



## **MEZZO PIENO O MEZZO VUOTO?**

*La Consulta salva a metà il differimento  
del TFR dei dipendenti pubblici*

---

Messaggio dell'INPS su TFR  
e trasferimento d'azienda

---

Orientamenti regressivi  
della Cassazione in materia  
di licenziamento

---

Il sostegno di Strasburgo  
alla libertà sindacale  
dei militari

---

La nuova direttiva UE  
sulla conciliazione  
tra lavoro e vita familiare

# 05

## Luglio 2019

04

**La Consulta salva a metà il differimento della liquidazione dei trattamenti di fine servizio dei dipendenti pubblici**

di *Giovanni Orlandini*

07

**La Cassazione non porta buone notizie: il licenziamento orale e le indagini investigative**

di *Alessio Amorelli*

09

**L'INPS fa il punto sull'intervento del Fondo di Garanzia nei casi di trasferimento d'azienda**

di *Andrea Ranfagni*  
e *Ivan Petrone*

12

**Dopo la Corte Costituzionale anche il Comitato di Strasburgo batte un colpo a favore dei sindacati dei militari**

di *Andrea Allamprese*  
e *Silvia Borelli*

15

**La conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE**

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 Scientifico

**Avv. Andrea Danilo Conte**  
**Avv. Fabio Rusconi**

In redazione

**Giovanni Calvellini**  
**Livia Irtinni**  
**Adele Pasquini**  
**Andrea Ranfagni**  
**Marco Tufo**

Progetto grafico

**Dario D'Ovidio**

Contatti

**Centro Studi**  
**Diritti & Lavoro**  
Via Lorenzo il Magnifico, 14  
50129 - Firenze

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

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

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

#### **Crediti fotografici**

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

# La Consulta salva a metà il differimento della liquidazione dei trattamenti di fine servizio dei dipendenti pubblici

di Giovanni Orlandini

Differire e rateizzare il pagamento dei trattamenti di fine servizio dei dipendenti pubblici è legittimo, ma solo per disincentivare i pensionamenti volontari anticipati. Questo, nella sostanza, il principio enunciato dalla Consulta con la sentenza n. 159 del 26 giugno scorso, con la quale la Corte ha dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2, del d.l. 28 marzo 1997, n. 79 (Misure urgenti per il riequilibrio della finanza pubblica), convertito nella legge 28 maggio 1997, n. 140, e dell'art. 12, comma 7, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122, sollevate con riferimento agli art. 3 e 36 della Costituzione. Le norme in questione da una parte hanno differito la liquidazione dei trattamenti di fine servizio (liquidati decorsi 24 mesi dalla cessazione del rapporto e 12 mesi in caso di «cessazione dal servizio per raggiungimento dei limiti di età o di servizio previsti dagli ordinamenti di appartenenza, per collocamento a riposo d'ufficio a causa del raggiungimento dell'anzianità massima di servizio prevista dalle norme di legge o di regolamento applicabili nell'amministrazione»); dall'altra ne hanno disposto la rateizzazione in rate annuali, da una a tre a seconda dell'importo corrisposto (2 importi annuali per prestazioni lorde superiori a 50.000 euro e inferiori a 100.000; tre importi per prestazioni uguali o superiori a 100.000 euro).

I dubbi di incostituzionalità di una simile disciplina sono stati sollevati dal Tribunale di Roma con ordinanza del 12 aprile 2018, sia ai sensi dell'art.3 Cost., per la disparità di trattamento che ne consegue rispetto al regime applicabile ai dipendenti privati; sia ai sensi dell'art. 36 Cost., per la compressione del diritto alla “giusta” retribuzione dei dipendenti pubblici, posta la natura di retribuzione differita da riconoscere al tfs. Di tale compressione la Corte è stata chiamata a valutare la ragionevolezza (di nuovo) ai sensi dell'art.3 Cost., giusto il carattere strutturale e non temporaneo della disciplina.

Già dichiarata inammissibile in passato, perché sollevata in controversie riguardanti lavoratori ancora in servizio, la questione di costituzionalità è stata questa volta decisa dai giudici delle leggi relativamente ad una controversia riguardante una ricorrente in pensione per anzianità. Non riguardando il giudizio un pensionamento per raggiunti limiti di età o per collocamento a riposo d'ufficio da parte dell'ente di appartenenza, la Corte ha potuto circoscrivere il suo scrutinio alla sola disciplina applicabile al caso *de quo*, limitandosi così a valutare la costituzionalità delle norme contestate in relazione ai pensionamenti volontari anticipati. E di questi, come detto, ha fatto salva la legittimità sia ai sensi sia dell'art. 3 sia dell'art. 36 Cost.

