanti godono dell'art. 18, SL e quanti sono soggetti alla disciplina di cui al d.lgs. n. 23/2015.

Nelle argomentazioni utilizzate dal Tribunale di Roma, tuttavia, si coglie una valutazione eccessivamente positiva del sistema delineato dalla Riforma Fornero (cioè del nuovo art. 18, SL emerso a seguito della l. n. 92/2012), dove, appunto, permane la discrezionalità del giudice nel determinare la sanzione e sono previsti tipi di sanzione diversi a seconda della gravità del vizio riscontrato. Tutti aspetti, come detto, mancanti nel nuovo sistema delineato dal Jobs Act. Le molteplici incoerenze applicative cui la riforma del 2012 ha dato origine avrebbero meritato una valutazione più accurata, che avrebbe forse portato ad una meno perentoria conclusione in merito alla sua piena tenuta costituzionale.

Violazione degli artt. 4 e 35 della Costituzione

Ad avviso del Tribunale di Roma, la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 23/2015 violerebbe anche gli artt. 4 e 35 della Costituzione. La prima disposizione afferma che "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto". La seconda, invece, al comma 1, afferma che "la Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni".

Ciò che ha portato il giudice romano a ritenere non conforme a dette disposizioni il Jobs Act è in particolare il riflesso che il nuovo sistema sanzionatorio (equiparato ad una sostanziale libertà di licenziare) produce sulle dinamiche quotidiane del

rapporto di lavoro.

Il Giudice romano, cioè, evidenzia come il contratto a tutele crescenti renda instabile il rapporto di lavoro, riducendo sul luogo di lavoro la forza contrattuale del lavoratore, il quale si trova già, per sua natura, in una posizione di debolezza rispetto al proprio datore di lavoro. Ciò finisce per ripercuotersi sulla possibilità del lavoratore di rivendicare i propri diritti, ove negati, di esercitare le proprie libertà fondamentali come quella di espressione e di dissenso, di difendere la propria dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, nonché di attivarsi sindacalmente.

C'è da dire che l'Ordinanza romana risulta particolarmente sintetica su questo profilo di incostituzionalità, che avrebbe meritato un maggior sviluppo argomentativo. Ad avviso di chi scrive, il vero "nocciolo della questione" risiede proprio in questo aspetto, che coglie la ratio più profonda della riforma del 2015.

Indebolendo drasticamente la forza contrattuale del lavoratore, la riforma contraddice la funzione storica del diritto del lavoro, che è quella, appunto, di riequilibrare i rapporti di forza sul luogo di lavoro; il che avviene, in primo luogo, sottraendo al datore il potere ricattatorio del licenziamento arbitrario.

Il discorso potrà sembrare più politico che di stretto diritto, ma tale non è perché tocca i principi lavoristici che ispirano il nostro modello costituzionale.

La stessa Corte Costituzionale, cui oggi viene rimessa una questione così importante come quella in analisi, ha d'altra parte più volte esaminato la questione. Ciò è avvenuto specialmente in tema di individuazione del momento di decorrenza del termine quinquennale di prescrizione dei crediti del lavoratore. Proprio la Corte Costituzionale, infatti, ha risolto la questione vari anni fa, affermando che la debolezza contrattuale in cui viene a trovarsi il lavoratore privo della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, impedisce a quest'ultimo di rivendicare i propri diritti durante il rapporto di lavoro. Di qui la regola per cui la prescrizione, nelle aziende in cui non trovava applicazione l'art. 18 SL nella sua versione originaria, decorre dalla fine del rapporto e non, come negli altri casi, già in costanza di rapporto.

I riflessi della nuova disciplina sugli equilibri contrattuali sono dunque

questione di assoluta centralità, che meritavano maggior attenzione da parte del Tribunale di Roma. Tra l'altro, proprio dal continuo confronto con la Legge Fornero operato dall'Ordinanza in commento, si potrebbe ricavare implicitamente la negazione della condizione di debolezza contrattuale per i lavoratori tutelati dal vigente art. 18; il che contrasterebbe con l'opinione espressa dal Tribunale di Milano, per cui, dopo la riforma Fornero, non è più possibile parlare di garanzia della stabilità del rapporto (non essendo questa conseguenza automatica della dichiarazione di illegittimità del licenziamento), con conseguente decorrenza del termine di prescrizione dalla cessazione del rapporto.

Violazione degli artt. 76 e 117 della Costituzione, per contrasto con la Carta di Nizza, la Convenzione OIL e la Carta Sociale Europea

Un terzo profilo d'illegittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti riscontrato dal Tribunale di Roma attiene alla violazione dell'art.117 della Costituzione che vincola l'Italia al rispetto dell'ordinamento comunitario e delle norme internazionali elaborate dalle organizzazioni cui il nostro paese aderisce (cedendo parte della propria sovranità nazionale). La questione di costituzionalità è stata posta anche con riferimento all'art. 76 che vincola il governo ad attuare la delega legislativa nei limiti dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega; nel caso, dunque, dalla legge n. 183/14 che prescrive al governo la "coerenza con la legislazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali".

Sulla base di ciò, il Giudice romano giunge così a ritenere che le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 23/2015 non siano conformi all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, alla Convenzione OIL n. 158/1982 sui licenziamenti ed all'art. 24 della Carta Sociale Europea. Tutte disposizioni, queste, che recepiscono il principio per cui al lavoratore deve essere garantita una "adeguata" tutela nei casi di licenziamento illegittimo e rafforzano così i ragionamenti esposti dal Giudice romano con riferimento alla violazione degli art. 3, 4 e 35 Costituzione.

I riferimenti alla Carta dei diritti ed alla Convenzione OIL n.158/1982

difficilmente però possono portare ad un vizio di costituzionalità; la prima infatti non è invocabile al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE (ed il d.lgs. 23/15 non attua alcuna normativa europea); la seconda non è stata sottoscritta dall'Italia. Ben altra considerazione invece merita l'art. 24 della Carta Sociale Europea, cui l'Italia aderisce e sul quale non a caso Tribunale di Roma si è soffermato maggiormente.

La norma impone di garantire ai lavoratori licenziati senza valido motivo "un congruo indennizzo o altra adeguata compensazione" ed a chiarirne il significato è competente il Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS) con sede a Bruxelles, eventualmente anche decidendo su "ricorsi collettivi" promossi dai sindacati nazionali o da altre organizzazioni rappresentative di interessi.