Riguardo alla congruità della normativa rispetto all'art.3 Cost., la Corte osserva che lavoro pubblico e privato non possono essere pienamente assimilati, nonostante il processo di contrattualizzazione che ha interessato il primo con le riforme degli anni novanta. La diretta incidenza sul bilancio dello Stato della disciplina del rapporto di pubblico impiego rende infatti possibili disparità di trattamento rispetto all'impiego privato; e ciò (suggerisce la Corte) ancor più dopo che l'equilibrio tra entrate e spese del bilancio statale è diventato principio di rilievo costituzionale, grazie alla riforma dell'art. 81 Cost.. Il che basta ad escludere che nel caso di specie sia stato violato il principio di eguaglianza sancito dall'art.3 Cost.

Neppure è lesa il diritto alla giusta retribuzione di cui all'art. 36, nonostante che anche al trattamento di fine servizio (al pari del Tfr dei lavoratori privati) debba riconoscersi natura di retribuzione differita; il che lo attrae nell'alveo protettivo dell'art.36 Cost., che riconosce al lavoratore un diritto alla giusta retribuzione consistente "non soltanto nella congruità dell'ammontare concretamente corrisposto, ma anche nella tempestività dell'erogazione". Di nuovo però rileva la necessità per lo Stato di "tenere conto anche delle esigenze della finanza pubblica e di quelle di razionale programmazione nell'impiego di risorse limitate"; esigenze che possono, a giudizio della Corte, incidere sulla "tempestività" del godimento del diritto.

La questione dunque, ancora una volta, va impostata nell'ottica del contemperamento tra contrapposti interessi di rilievo costituzionale; un contemperamento che non può comportare uno "sproporzionata e irragionevole" sacrificio del diritto alla giusta retribuzione. Ed è su questo piano che si snoda l'argomentazione della Consulta per giungere ad affermare che, proprio perché relativa a chi ha optato per un accesso anticipato al pensionamento, la normativa può salvarsi da censura. Il contenimento della spesa pubblica è infatti in questo caso perseguito con una misura che si configura come un incentivo al posticipo al pensionamento (o disincentivo all'anticipo); misura, questa, che è senz'altro ammessa nell'ordinamento, come più volte affermato dalla stessa Corte. Così inquadrata, la normativa in questione (con riferimento sia al differimento a 24 mesi che alla rateizzazione) non appare irragionevole, nonostante il suo carattere strutturale e non temporaneo.

In quanto misura incentivante il posticipo del pensionamento, il contestato regime di liquidazione del tfs trova certamente un'ulteriore (e più forte) giustificazione nel risparmio che, da tale posticipo, consegue per la finanza pubblica; risparmio più rilevante di quello (meramente temporaneo) dovuto al semplice differimento del tfs. Resterebbe da valutare se ed in che misura tale differimento produca realmente l'effetto indicato, ovvero sia effettivamente in grado di disincentivare i pensionamenti anticipati. Ma la Corte non si fa carico di una simile valutazione (in vero assai difficile da effettuare), che resta dunque nell'ambito dei giudizi insindacabili del legislatore.

Diverso rilievo il diritto alla giusta (e tempestiva) retribuzione acquista invece per chi ha raggiunto l'età pensionabile o la massima anzianità di servizio, manifestandosi in questo caso "in maniera più pressante i bisogni che le indennità di fine servizio mirano a soddisfare e che impongono tempi di erogazione più spediti". Ne dovrebbe conseguire l'incostituzionalità della disciplina in queste ultime ipotesi; incostituzionalità che la Corte non può dichiarare (avendo considerato inammissibile la questione), ma che prospetta come possibile esito di un futuro giudizio. La sentenza si chiude infatti con un monito al legislatore a rivedere una "disciplina che ha progressivamente dilatato i tempi di erogazione delle prestazioni dovute alla cessazione del rapporto di lavoro" smarrendo "un orizzonte temporale definito e la iniziale connessione con il consolidamento dei conti pubblici che l'aveva giustificata"; con ciò rischiando di compromettere "la duplice funzione retributiva e previdenziale delle indennità di fine rapporto [...] in contrasto con i principi costituzionali che, nel garantire la giusta retribuzione, anche differita, tutelano la dignità della persona umana".

La sentenza 159/2019 scontenta dunque solo in parte i dipendenti pubblici, imponendo al legislatore di porre rimedio al *vulnus* ai diritti costituzionali configurato dalla normativa vigente, onde evitare che sia la stessa Corte a farlo se di nuovo investita in futuro della questione. D'altra parte non sorprende che i giudici delle leggi abbiano (ancora una volta) prestato attenzione ai conti pubblici, evitando una censura di incostituzionalità dal rilevante impatto economico immediato e rimettendo al legislatore il compito di porre rimedio ai profili di più grave compressione dei diritti dei dipendenti pubblici presenti nella vigente normativa.