Di particolare interesse è quanto affermato dal CEDS in due decisioni (n. 106 e 107/2014) relative al regime di licenziamento vigente in Finlandia, nel quale è esclusa la possibilità di ottenere la reintegra ed è previsto un tetto massimo di 24 mensilità all'indennizzo. Nel censurare tale normativa come contraria all'art. 24, il CEDS ha ricordato che per "adeguata compensazione" deve intendersi quella che include il rimborso delle perdite economiche subite tra la data del licenziamento e la decisione del ricorso; la possibilità di reintegrazione; la compensazione ad un livello sufficientemente elevato per dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal dipendente. A fortiori, dunque, dovrebbe ritenersi incompatibile con gli standard europei una normativa che, come quella italiana, fissa rigidamente l'importo dell'indennizzo, privando il giudice della possibilità di commisurare l'indennizzo al danno prodotto dalla perdita del posto di lavoro.

Il Tribunale di Roma non manca però di evidenziare che le decisioni della CEDS non sono vincolanti per gli Stati membri. Quest'organismo è infatti composto da esperti nazionali e non ha natura giurisdizionale (al contrario della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo). Le decisioni con le quali risponde ai ricorsi collettivi contengono una mera censura "politica" agli Stati ed al più possono sfociare in una raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, anch'essa non vincolante, con la quale lo Stato parte

in causa è invitato a rispettare gli obblighi derivanti dalla adesione alla Carta.

Nonostante ciò, comunque, il Tribunale di Roma osserva come la Carta Sociale debba, al pari della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU), essere considerata come "norma interposta", quindi parametro di valutazione della legittimità costituzionale delle disposizioni interne per contrasto con l'art. 117, Costituzione. Per la verità la Corte costituzionale non si è mai espressa sul punto, e non è mai giunta ad equiparare la Carta sociale alla CEDU nei giudizi di costituzionalità. Pende a tal riguardo, sempre davanti alla Consulta, una questione sollevata dal Consiglio di Stato (con l'ordinanza n. 2043 del 4 maggio scorso) che attiene al divieto dei militari di costituire ed aderire ad organizzazioni sindacali, e per decidere la quale è stato chiesto alla Corte di valutare, appunto, se la Carta sociale abbia o meno natura di "norma interposta" ai sensi dell'art.117, Costituzione. La sentenza sulla libertà sindacale dei militari dovrebbe giungere prima di quella relativa al Jobs Act ed è quindi destinata a ripercuotere su di essa i suoi effetti.

Anche negando valore di norma interposta alla Carta sociale, nel decidere sulla costituzionalità del regime sanzionatorio previsto dal d.lgs. 23/15 la Corte non potrà però non considerare le fonti internazionali, quanto meno come parametro interpretativo utile per leggere le norme della Costituzione. E questo è quanto suggerisce lo stesso giudice rimettente. D'altra parte le fonti sovranazionali del lavoro si pongono ormai come canone interpretativo che i giudici nazionali non possono ignorare per operare una lettura delle norme interne dinamica e sintonica con l'ordine pubblico internazionale. E questo valore ad esse è stato più volte riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale; da ultimo, nella sentenza n. 178/15 con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità del blocco della contrattazione nel pubblico impiego; ma anche, ben prima e proprio in relazione alla disciplina del licenziamento, con la sentenza 46/2000 con la quale l'ammissibilità del referendum sull'art. 18 è stata decisa anche tenendo conto del rilievo che l'art. 24 della Carta sociale ha nell'ordinamento italiano.

Il reclamo al Comitato europeo dei diritti sociali presentato dalla CGIL

La portata dei principi contenuti nell'art. 24 della Carta assume dunque un rilievo decisivo nel giudizio di costituzionalità. Per questo potrebbero configurarsi intrecci virtuosi tra il giudizio pendente davanti alla Consulta ed il reclamo collettivo presentato davanti al CEDS dalla CGIL i primi di ottobre.

Il reclamo riguarda esattamente la stessa questione sulla quale è chiamata ad esprimersi la Corte costituzionale, ovvero il possibile contrasto del regime sanzionatorio previsto dal d.lgs. 23/15 con l'art. 24 della Carta sociale. Visti i precedenti sopra richiamati (specie quello relativo alla Finlandia), l'ipotesi di una censura al legislatore italiano è tutt'altro che improbabile. Se questa censura intervenisse prima della decisione della Consulta, per escludere il vizio di costituzionalità i Giudici delle leggi dovrebbero o dichiarare irrilevante la Carta sociale per l'ordinamento italiano, o fornire un'interpretazione dell'art. 24 diversa da quella dell'organo istituzionalmente deputato ad interpretarlo a livello sovranazionale. D'altra parte, l'esito positivo del reclamo fornirebbe un più solido appiglio ad un eventuale giudizio di incostituzionalità.

In breve, pur non essendo la Corte vincolata dal giudizio del CEDS, è difficile che quest'ultimo possa essere semplicemente ignorato.

Le possibilità però che questo scenario si concretizzi sono al momento basse. I tempi più lunghi della decisione del CEDS rendono infatti quasi inevitabile che la sentenza della Corte costituzionale arrivi prima di quella degli esperti di Strasburgo. Sempre che entrambi gli organi (o almeno uno dei due) non valutino l'opportunità di programmare diversamente i tempi delle loro decisioni. Ma ovviamente si tratta di una possibilità sulla quale al momento è possibile solo congetturare. ■

FLASH

LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO DELL'APPRENDISTA: NON SPETTA IL RISARCIMENTO

Non spetta nessun risarcimento del danno all'apprendista illegittimamente licenziato durante il periodo di formazione. Questo quanto affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 17373 del 13 luglio 2017, la quale ha stabilito che il licenziamento illegittimo intimato al lavoratore assunto con contratto di apprendistato comporta l'applicazione delle sanzioni previste per i contratti a tempo indeterminato, non potendo essere assimilato al recesso ante tempus nel rapporto di lavoro a tempo determinato.

La Suprema Corte è giunta a questa conclusione partendo dal presupposto che il rapporto di lavoro di apprendistato non può essere considerato alla stregua di un contratto sottoposto ad un termine di durata finale, ma, al contrario, rientra nella fattispecie del rapporto di lavoro a tempo indeterminato di natura bi-fasica, nel quale la prima fase è contraddistinta da una causa mista (al normale scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione si aggiunge, infatti, lo scambio tra attività lavorativa e formazione professionale), mentre la seconda fase - soltanto eventuale, perché condizionata al mancato recesso ex art. 2118 c.c. - rientra nell'ordinario assetto del rapporto di lavoro subordinato.

Nel caso in esame, un apprendista era stato illegittimamente licenziato prima della scadenza del periodo formativo. I giudici di prime e seconde cure avevano stabilito che, a fronte di un licenziamento illegittimo, al lavoratore spettasse il risarcimento del danno nella misura delle retribuzioni che sarebbero maturate dal licenziamento al termine del contratto di apprendistato.