Restano i dubbi in merito alla portata dei principi enunciati, dalla cui soluzione dipendono i margini di discrezionalità lasciati al futuro legislatore. Se infatti non conforme ai principi costituzionali può considerarsi la vigente disciplina che procrastina in via definitiva di un anno il godimento dei trattamenti di fine servizio per chi non gode anticipatamente della pensione, un simile intervento appare ammissibile se di carattere temporaneo e funzionalmente connesso con obiettivi di consolidamento dei conti pubblici dettati da un quadro di grave emergenza

economico finanziaria. Il che lascia aperta la questione della opinabilità delle scelte del legislatore, sia in merito ai presupposti oggettivi delle misure adottate (l'esistenza stessa di un quadro economico finanziario che ne impone l'adozione); sia in merito alla funzionalità delle misure rispetto al fine perseguito (l'effettiva utilità delle misure adottate per far fronte ad una situazione di crisi economica). Posto che ben difficilmente su entrambe le questioni la Corte può esercitare il proprio sindacato, la discrezionalità del legislatore trova di fatto dei limiti solo in relazione alla durata della misura adottata, che, ricorda la Corte (in sintonia con la precedente sentenza n.178/15 in materia di blocco della contrattazione collettiva), non può protrarsi in maniera sproporzionata e irragionevole. E dalla sentenza n. 159 si può ricavare che certamente irragionevole deve considerarsi un intervento sul regime della liquidazione del tfs che si protragga per quasi dieci anni, come nel caso in esame; ma è plausibile ritenere che possa giudicarsi irragionevole anche una durata minore.

Il giudizio di ragionevolezza poi varia a seconda del grado di compressione del diritto alla "tempestività" dell'erogazione; per cui più brevi sono i termini di decorrenza per la liquidazione del trattamento, più prolungato può essere il suo mantenimento in vigore. Fino al punto che un differimento in termini particolarmente brevi può diventare legittimo anche se di carattere strutturale e definitivo. E' quanto la stessa Corte incidentalmente ammette nel riconoscere la legittimità dell'originaria disciplina che fissava in tre mesi il termine di decorrenza per l'effettiva erogazione dell'indennità di buonuscita dei dipendenti statali (art.7, l. n.75/1980), a supporto dell'argomentazione tesa a confermare che (anche su questo specifico profilo) al dipendente pubblico non spettano necessariamente gli stessi diritti che l'ordinamento garantisce al lavoratore del settore privato. ■

## FLASH

### LA CORTE DI GIUSTIZIA SI ESPRIME IN MERITO ALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Decidendo in merito alla legislazione portoghese, la Corte di giustizia, con la sentenza in causa C-317/18 del 13 giugno scorso, affronta due rilevanti questioni relative all'ambito di applicazione della disciplina del trasferimento d'azienda oggetto della direttiva 2001/23. Il caso riguardava un comune portoghese che aveva internalizzato un'attività attraverso lo scioglimento di un'azienda municipalizzata con conseguente riassunzione dei lavoratori di quest'ultima previa risoluzione del rapporto e svolgimento di una procedura concorsuale. Tale procedura veniva contestata da una lavoratrice legata all'azienda municipalizzata da un contratto di collaborazione per funzioni direttive (commissão de serviço) e liberamente risolvibile con mero preavviso. La lavoratrice contestava il fatto di essere stata inquadrata a seguito della procedura selettiva (da lei vinta) in un livello contrattuale che le garantiva una retribuzione inferiore a quella goduta presso il precedente datore. La Corte di Lussemburgo è stata quindi chiamata ad esprimersi da una parte in merito alla riconducibilità di un rapporto di collaborazione come quello di specie alla nozione di "lavoratore" di cui all'art. 2, paragrafo 1, lettera d), della direttiva 2001/23/CE, onde attrarre anche tali tipologie di rapporti di lavoro nell'ambito delle tutele garantite dalla disciplina del trasferimento d'azienda; dall'altra, in merito alla possibilità di subordinare l'assunzione dei lavoratori del cedente ad una procedura concorsuale nel caso in cui il cessionario sia un comune.

In relazione alla prima questione la Corte ricorda che la direttiva tutela i "lavoratori" qualificati come tali dal diritto nazionale e che spetta allo Stato definire tale nozione nonché al giudice di rinvio valutare se una determinata tipologia di lavoratori sia ad essa riconducibile. Nel caso di specie la Corte osserva come il rapporto di collaborazione può essere considerato un contratto di lavoro ai sensi della direttiva, perché così è qualificato dal diritto nazionale e perché (dalla decisione di rinvio) risulta differenziarsi da un contratto "standard" per il solo fatto di non prevedere tutele per il licenziamento. Non viene quindi affrontato il problema dell'eventuale riconducibilità all'ambito di applicazione della direttiva di forme di collaborazione di carattere autonomo; tuttavia i giudici di Lussemburgo sembrano orientati ad ricondurre nella nozione di "lavoratore" solo chi è titolare di un contratto di lavoro qualificato come subordinato dal diritto nazionale.

Riguardo alla seconda questione, la Corte ribadisce che la direttiva 2001/23 si applica anche agli enti di diritto pubblico, con la sola eccezione delle attività che si ricollegano all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri: ipotesi che non si configura nel caso di specie. Il fatto che il cessionario sia un comune non giustifica in alcun modo il mancato rispetto dei diritti che la direttiva assicura ai lavoratori ceduti; da ciò l'inalterabilità sia dell'obbligo di sottoporli ad una procedura concorsuale sia la conseguente attribuzione di una retribuzione inferiore a quella da essi precedentemente goduta. In nessuna modo modifica tali conclusioni l'art. 4, par. 2 del Trattato sul Funzionamento dell'UE (invocato dai resistenti), che nell'imporre all'Unione Europea di rispettare l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale degli Stati membri, non consente per ciò la violazione da parte di questi ultimi dei diritti che ai lavoratori derivano dal diritto dell'UE.

# La Cassazione non porta buone notizie: il licenziamento orale e le indagini investigative

di Alessio Amorelli

La Corte di Cassazione, con le sentenze **n. 3822/2019** e **n. 13195/2019**, è tornata a decidere sull'annosa questione riguardante la ripartizione dell'onere probatorio nel licenziamento orale.

La prima delle suddette pronunce prende le mosse da una decisione della Corte di Appello di Catanzaro che rigettava il ricorso proposto dal datore di lavoro, confermando la statuizione di primo grado. La Corte riteneva pacifica la risoluzione del rapporto intervenuta tra le parti e precisava che il dipendente aveva adempiuto al proprio onere probatorio relativo all'estromissione dal rapporto. La società datrice di lavoro proponeva ricorso per Cassazione sostenendo che i giudici di merito avevano posto a suo carico l'onere di provare le dimissioni del lavoratore.

I giudici di legittimità hanno accolto il ricorso della società disattendendo l'orientamento giurisprudenziale che stabilisce come la prova gravante sul lavoratore riguardi *"esclusivamente la cessazione del rapporto lavorativo cioè la estromissione del lavoratore dal luogo di lavoro"* partendo dall'assunto per cui *"il licenziamento costituisce un atto unilaterale di recesso con cui una parte dichiara all'altra la sua volontà di estinguere il rapporto e che, quindi, non può che essere comprovato da chi abbia manifestato tale volontà di recedere, non potendo la parte (la quale abbia "subito" il recesso) provare una circostanza attinente alla sfera volitiva del recedente"*. Di conseguenza *"deve confermarsi che l'onere della prova del licenziamento grava sul datore di lavoro"* (tra le tante, **Cass. n. 10651/2005**).

La Suprema Corte ha ritenuto di dover dare continuità ad un diverso orientamento secondo cui il lavoratore non può limitarsi alla mera allegazione dell'estromissione dal rapporto di lavoro. In questo caso, il datore di lavoro sarebbe obbligato a fornire la prova che l'estinzione del rapporto lavorativo sia dovuta ad altra causa, come le dimissioni del lavoratore. Secondo la decisione in commento, tale inversione dell'onere probatorio non è prevista dall'ordinamento, nonostante l'art. 5 della Legge 604/1996 ponga a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare la legittimità dell'atto espulsivo. Inoltre, la decisione sembra non tenere in dovuta considerazione lo squilibrio insito in ogni rapporto di lavoro, laddove il dipendente rappresenta la parte debole del contratto a dispetto della posizione di forza contrattuale assunta dal datore di lavoro.

Lo stesso orientamento è stato espresso dalla **Cassazione n. 13195/2019** secondo la quale il dipendente che voglia contestare un recesso comminato in forma orale ha l'onere di provare la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e la manifestazione della volontà espulsiva del datore di lavoro, anche se realizzata attraverso comportamenti concludenti.

Da ultimo, con la recente **sentenza n. 18402/2019** del 9 luglio, la Suprema Corte ha ribadito l'orientamento regressivo di cui sopra precisando altresì che, ove il datore di lavoro eccepisca le dimissioni del lavoratore, il giudice sarà chiamato a ricostruire i fatti con un'indagine rigorosa. Soltanto nel caso in cui perduri l'incertezza probatoria, il giudice dovrà applicare la regola generale prevista dall'art.

2697 c.c. secondo cui: "*chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*" così ponendo sul dipendente l'onere di provare il licenziamento orale.