La Suprema Corte, invece, ha ritenuto che il termine finale della formazione professionale non identifica un termine di scadenza del contratto, ma solo il termine della prima fase del rapporto, all'esito del quale, in assenza di disdetta, il rapporto (unico) continua con la causa tipica del lavoro subordinato: secondo la Cassazione, pertanto, non si può paragonare il recesso anticipato del contratto di apprendistato al recesso prima della scadenza di un contratto a tempo determinato.

Tale conclusione, afferma la Corte, trova riscontro anche nelle sentenze additive di accoglimento della Corte Costituzionale n. 169 del 28 novembre 1973 e n. 14 del 4 febbraio 1970, le quali hanno esteso l'intero corpus di norme di cui alla L. n. 604/1966 al contratto di apprendistato, proprio sul presupposto della sua assimilabilità all'ordinario rapporto di lavoro.

Per quanto riguarda il regime sanzionatorio, infine, alla stregua di un qualunque rapporto di lavoro a tempo indeterminato, la Corte afferma che troverà applicazione la tutela prevista dalla L. n. 604/1966 ovvero dall'art. 18 SL a seconda delle dimensioni della singola impresa. Per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, varrà invece il ben più tenue regime sanzionatorio previsto dal d.lgs. 23/15.

La Corte Europea dei diritti dell'uomo si pronuncia ancora sui poteri di controlli del datore: stavolta a favore del lavoratore

di Francesca Bassetti

La vicenda comincia con il licenziamento di un lavoratore in Romania, il quale, durante l'orario di lavoro, aveva utilizzato il proprio account in una chat (Yahoo Messenger), creato su richiesta dei superiori per corrispondere con i clienti, per scambiare messaggi istantanei con la propria fidanzata e con la famiglia. E' indubbio che l'uso privato degli strumenti di lavoro inclusi i software fosse stato espressamente vietato con comunicazione scritta del datore di lavoro. E' pure indubbio che, per contestare l'utilizzo vietato, il datore di lavoro fosse entrato sia nell'account lavorativo del dipendente sia in quello privato ed avesse estratto le conversazioni dei 7 giorni precedenti.

Sia il Tribunale che la Corte d'Appello rumeni avevano dichiarato il licenziamento legittimo ritenendo i controlli a distanza proporzionati e la privacy del dipendente violata entro la misura minima necessaria ad accertare i fatti.

Anche la Quarta Sezione della Corte Europea dei diritti dell'uomo, cui il lavoratore si era poi rivolto, aveva escluso la violazione del diritto alla privacy, con la sentenza *BĂRBULESCU v. ROMANIA* (Application no. 61496/08) del 12.1.2016 (già commentata criticamente in *Diritti & Lavoro Flash* n. 1/2016)

La Gand Chamber della Corte Europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla stessa vicenda con sentenza del 05.09.2017, ribaltando i giudizi precedenti e facendo eco all'unica opinione dissidente espressa da uno dei sette Giudici della Quarta Sezione, secondo il quale controlli massivi ed invasivi (non rispet-

tosì di una policy aziendale condivisa, trasparente, necessaria e proporzionata) costituiscono abuso dei poteri datoriali "come se il lavoratore non avesse venduto solo il proprio lavoro ma anche la propria vita personale" (p. 25 della sentenza della Quarta Sezione sopra citata).

La sentenza in commento fa nuova luce sul tema, con conclusioni condivisibili che meritano una riflessione anche nel nostro ordinamento, in cui il legislatore è recentemente intervenuto in modo incisivo sull'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori riformando modi e limiti del controllo a distanza dei lavoratori (nell'ambito del c.d. Jobs Act, d.lgs. 151/2015 e d.lgs. 185/2016).

La norma invocata davanti alla Corte è l'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, che sancisce il diritto di ciascuno al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza e, pertanto, obbliga gli Stati ad astenersi da ogni interferenza (salvo ciò sia consentito dalla legge e costituisca una misura necessaria per le ragioni legittime di cui al secondo paragrafo). Da tale divieto la Corte Europea ha fatto derivare per costante giurisprudenza in capo agli Stati membri anche "obblighi positivi", i quali si traducono, in poche parole, nel dovere di impedire in modo efficace e giustiziabile le interferenze eventualmente poste in essere dai privati. La norma è pertanto rilevante nel rapporto di lavoro, nel senso che lo Stato dovrà impedire le interferenze illecite da parte del datore di lavoro. Il punto cruciale, tuttavia, sta nell'individuare il limite di liceità delle interfe-

È ILLEGITTIMO IL LICENZIAMENTO DELLA LAVORATRICE IN GRAVIDANZA PER CHIUSURA DEL REPARTO

Con sentenza n. 22720 del 28 settembre 2017, la Corte di Cassazione ha affermato che non si può licenziare per cessazione dell'attività la lavoratrice madre durante la gravidanza, se la chiusura addotta come motivo del recesso interessa solo il reparto cui la dipendente è adibita e non si concretizza nella chiusura dell'intera azienda. In sostanza, la Corte ha ribadito che solo in caso di cessazione dell'intera attività aziendale è possibile risolvere il rapporto di lavoro con la lavoratrice. Nel caso di specie, una lavoratrice era stata licenziata durante il periodo di gravidanza all'esito di una procedura di licenziamento collettivo, avviata per chiusura del reparto cui era adibita la stessa dipendente. La Suprema Corte ha ritenuto nullo il predetto licenziamento, ricordando che l'art. 54 del D. Lgs. N. 151/2001 afferma il divieto assoluto di licenziamento delle lavoratrici dal periodo di inizio della gravidanza fino al compimento di un anno di età del figlio, ad eccezione di alcuni casi che sono tassativamente elencati nel Testo Unico, tra i quali vi è anche la cessazione dell'attività aziendale, ipotesi, quest'ultima, che tuttavia secondo gli Ermellini deve essere interpretata in senso restrittivo. Nell'interpretare tale clausola, in vero, un orientamento giurisprudenziale minoritario (cfr. C. Cass. n. 23684/2004) ha ritenuto che l'eccezione al divieto di licenziamento si applichi anche al caso in cui la chiusura dell'attività non interessi l'intera azienda, ma riguardi solo il reparto cui è adibita la dipendente, purché quest'ultimo sia dotato di una propria autonomia funzionale. La sentenza qui in commento, invece, rifiuta tale interpretazione e, in continuità con l'orientamento tutt'ora prevalente in sede di legittimità (affermato, in passato, dalla sentenza n. 10391/2005), afferma che l'art. 54 D. Lgs. N. 151/2001 introduce una deroga ad un principio di carattere generale, che ha lo scopo di tutelare un bene di rilevanza costituzionale, pertanto tale deroga non è suscettibile di interpretazione estensiva, né analogica. La Corte chiarisce altresì che la violazione del divieto di licenziamento si verifica anche quando il datore di lavoro adotti l'espedito di comunicare, già durante la gravidanza, la decisione di recedere dal rapporto con previsione dell'efficacia differita dell'atto al giorno successivo al compimento del primo anno di vita del figlio.

renze, tema reso indubbiamente cogente dalla vastissima potenzialità di controllo offerta, in particolare, dagli strumenti informatici.

La Grand Chamber doveva dunque stabilire se le Corti nazionali rumene (come espressione dello Stato), nel giudicare la vicenda sopra raccontata, avessero operato un corretto bilanciamento tra l'interesse del datore di lavoro di accertare fatti disciplinarmente rilevanti ed il diritto alla privacy del dipendente.

Come anticipato, la risposta è stata negativa. La Corte ha in primo luogo sottolineato come due siano i principi guida affinché i controlli sulle comunicazioni non siano fonte di abusi: proporzionalità e garanzie procedurali. In particolare, ne deriva che il lavoratore deve essere avvisato preventivamente degli scopi, dei metodi e della durata dei controlli con un'informazione chiara e dettagliata; deve essere preferito il controllo dei flussi di dati a quello dei contenuti delle comunicazioni, utilizzando tale seconda modalità solo ove non siano possibili monitoraggio meno invasivi e riducendo il numero di soggetti che ha accesso ai risultati; la necessità e proporzione dei controlli sui contenuti dei dati rispetto agli scopi del monitoraggio devono essere accertate con particolare rigore.

Nel caso di specie, la Corte ha applicato scrupolosamente tali principi, ritenendo che la semplice comunicazione del divieto di uso dei mezzi aziendali per scopi personali senza che il lavoratore fosse al corrente di poter subire il monitoraggio della chat e addirittura dei suoi contenuti da parte del datore di lavoro costituissero già di per sé una violazione non accettabile

del suo diritto alla riservatezza. Le pronunce delle Corti rumene, inoltre, a parere della Grand Chamber, non avevano tenuto in debito conto che il datore di lavoro non aveva neppure comunicato gli scopi cui il controllo era volto e dunque non ne avevano valutato la congruità rispetto ad esso.

L'insegnamento della Corte è chiaro: i controlli sugli strumenti informatici possono essere condotti, ma nel rispetto di un sistema di regole volto a tutelare il contrastante diritto fondamentale alla riservatezza del lavoratore.

La materia ha acquisito nuovo rilievo nell'ordinamento italiano con la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, il quale ora espressamente prevede l'utilizzabilità ad ogni fine, quindi anche disciplinare, dei dati legittimamente acquisiti sia attraverso sistemi di controllo che non abbiano come scopo quello di monitorare direttamente la prestazione (essendo l'installazione di simili sistemi ancora vietata, mentre è possibile che da strumenti installati esclusivamente esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro o per la tutela del patrimonio aziendale derivi un controllo indiretto, o collaterale), sia da "strumenti di lavoro", intendendosi per tali solo quelli direttamente utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione (come Yahoo messenger nel caso del lavoratore rumeno).

La legittimità dei controlli effettuati, e dunque l'utilizzabilità dei dati da essi ricavati, sono espressamente subordinati, però, a due condizioni enunciate dallo stesso art. 4 - che al dipendente sia data preventivamente adeguata informazione circa le modalità d'uso degli strumenti;

che i controlli siano effettuati nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 196/2003 e, dunque, anche delle delibere del Garante (che hanno efficacia vincolante ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. c) dello stesso decreto).

Per quel che qui interessa, la delibera n. 13 del 1.4.2007 del Garante per la Privacy in materia di controlli sugli accessi ad internet e sulla posta elettronica dei lavoratori detta regole analoghe a quelle espresse dalla Grand Chamber, alcune con un grado di dettaglio notevole (come la tipizzazione di alcuni software che non possono essere in ogni caso installati perché per propria natura volti al controllo della prestazione, tra cui quelli che consentano la lettura e della registrazione dei caratteri inseriti tramite la tastiera o l'analisi occulta di computer portatili affidati in uso ai dipendenti), altre generali come quelle esaminate dalla Corte (come la gradualità del monitoraggio, in base alla quale controlli più invasivi sono leciti solo se lo scopo non può essere raggiunto in altri modi).

La rigorosa lettura che la Grand Chamber offre delle regole a tutela della privacy del lavoratore, dunque, è un importante monito ad attuare il nuovo sistema risultante dalle modifiche al citato art. 4 senza sottovalutare l'importanza del rispetto di norme che, seppure non originariamente appartenenti al mondo lavoristico e non sempre dotate dello stesso carattere prescrittivo delle norme inderogabili, sono ormai parte degli strumenti di tutela del lavoro.

Si tratta in definitiva di una delle tante sfide imposte al lavoro dall'evoluzione della tecnologia e dalle nuove modalità di organizzazione aziendale. ■

RIFORMA PA/3

reclutamento, lavoro flessibile,
stabilizzazioni, contrattazione

di Andrea Ranfagni

Reclutamento e lavoro flessibile

Tra le novità introdotte in materia di Pubblico Impiego dal d.lgs. n. 75/2017, da segnalare sono anche quelle relative al reclutamento nelle PA, introdotte con la modifica degli artt. 35 e 36, d.lgs. n. 165/2001.

Per quanto riguarda le innovazioni apportate all'art. 35, quelle più rilevanti sono sostanzialmente due.

La prima attiene alla previsione secondo la quale è facoltà della PA limitare, nel bando, il numero degli eventuali "idonei" in misura non superiore al 20% dei posti messi a concorso, con esclusione, però, delle procedure di reclutamento relative al personale del settore scolastico.

La nuova previsione costituisce una novità assoluta e si scontra con quelle che erano state sino ad oggi le tendenze giurisprudenziali.

Come noto, è frequente la previsione nei bandi di concorso, grazie anche a previsioni legislative in tal senso, secondo cui la graduatoria stilata al termine del concorso individuerà sia i cosiddetti "vincitori", che verranno assunti e vanteranno un diritto in tal senso, sia gli "idonei", ossia coloro che resteranno in graduatoria per il tempo di validità della stessa, come soggetti aventi titolo per essere assunti qualora la PA decida, successivamente alla procedura, di incrementare ulteriormente il numero dell'organico.

Sino ad oggi, nessuna disposizione di legge aveva introdotto previsioni circa la facoltà di limitare il numero degli idonei.