Le decisioni della Corte di Cassazione appaiono criticabili sotto diversi profili. In primo luogo, è bene ricordare che il requisito dell'intimazione del recesso in forma scritta è previsto a garanzia del lavoratore al fine di scongiurare scelte arbitrarie e poco ponderate da parte del datore di lavoro. In altri termini, il dipendente deve sapere, in modo certo e univoco, che vi è stato un atto interruttivo del rapporto di lavoro, al fine di valutarne eventuali profili di illegittimità. Inoltre, il lavoratore ha diritto a conoscere le motivazioni poste alla base del provvedimento espulsivo, secondo quanto previsto dall'art. 2 della Legge n. 604 del 1966, come novellato dalla cd. Riforma Fornero.

Il richiamo alle dimissioni, inoltre, appare inconferente se visto alla luce delle recenti modifiche legislative che hanno introdotto nuove procedure al fine di arginare il preoccupante fenomeno delle c.d. "dimissioni in bianco".

Il requisito formale della forma scritta del licenziamento è funzionale ad evitare la possibilità che il datore di lavoro adotti decisioni aventi carattere ritorsivo o discriminatorio. Secondo quanto chiarito anche dalla Corte Costituzionale la volontà espulsiva "*deve risultare da un documento soprattutto per tutelare l'essenziale interesse della parte più debole del rapporto a conoscere e a impugnare l'atto nel termine decorrente dalla data di notifica dello stesso*" (C. Cost. n. 398/1994). La limitazione dell'autonomia privata, volta ad evitare scelte poco ponderate da parte del datore di lavoro, è necessaria per presidiare i principi generali della tutela della dignità umana e del lavoro. Questi principi sono tutelati anche a livello europeo, come dimostrato, ad esempio, dall'art. 30 della Carta di Nizza che pone l'accento sulla necessità che ogni lavoratore sia tutelato contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario, alle legislazioni e alle prassi nazionali.

Anche in riferimento ad altri profili della disciplina del licenziamento emergono orientamenti regressivi nella recente giurisprudenza di legittimità. La Cassazione, con la **sentenza n. 6174/2019** ha ritenuto legittimi i controlli effettuati da una agenzia investigativa qualificando come fraudolenta la condotta di un lavoratore che si era assentato dopo aver timbrato il badge. La Suprema Corte ha stabilito che il controllo non era volto a verificare le

modalità di adempimento della prestazione lavorativa bensì la "*condotta fraudolenta*" del dipendente che si era assentato dal lavoro nonostante la timbratura del badge.

Nello stesso senso, seppur con riferimento ad un diverso caso attinente alla fruizioni dei permessi ex Legge n. 104/1992, si è espressa la **Cassazione n. 4670/2019** secondo la quale: "*I controlli, demandati dal datore di lavoro ad agenzie investigative, riguardanti l'attività lavorativa del prestatore svolta anche al di fuori dei locali aziendali, non sono preclusi ai sensi degli artt. 2 e 3 statuto dei lavoratori laddove non riguardino l'adempimento della prestazione lavorativa, ma siano finalizzati a verificare comportamenti che possano configurare ipotesi penalmente rilevanti od integrare attività fraudolente, fonti di danno per il datore medesimo*".

La giurisprudenza di legittimità si era espressa in termini diametralmente opposti in un caso riguardante le assenze del dipendente dal luogo di lavoro. Con la sentenza **n. 21621/2018**, infatti, era stato chiarito che il ricorso del datore di lavoro alle agenzie di investigazione non può estendersi alla verifica del "*sistematico allontanamento del dipendente dal luogo di lavoro, in assenza di qualsiasi comunicazione*". In questo caso, le sistematiche assenze del lavoratore configuravano un mero inadempimento della prestazione lavorativa che non legittimava l'azienda a ricorrere all'attività di soggetti terzi, quali le agenzie di investigazione, che operavano quindi in violazione degli artt. 2 e 3 dello Statuto dei lavoratori.

Risulta difficile comprendere come la timbratura del badge integri una condotta fraudolenta mentre il sistematico allontanamento del dipendente sia qualificato come un mero inadempimento relativo alla prestazione lavorativa. L'incertezza scaturente da queste pronunce è foriera di rischi per i lavoratori. Le maglie dei controlli investigativi sembrano essersi allargate con la conseguente compressione delle libertà garantite ai lavoratori nell'esecuzione della prestazione lavorativa.

Entrambi gli orientamenti oggetto di analisi sembrano non tenere in debita considerazione il disallineamento sussistente nel rapporto tra dipendente e datore di lavoro. L'onere di dimostrare il licenziamento orale può rappresentare un ostacolo spesso invalicabile per i lavoratori. D'altra parte, la possibilità per le aziende di controllare estensivamente l'operato dei dipendenti pone in una posizione di ulteriore fragilità la parte debole del contratto. Non ci resta che aspettare tempi migliori. ■

# L'INPS fa il punto sull'intervento del Fondo di Garanzia nei casi di trasferimento d'azienda.

La casistica anche alla luce delle recenti novità del Codice della crisi d'impresa

di **Andrea Ranfagni e Ivan Petrone**

Con il Messaggio n. 2272 del 14 giugno 2019 l'INPS ha fornito un quadro generale delle ipotesi d'intervento del Fondo di Garanzia nei casi di trasferimento d'azienda.

La tematica è di estremo interesse pratico considerando che sono sempre più frequenti i casi di insolvenza del datore di lavoro, con mancato pagamento del TFR e delle ultime retribuzioni maturate, che costringono quasi sempre il lavoratore a rivolgersi (o a tentare di rivolgersi) proprio al Fondo di Garanzia INPS. Altrettanto frequenti i casi in cui l'insolvenza s'innesci nell'ambito di un trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda che va a colpire o chi cede l'azienda (o il ramo d'azienda), ovvero il cosiddetto "cedente", o colui che acquista l'azienda (o il ramo d'azienda), ovvero, il "cessionario".

La tematica, altresì, è interessante anche perchè s'intreccia con le novità che di recente sono state introdotte

dal cosiddetto "Codice della crisi d'impresa", ovvero il d.lgs. n. 14 del 10 gennaio 2019, destinato ad entrare in vigore nell'agosto 2020 (per un commento sulle quali si veda il Bollettino n. 2/2019).

Prima di analizzare i contenuti del Messaggio è opportuno ricordare che il Fondo di Garanzia INPS eroga prestazioni previdenziali, quali il pagamento del TFR e delle ultime 3 mensilità maturate nell'intercorso rapporto di lavoro, ma non corrisposte dall'ex datore di lavoro, nei casi in cui quest'ultimo sia "insolvente", ovvero non sia in grado con le proprie risorse di pagare i propri debiti. Casi di "insolvenza" che si verificano quando il datore di lavoro è assoggettato ad una procedura "concorsuale" (ovvero fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa o amministrazione straordinaria), ovvero nei casi in cui, pur non essendo assoggettato a procedura concorsuale, l'insolvenza deriva comunque

dall'assenza di beni utilmente pignorabili per soddisfare il credito.

Per quanto riguarda il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda, come noto l'art. 2112 cc prevede che il rapporto di lavoro dei dipendenti dal cedente prosegua senza soluzioni di continuità con chi acquista l'azienda (o il ramo d'azienda), e che dei crediti del lavoratore esistenti al momento della cessione siano responsabili in solido (quindi entrambi tenuti al pagamento) sia il cedente che il cessionario.

Deroghe al regime generale sono previste in caso di aziende sottoposte a procedure concorsuali. In particolare, l'art.2112 cc. non trova applicazione, ai sensi dell'art. 47, comma 5, l. n. 428/1990, nei casi di datore di lavoro sia sottoposto a fallimento, concordato preventivo con cessione dei beni, o amministrazione straordinaria senza continuazione dell'attività. Mentre se il trasferimento è attuato

da aziende poste in amministrazione straordinaria con continuazione dell'esercizio dell'impresa e di aziende in concordato preventivo, l'art. 2112 cc. trova applicazione ma è rimessa all'accordo sindacale la previsione delle tutele da garantire ai lavoratori (comma 4-bis, lett. b e b-bis)

Merita infine ricordare che secondo una giurisprudenza ormai pacifica il diritto al TFR diventa esigibile solo quando cessa il rapporto di lavoro, pur ritenendosi che esso maturi già in costanza di rapporto, con la conseguenza che, nei casi di trasferimento d'azienda, al momento in cui cesserà il rapporto di lavoro con il cessionario, del TFR maturato sino al giorno del trasferimento risponderà sia il cedente che il cessionario.

## La casistica dell'INPS

Il primo caso considerato dall'INPS nel Messaggio del 14 giugno scorso è quello in cui il cedente l'azienda o il ramo d'azienda sia "in bonis", vale a dire sia "solvente", quindi non assoggettato a procedura concorsuale, e comunque in grado di assolvere ai propri debiti.

Realizzandosi la continuità del rapporto di lavoro per effetto dell'art. 2112 cc, il TFR non è esigibile al momento del trasferimento. In questi casi, secondo l'INPS (in linea con la giurisprudenza di Cassazione), il Fondo di Garanzia può intervenire solo in caso di insolvenza del cessionario, per l'intero importo del TFR maturato. Lo diventerà dunque solo quando il rapporto terminerà con il cessionario.