Non solo, ma, come anticipato, essa si contrappone agli orientamenti giurisprudenziali sino ad oggi affermatasi, secondo cui la precedenza nel reclutamento deve essere sempre data alle vecchie graduatorie ancora vigenti e agli idonei ivi inseriti, provvedendo così allo scorrimento delle stesse. In particolare, la giurisprudenza amministrativa ha spesso sanzionato l'indizione di un nuovo concorso in presenza di una graduatoria vigente, affermando che un'eventuale deroga a ciò deve essere motivata da valide ragioni di interesse pubblico.

Con l'individuazione della possibilità di introdurre un limite percentuale agli "idonei", quindi, è evidente come ci si ponga in un senso opposto.

C'è da dire, comunque, che il limite al numero di idonei è per ora una facoltà della PA e non un obbligo. In assenza di scelte in tal

senso, da esplicitarsi nel bando, quindi, pare debba valere quanto sino ad oggi affermato dalla giurisprudenza amministrativa.

Una seconda novità introdotta in materia di reclutamento, poi, attiene all'ulteriore modifica dell'art. 35, secondo cui adesso le PA possono bandire concorsi nei quali attribuire uno specifico punteggio a favore di coloro hanno maturato almeno 3 anni di "lavoro flessibile".

In precedenza, infatti, si faceva riferimento solo a 3 anni di anzianità con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (c.d. "co.co.co."). Adesso, grazie anche all' "apparente" venir meno della possibilità di ricorrere a co.co.co. (si veda, per tale novità, il Bollettino n. 5/2017), si parla più in generale di "lavoro flessibile", con ciò abbracciando varie e maggiori tipologie contrattuali diverse dal contratto a tempo indeterminato. Da precisare, poi, che la Riforma Madia conferma, in aggiunta a tale regola, la possibilità di riservare il 40% dei posti messi a concorso a chi è stato impiegato con contratti a termine per almeno 3 anni.

Sempre in tema di reclutamento, sono anche da segnalare le modifiche introdotte all'art. 36, d.lgd. n. 165/2001 in materia di "lavoro flessibile". Il riferimento è alla facoltà delle PA di ricorrere a tipologie di contratto diverse da quella a tempo indeterminato e full-time.

Detta facoltà, come noto, è sempre esistita, ma sempre come

eccezione alla regola. La Riforma Madia conferma tale impianto, mantenendo la previsione per cui il ricorso al lavoro flessibile è ammesso solo per ragioni “temporanee” o “eccezionali”.

Le novità attengono più che altro ad una elencazione delle tipologie cui si può fare ricorso.

Una dei principi dettati dalla legge delega (l. n. 124/2015), infatti, era quello di individuare “limitate e tassative” fattispecie di lavoro atipico. Il che, però, non pare essere stata rispettato, posto che il nuovo comma 2 dell’art. 36, dopo aver citato il contratto a termine, la somministrazione a tempo determinato e i contratti di formazione e lavoro, aggiunge la facoltà di avvalersi delle forme contrattuali flessibili previste dal codice civile e dalle altre leggi che regolano i rapporti di lavoro presso le imprese.

Vi è così, come nella precedente formulazione, un ampio rinvio al settore privato, con ciò non introducendo alcun elenco “tassativo” e “limitato” di tipologie contrattuali flessibili utilizzabili dalle PA.

Sempre in materia di lavoro flessibile, poi, il nuovo comma 2 dell’art. 36, d.lgs. n. 165/2001, contiene un puntuale rinvio a quanto previsto nel d.lgs. n. 81/2015, tanto per ciò che concerne il contratto a termine, quanto per ciò che concerne il contratto di somministrazione, senza più delegare il contratto collettivo a disciplinare le varie tipologie contrattuali in conformità alla legge, come invece si prevedeva prima.

La rilevanza e il ruolo del contratto collettivo vengono ora evidenziati solo con la specificazione per cui in materia di somministrazione è fatta salva l’eventuale disciplina prevista dai contratti collettivi e con la previsione per cui i rinvii ai contratti collettivi contenuti nel d.lgs. n. 81/2015, per le pubbliche amministrazioni devono ritenersi riferiti a quelli stipulati dall’ARAN.

Nuovi meccanismi di stabilizzazione del personale precario

Strettamente connessa all’impiego mediante lavoro flessibile presso le PA è poi il tema delle cosiddette “stabilizzazioni”. Come noto, dalla legge finanziaria 2007 (l. n. 296/2006), sono frequenti nel nostro ordinamento previsioni volte ad introdurre meccanismi mediante i quali sanare l’abuso nell’utilizzo di contratti atipici e ciò attraverso l’assunzione a tempo indeterminato nel personale interessato.

L’art. 35, d.lgs. n. 165/2001, grazie alle novità introdotte dal decreto Speding Review del 2012 (d.l. n. 95/2012), contiene, come ricordato sopra, una previsione generale circa la possibilità di riservare una quota di posti banditi a favore degli impiegati a termine per almeno tre anni.

A tale previsione generale, si associano previsioni specifiche aventi ad oggetto procedure speciali di stabilizzazione, com’è ora l’art. 20 del d.lgs. n. 75/2017, il quale, con riferimento al triennio 2018-2020, prevede due meccanismi di assunzione a tempo indeterminato del personale precario.

Il primo è quello dell’assunzione diretta senza concorso per il personale che risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della l. n. 124/2015 (28 agosto 2015) con

contratto a termine e presso l’amministrazione che procede alla stabilizzazione; sia stato reclutato (anche in passato e presso un’altra amministrazione) con procedure concorsuali pubbliche per le stesse mansioni per le quali si stabilizza; al 31 dicembre 2017 abbia maturato almeno 3 anni di servizio, anche non continuativi e negli ultimi 8 anni, alle dipendenze della amministrazione che procede all’assunzione.

Il secondo meccanismo, invece, è quello dell’assunzione mediante concorso aperto a tutti, ma con riserva del 50% in favore di coloro che risultino titolari di un contratto di lavoro “flessibile” presso l’amministrazione che bandisce il concorso ed abbia maturato alla data del 31 dicembre 2017 almeno 3 anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi 8 anni e presso la stessa amministrazione che bandisce il concorso.

I nuovi meccanismi di stabilizzazione paiono seguire il solco tracciato dai precedenti laddove individuano un doppio binario, ovvero quello dell’assunzione senza concorso aperto anche ai non precari per chi è stato impiegato con contratti di lavoro subordinato a tempo determinato (quindi assunzione diretta) e, parallelamente, la previsione della possibilità, nell’ambito di un concorso aperto a tutti, di riservare una quota dei posti a chi è stato impiegato in modo precario, ma anche con contratti atipici diversi dal contratto di lavoro subordinato a tempo determinato.

Altra analogia con il passato, poi, è che la stabilizzazione – è sempre bene precisarlo – è una facoltà dell’amministrazione, per cui se quest’ultima decide di non attivare le procedure, legalmente non si può fare niente. Evidente, quindi, che tale decisioni dipenderà dalla pressione sindacale e politica, anche se restano una serie di previsioni contabili, il cui mancato rispetto è di ostacolo, a prescindere dalla volontà politica della PA, per attivare le procedure in questione. E anche quest’ultima previsione si pone in continuità con il passato.

Una novità, invece, è che l’anzianità da precario da considerare è solo quella maturata presso l’amministrazione che bandisce il concorso, mentre i precedenti meccanismi di stabilizzazione, sia grazie ad orientamenti interpretativi della giurisprudenza, sia grazie ad espresse previsioni di legge, consentivano di conteggiare anche i periodi “precari” prestati presso altre PA.

Altra novità, poi, è che nei casi di riserva dei posti nell’ambito di procedure concorsuali, nell’individuare i destinatari si parla di impiegati con “lavoro flessibile”, mentre in precedenza si parlava solo di impiegati con co.co.co.

In realtà, l’utilizzo di tale concetto molto ampio rischia di essere sminuito considerando che l’art. 20 stesso, al comma 9, esclude espressamente chi è impiegato con contratti di somministrazione di manodopera.

Una scelta, quest’ultima, più che discutibile stante il fatto che la somministrazione è largamente utilizzata presso le PA ed è così una delle principali cause di precarietà.

Si pone poi il dubbio se nel concetto di “lavoro flessibile” possano rientrarvi le co.co.co. e ciò stante il loro “apparente” venir meno nel Pubblico Impiego per effetto delle novità in materia di conferimento degli incarichi introdotte dallo stesso d.lgs. n. 75/2017. Pare, tuttavia, che tale tipologia di lavoro debba rientrare nell’ambito di applicazione della nuova disciplina, stante il fatto

che sino ad oggi è sempre stata utilizzata, e che se, veramente, si escludesse le co.co.co. si avrebbero difficoltà a comprendere chi possa usufruire della riserva.

Tra gli esclusi dai meccanismi di stabilizzazione in analisi, poi, vi è il personale scolastico, del comparto AFAM e degli enti pubblici di ricerca, mentre per il settore della sanità continueranno a trovare applicazione sino alla fine del 2018 i piani straordinari di assunzione già previsti dai precedenti interventi.

L'art. 20, d.lgs. n. 75/2017, infine, prevede che in attesa della conclusione delle stabilizzazioni, le PA possono prorogare i contratti in essere con gli interessati ed, altresì, che ai fini dell'anzianità necessaria per essere stabilizzati non rileva il periodo a termine prestato presso gli organi politici, mentre rileva quello prestato presso una differente PA laddove quest'ultima sia stata fusa o riorganizzata presso l'amministrazione stabilizzante.

Le novità in materia di contrattazione

Il d.lgs. n. 75/2014 introduce delle importanti novità anche per ciò che concerne la contrattazione collettiva e ciò grazie alle modifiche apportate all'art. 40, d.lgs. n. 165/2001.

Una prima innovazione di rilievo è certamente rappresentata dalle nuove previsioni di cui al comma 3-ter, il quale, a seguito della Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009), contiene un meccanismo che attribuisce alle PA la possibilità di disciplinare autonomamente le materie oggetto di contrattazione collettiva integrativa ove non si raggiunga un accordo con i sindacati.

La formulazione originaria del comma in questione si caratterizzava per l'estrema discrezionalità concessa alla PA, la quale poteva avvalersi della facoltà in questione senza limiti temporali, quindi fino a che non fosse stato raggiunto l'accordo e con il solo limite del dover perseguire l'obiettivo di assicurare la "continuità" e il "migliore svolgimento della funzione pubblica".

Così come originariamente formulata, la disposizione rischiava di lasciare ampi margini di manovra all'amministrazione, attribuendo alla medesima, di conseguenza, notevole forza contrattuale in sede di trattative.

La Riforma Madia, pur non eliminando il meccanismo, cerca di limitarne l'utilizzo individuando ora un presupposto sostanziale perché la PA possa agire unilateralmente, ovvero la sussistenza, a causa del ritardo nel rinnovo del contratto collettivo integrativo, quindi del protrarsi delle trattative, di un "pregiudizio alla funzionalità dell'amministrazione".

Un'amministrazione, quindi, per potersi avvalere del meccanismo in questione dovrà motivare il perché della propria azione e specificare quindi, oltre che provare, quale sia il pregiudizio alla propria funzionalità. Diversamente, la disciplina unilateralmente adottata sarà inefficace e la condotta potrebbe essere qualificata come "antisindacale", con ricorso così al procedimento di cui all'art. 28, l. n. 300/1970 da parte delle OO.SS. che vi abbiano interesse.

Il nuovo comma 3-ter, poi, prevede che, in ogni caso, la PA debba rispettare i principi di buona fede e correttezza. La previsione potrebbe essere superflua, poiché l'applicazione dei principi in questione poteva già ritenersi ammissibile. Essa,

tuttavia, consente di comprendere come la possibilità di agire unilateralmente in sede di trattative sia ammissibile solo in casi limite e comunque in una situazione di oggettivo stallo delle trattative. Se, cioè, le parti sono arrivate ad un punto e vi è già l'impegno di rivedersi per chiudere o tentare di farlo, anche in presenza di un oggettivo pregiudizio della funzionalità e nonostante il tempo trascorso, la buona fede e correttezza richiedono che la PA non possa avvalersi della facoltà di cui alla disposizione in analisi.

Buona fede e correttezza, comunque, sono due principi molto generali, che, come tali, si riempiono di contenuto alla luce delle situazioni concrete che di volta in volta si possono verificare. Una possibile applicazione potrebbe essere quella appena descritta e l'aver richiamati questi principi fa chiaramente intendere, si ripete, come l'utilizzo della facoltà in analisi da parte delle PA debba essere un'estrema ratio.

Sempre il nuovo comma 3-ter dell'art. 40, poi, precisa come nel caso di azione unilaterale della PA, questa è comunque obbligata a proseguire le trattative e ad arrivare "in tempi celeri" alla conclusione dell'accordo. Anche la previsione in questione, pur non caratterizzandosi, almeno in apparenza, per un contenuto preciso, è volta ad evitare abusi delle amministrazioni.

Sempre in tal senso, poi, deve essere letta la novità secondo la quale i contratti collettivi nazionali possono individuare un termine minimo di durata delle sessioni negoziali in sede decentrata, decorso il quale l'amministrazione interessata può in ogni caso provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo. Ugualmente, per ciò che concerne la previsione secondo la quale è istituito presso l'ARAN un osservatorio con il compito di verificare se gli atti di adozione unilaterale della normativa da parte delle PA sono adeguatamente motivati in ordine alla sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa.