L'INPS precisa che anche qualora venga raggiunto un accordo

individuale tra lavoratore, cedente e cessionario (ex art. 410 e 411 c.p.c.), per l'esclusione della responsabilità solidale di quest'ultimo, l'intervento del Fondo resta comunque escluso, non essendogli tale accordo opponibile. Si tratterebbe per altro di un accordo di dubbia legittimità, inidoneo a liberare il cessionario vincolato dal valore imperativo dell'art. 2112 c.c. e (come da giurisprudenza pacifica) certamente nullo nella parte in cui intendesse intervenire sui diritti previdenziali, indisponibili ai sensi dell'art. 2115, comma 3 cc..

Altro discorso, invece, nel caso in cui il cedente sia "insolvente". Qui, occorre distinguere a seconda che il passaggio avvenga o meno con continuità dei rapporti di lavoro, ai sensi dell'art. 2112 c.c.

Nel primo caso, considerando che il TFR diventa esigibile solo al momento della cessazione del rapporto di lavoro e non verificandosi, nel caso di specie, tale condizione, si ritiene che il Fondo non possa intervenire. Nel caso, invece, in cui il cedente sia insolvente ed il passaggio al cessionario dei lavoratori si realizza senza continuità, quindi con interruzione del rapporto di lavoro, verificandosi l'esigibilità del TFR maturato sino al momento del passaggio, il Fondo può intervenire.

La non applicazione dell'art. 2112 c.c. è prevista, come visto, dal comma 5 dell'art. 47, l. n. 428/1990, dalla legge (in caso di fallimento o procedura concorsuale senza continuazione di attività), mentre se l'azienda cedente è in concordato preventivo o in amministrazione straordinaria con continuazione dell'attività, la norma del codice si applica, salvo modifiche del regime di tutela previsto con accordo aziendale.

Da ciò consegue che nel primo caso il Fondo di Garanzia può intervenire, erogando il TFR maturato presso il cedente fino al momento dell'interruzione del rapporto. E che sia così lo conferma il nuovo codice della crisi d'impresa, che all'art. 368, comma 4, lettera d), d.lgs. n. 14/2019, dispone per l'immediata esigibilità del TFR nei confronti del cedente e conseguente intervento del Fondo.

Diverso e più problematico il secondo caso, perché l'art. 47, comma 4-bis, lett. b e b-bis, della l. n. 428/1990 consente di "modulare" le tutele di cui all'art. 2112 cc, ma non di disapplicare tale norma. Anziché, cioè, prevedere l'esclusione in toto dell'art. 2112 cc, si dispone che quest'ultimo trovi applicazione, seppure con le limitazioni che (legittimamente) l'accordo collettivo può definire. E proprio in virtù di tale disposizione, nella prassi (come ricorda l'INPS) si verificano spesso casi di accordi che escludono l'applicazione della responsabilità solidale del cessionario per i crediti del lavoratore esistenti al momento del passaggio (quindi anche per il TFR maturato sino a quel momento), pur nella continuità del rapporto di lavoro.

In casi come questi il datore di lavoro cessionario è liberato dal pagamento della quota di TFR maturata sino al passaggio (perché, appunto, viene esclusa l'applicazione della responsabilità solidale sancita dall'art. 2112 cc), ma, allo stesso tempo, realizzandosi la continuità nel rapporto di lavoro, il lavoratore non può esigere dal datore di lavoro cedente il pagamento del TFR maturato sino a quel momento.

Stante ciò, le tutele offerte al lavoratore dal Fondo di Garanzia, proprio perché il TFR non è esigibile,

non troverebbero applicazione. Il lavoratore non potrebbe infatti né chiedere l'intervento del Fondo, mancando il presupposto della cessazione del rapporto, né richiedere l'adempimento al cessionario, legittimamente liberato da responsabilità.

Nel prendere atto di tale problematica, l'INPS arriva ad affermare che, in siffatte ipotesi, pur non essendo esigibile il TFR, il Fondo di Garanzia potrà comunque intervenire. Trattasi di una presa di posizione molto importante da parte dell'INPS e il passaggio più rilevante del suo Messaggio.

Ad avviso dell'istituto, una siffatta conclusione è imposta dal diritto dell'UE, dal momento che le garanzie retributive offerte dal Fondo di Garanzia INPS costituiscono attuazione della Direttiva UE n. 80/987. Una simile interpretazione è coerente (di nuovo) con le novità di cui all'art. 368, comma 4, lettera d), d.lgs. n. 368/2019, già sopra ricordate ed, in particolare, con la parte in cui si afferma che il Fondo di Garanzia interviene anche se il passaggio all'acquirente avviene con continuità del rapporto di lavoro.

L'interpretazione dell'INPS è altresì in linea con le previsioni di cui all'art. 5, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva 2001/23/UE in materia di trasferimento d'azienda, il quale ammette che uno Stato membro possa escludere l'applicazione della responsabilità solidale del cessionario per i crediti retributivi esistenti al momento del passaggio, purché venga garantita ai dipendenti passati una tutela nei casi di insolvenza dei datori di lavoro analoga a quella prevista dalla Direttiva UE n. 80/987.