Resterà da capire se un simile controllo sia esclusivamente formale oppure comporti l'analisi circa l'effettiva esistenza di quanto dichiarato dalla PA ed, altresì, quali poteri abbia detto osservatorio di bloccare l'azione unilaterale.

Sempre in tema di contrattazione, da segnalare le novità introdotte per i casi di superamento dei vincoli finanziari da parte del contratto integrativo. Viene confermato l'obbligo di recupero nelle sessioni negoziali successive, ma viene precisato che il recupero stesso deve avvenire con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondenti a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli. Il tutto, comunque, entro un limite del 25% annuo delle risorse destinate alla contrattazione integrativa, con corrispondente aumento del numero di annualità di recupero nel caso in cui si debba recuperare più del 25%. In alternativa, le Regioni e gli Enti Locali possono prorogare il recupero per massimo 5 anni e a condizione che abbiano adottato misure di contenimento della spesa. ■

L'ISPETTORATO NAZIONALE DEL LAVORO PROVA A FAR LUCE SULL'UTILIZZO IRREGOLARE DEL LAVORO OCCASIONALE:

ma resta il rischio dell'abuso

di Ivan Petrone

A meno di un mese dalla circolare INPS n. 17/2017, l'Ispettorato Nazionale del Lavoro (il nuovo organismo ministeriale creato dal Jobs act) interviene con la circolare n. 5 del 9 agosto a fornire chiarimenti in merito alla disciplina delle prestazioni occasionali, recentemente introdotta nell'ordinamento in sostituzione dei vecchi voucher con l'art. 54 bis della L. n. 96/17. Si tratta di indicazioni indirizzate agli ispettori - com'è di competenza dell'INL - e riguardanti il profilo sanzionatorio della disciplina (regolato dal comma 20), che si è già segnalato come il più ambiguo e problematico della nuova normativa (vedi Bollettino n. 6/2017). Nell'arduo tentativo di dare coerenza a una disposizione che ne è priva, l'INL finisce però per aprire più dubbi di quanti ne risolve; dubbi che, forse, solo un nuovo intervento correttivo del legislatore potrà sciogliere.

Prima di entrare nel merito del regime sanzionatorio, l'INL ricorda le condizioni di legittimità del nuovo contratto di lavoro, utilizzabile nei limiti temporali (280 ore annue) e di reddito (5000 euro complessivi per utilizzatore e 2500 per ciascun lavoratore) dettati dal comma 1, ed attivabile attraverso la piattaforma informatica gestita dall'INPS, previa comunicazione allo stesso ente (almeno 60 minuti prima dell'inizio dell'attività) dei dati relativi alla singola prestazione.

La disposizione deputata a determinare le conseguenze di un utilizzo irregolare dei nuovi voucher in versione elettronica prevede una duplice tipologia di sanzioni. La più

grave (applicabile anche al "libretto di famiglia", cioè alle prestazioni utilizzabili in ambito domestico) comporta la trasformazione del contratto in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e si applica nel caso in cui sia superato il limite delle 280 ore annue o del compenso per il singolo prestatore di 2500 euro annue. La trasformazione, precisa l'INL, opera dal momento in cui i limiti di legge sono superati; mentre la trasformazione avviene ex tunc (cioè dal momento in cui la prestazione ha avuto inizio) secondo le regole generali di diritto civile, nel caso in cui sia violato il divieto previsto dal comma 5, che impedisce di utilizzare un lavoratore occasionale con il quale sia in corso un rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione coordinata e continuativa, o con il quale tali rapporti siano intercorsi da meno di sei mesi.

Sin qui nulla quaestio, si potrebbe dire. Salvo osservare che l'INL glissa sulla questione più importante, che riguarda l'effettiva contestabilità degli illeciti sanzionati con la trasformazione del rapporto. Il superamento dei limiti previsti dalla nuova disciplina è infatti accertabile nel caso in cui l'utilizzatore stesso, procedendo in buona fede alla comunicazione, calcoli erroneamente il monte orario o di reddito annuo del lavoratore oppure nel caso in cui l'attività ispettiva venga effettuata nei confronti di un lavoratore che, in base alle comunicazioni già effettuate, risulti aver già svolto le 280 ore annue e percepito il massimo importo di

reddito. Ma entrambe queste ipotesi, con ogni evidenza, sono, se non di scuola, certo del tutto marginali. Così come quasi di scuola è l'ipotesi in cui il lavoratore, agendo in giudizio nei confronti del proprio utilizzatore, riesca a provare di aver superato i suddetti limiti di orario e di reddito.

Resta da capire cosa succede nella comune (e ben più realistica) ipotesi in cui può essere contestato l'utilizzo irregolare del lavoratore occasionale - ovvero nel caso in cui l'ispettore accerti semplicemente che l'attività si sta svolgendo al di fuori dell'orario comunicato dall'utilizzatore. Ecco allora che i chiarimenti più rilevanti (e preoccupanti) l'INL li fornisce in merito all'applicazione della sanzione più debole prevista dalla nuova disciplina, sulla quale l'INPS nella sua precedente circolare non si era espresso; chiarimenti che fanno luce in particolare sul rapporto tra regime sanzionatorio associato al lavoro occasionale svolto in maniera "irregolare" e generale disciplina tesa a sanzionare il lavoro nero.

A norma del comma 20, la sanzione amministrativa da 500 a 2500 euro "per ogni prestazione lavorativa per cui risulta accertata la violazione" (relativa, questa, al solo contratto di prestazioni occasionali) si applica in caso di "violazione degli obblighi di comunicazione" e "dei divieti di cui al comma 14", ovvero in caso in cui la prestazione occasionale sia utilizzata da un'impresa che abbia alle proprie dipendenze più di 5 dipendenti (o da imprese edili o agricole che non utilizzino le tipologie di lavoratori elencati dal comma 8).

In relazione alla prima ipotesi, l'INL precisa che si tratta dei casi in cui "la comunicazione sia effettuata in ritardo o non contenga tutti gli elementi richiesti o, ancora, detti elementi non corrispondano a quanto effettivamente accertato". Dal che la risposta al dubbio sopra avanzato - se l'impresa comunica di utilizzare in un certo giorno e per un certo numero di ore il lavoratore, e poi lo utilizza ben oltre il periodo dichiarato, trova applicazione solo la sanzione amministrativa e non la trasformazione del rapporto.

Dal momento però che una simile ipotesi di utilizzo "irregolare" del lavoratore occasionale coincide con quella (ben più grave) di sfruttamento di lavoro nero, l'INL conclude che, avendo il legislatore previsto un simile speciale regime sanzionatorio, la c.d. maxi-sanzione per lavoro nero in questo caso non è irrogabile. Ciò, si precisa, sempre che ricorrano dei presupposti tali da far "presumere" che si tratti, appunto, di una mero utilizzo irregolare di lavoratore occasionale, e non già, di un "puro e semplice" caso di lavoro sommerso. Si legge infatti nella circolare che, perché la sanzione pecuniaria "ridotta" trovi applicazione, da una parte non devono essere stati superati i limiti economico-temporali, dall'altra la prestazione deve poter "effettivamente considerarsi occasionale in ragione della presenza precedenti analoghe prestazioni lavorative correttamente gestite, così da potersi configurare una mera violazione dell'obbligo di comunicazione"; sempre "ferma restando evidentemente

la registrazione delle parti sulla piattaforma INPS". Per chiarire ulteriormente a quali ipotesi si fa riferimento, si fornisce l'esempio in cui "la mancata comunicazione preventiva riguardi una singola prestazione giornaliera a fronte di una pluralità di prestazioni occasionali regolarmente comunicate nel corso del medesimo mese"; in questo caso "appare ragionevole ritenere che si tratti della mera violazione dell'obbligo comunicazionale di cui all'art. 54 bis, comma 20, con conseguente applicazione della specifica misura sanzionatoria".

Secondo quanto affermato dall'INL dunque, ad un'impresa basterebbe comunicare per un paio di giorni l'utilizzo di un lavoratore occasionale, per garantirsi una sorta di immunità dalla contestazione di lavoro nero per il resto del mese; e s'intende, per assicurarsi anche dal rischio di trasformazione del rapporto, posto che questa sanzione si applica, come visto, solo nella più grave ipotesi di superamento dei limiti temporali e reddituali.

E' vero che dall'interpretazione fornita dall'INL potrebbero discendere anche effetti favorevoli per il lavoratore, come segnalato da alcuni commentatori. Se infatti la natura "occasionale" del rapporto può escludere l'applicazione della maxi-sanzione, se ne dovrebbe dedurre che l'"occasionalità" (al pari della "saltuarietà", richiamata dall'art. 54, bis, comma 13) è un requisito sostanziale la cui assenza rende contestabile la legittimità del rapporto anche in presenza dei requisiti temporali e

reddituali; con conseguente possibilità per il lavoratore non utilizzato per svolgere prestazioni realmente "occasionalità" di rivendicare la trasformazione in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Difficile però ritenere che una simile interpretazione, per quanto auspicabile, possa essere accolta, non fosse altro perché con essa si aprirebbe una tale incertezza riguardo ai presupposti di legittimità del nuovo contratto da rendere lo stesso, nei fatti, inutilizzabile. Il legislatore non fornisce alcuna indicazione in merito al concetto di lavoro "occasionale", che evidentemente (così come accadeva per il lavoro accessorio) è identificato attraverso i soli limiti temporali e di reddito.

Se così è (e se quanto affermato dall'INL è corretto), se ne ricava che l'"occasionalità" è da ritenersi presunta laddove ricorrano i presupposti sostanziali (limiti di tempo e di reddito, appunto) e procedurali (attivazione e comunicazioni corrette tramite piattaforma INPS) di legge; mentre, in caso di scostamento tra quanto comunicato e quanto accertato, residua comunque la possibilità per l'utilizzatore di provare che, nonostante l'irregolarità procedurale, il rapporto è di fatto "occasionale", in virtù di precedenti prestazioni svolte regolarmente nel medesimo mese.

Ma se così è, il "nuovo" lavoro occasionale appare perfino peggiore del "vecchio" lavoro accessorio nel fungere da strumento di copertura del lavoro nero. ■

FLASH

L'IMPRESA PUÒ COMPARARE I DIPENDENTI DA LICENZIARE CON UNA PLATEA LIMITATA DI ADDETTI

In una recente sentenza la Corte di Cassazione ha affermato che, nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo, il datore di lavoro può limitare la scelta dei lavoratori da licenziare a quelli addetti ad uno specifico ramo o settore dell'azienda e che l'ampiezza della platea dei dipendenti destinati ad essere comparati dipende dal tenore della comunicazione preventiva di cui alla L. n. 223 del 1991, art. 4, comma 3. Il caso di specie prende avvio dal ricorso di alcuni lavoratori, licenziati per riduzione di personale, che lamentavano l'illegittimità del recesso per aver l'azienda effettuato la comparazione dei lavoratori da licenziare non nell'ambito dell'intero complesso aziendale, ma limitatamente al solo settore che sarebbe stato interessato dalla chiusura. Con sentenza n. 20335 del 24 agosto 2017, la Corte di Cassazione, nel riconoscere la legittimità della condotta aziendale, ha affermato che il datore di lavoro nella comunicazione preventiva all'avvio della procedura "non ha l'obbligo di rappresentare in dettaglio le situazioni di tutti i dipendenti, ma solo del personale eccedente di cui va esplicitata la categoria professionale ed il comprensorio di appartenenza" (in questo stesso senso, già Cass. n. 4041/2001), da ciò discende che "è in tale segmento della procedura che si individua la platea dei lavoratori interessati dagli atti successivi e nei cui confronti dovranno operare gli eventuali accordi collettivi oppure dovrà farsi applicazione dei criteri di scelta"; se la comunicazione iniziale riguarda solo alcuni settori aziendali, allora anche la comparazione successiva verrà effettuata solo tra i lavoratori ivi addetti. Ed infatti, conclude la Corte, "il giudizio sulla completezza della comunicazione prevista dalla L. n. 223 del 1991, art. 4, comma 9, finalizzata a spiegare quali siano stati i criteri di scelta per l'adozione dei singoli licenziamenti, come siano stati concretamente applicati e di cui occorre dare chiara enunciazione, non può che essere condizionato dal contenuto della precedente comunicazione". La sentenza qui in commento, in pratica, consente al datore di lavoro di escludere l'obbligo di confrontare tutti i profili professionali presenti nel complesso aziendale, potendo limitare la scelta dei lavoratori da licenziare alla platea dei soli dipendenti di uno specifico ramo o settore o, addirittura, anche ai soli addetti a particolari mansioni. Quanto all'onere della prova, secondo gli Ermellini grava sul datore di lavoro l'onere di allegazione dei criteri di scelta e la prova della loro piena applicazione nei confronti dei lavoratori licenziati, con indicazione, in relazione a ciascuno di questi ultimi, dello stato familiare, dell'anzianità e delle mansioni, mentre spetta al lavoratore dimostrare l'illegittimità della scelta, con puntuale indicazione dei lavoratori in relazione ai quali la stessa sarebbe stata falsamente o illegittimamente realizzata.