La presa di posizione dell'INPS è certamente favorevole ai lavoratori e deve pertanto essere accolta positivamente. Peraltro, merita attenzione il fatto che l'ente previdenziale estende il proprio ambito di intervento in virtù di una interpretazione conforme al diritto dell'UE, che gioca in questo caso un ruolo decisivo nel colmare una lacuna di diritto interno.

Resta la decisiva distinzione tra accordi (individuali ex art. 410 e 411 c.p.c.) raggiunti con il cedente *in bonis* e accordi (collettivi ex art. 47, l. n. 428/90) stipulati con il cedente sottoposto a procedura concorsuale, potendosi solo nel secondo caso configurare una deroga al principio generale che esclude l'intervento del Fondo di garanzia in caso di continuità del rapporto presso il cessionario.

Un ultimo caso affrontato dall'INPS è quello dell'affitto d'azienda (o di ramo d'azienda), ipotesi anch'essa rientrante nell'ambito di applicazione dell'art. 2112 c.c.

Nel caso di affitto di un'azienda di un'impresa fallita l'orientamento dell'INPS è sempre stato nel senso di ammettere l'intervento del Fondo di Garanzia INPS per la quota di TFR maturata al momento del trasferimento solo dopo che l'affitto stesso fosse terminato, ed i lavoratori fossero così tornati all'impresa fallita. Stante, però, la presa di posizione con riferimento al caso da ultimo esposto, l'INPS cambia il proprio orientamento ed afferma che l'intervento del Fondo può realizzarsi già al momento in cui il curatore affitta l'azienda (pur non configurandosi una cessazione dei rapporti di lavoro), anticipando così i tempi di riscossione.

Anche questa può considerarsi una novità rilevante, certamente favorevole ai dipendenti. Non lo è invece quanto l'INPS afferma con riferimento all'ipotesi di fallimento che interviene in pendenza di un affitto stipulato da aziende *in bonis*.

Secondo l'INPS, se fallisce l'azienda cedente, non verificandosi un'automatica risoluzione del contratto di affitto (con conseguente mancato ritorno presso il cedente dei lavoratori passati al cessionario per effetto dell'affitto), il Fondo non potrà liquidare le quote di TFR maturate presso il cedente prima dell'affitto, non essendo cessato il rapporto di lavoro con il cessionario. D'altra parte, in caso di fallimento del cessionario e di ritorno dei lavoratori all'azienda cedente, il Fondo non potrà intervenire a garanzia della quota maturata presso l'azienda fallita, ciò in linea con la consolidata giurisprudenza recepita sul punto dal nuovo codice della crisi d'impresa (art. 148, comma 2, per il quale la retrocessione dell'azienda al fallimento non comporta l'assunzione dei debiti maturati durante l'affitto).

In conclusione il messaggio dell'INPS, sia dove orientato in senso favorevole ai lavoratori, sia (come per le ultime questioni analizzate) dove orientato a negare l'intervento del Fondo di garanzia, segnala come la disciplina del TFR, specie nelle delicate situazioni di crisi aziendale, sia ancora caratterizzata da persistenti incertezze interpretative e da lacune normative che richiederebbero un organico intervento del legislatore. ■

# Dopo la Corte Costituzionale anche il Comitato di Strasburgo batte un colpo a favore dei sindacati dei militari

di [Andrea Allamprese](#) e [Silvia Borelli](#)



Con la decisione sul merito adottata il 22 gennaio 2019, resa pubblica il 7 giugno, il Comitato europeo dei diritti sociali (Ceds) ha accolto il reclamo (n. 140/2016) con cui la CGIL denunciava la violazione da parte dell'Italia dell'art. 5 (diritti sindacali) e dell'art. 6 (diritto alla negoziazione collettiva) della Carta Sociale Europea Riveduta (CSER) con riferimento all'impossibilità dei dipendenti della Guardia di Finanza di costituire sindacati, di svolgere attività sindacale, di esercitare il diritto di negoziazione collettiva, nonché di scioperare.

La decisione di Strasburgo segue un altro passaggio storico per il nostro ordinamento: la sentenza della Corte costituzionale n. 120 del 2018, che - pronunciandosi su ricorso dell'associazione Assodipro sostenuto dalla CGIL - ha cancellato l'anacronistico divieto di sindacalizzazione dei militari, dichiarando l'illegittimità dell'art. 1475, co. 2, del d.lgs. n. 66/2010 (Codice dell'ordinamento militare) per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 11 della Convenzione Europea dei Diritti Umani e 5, 3° periodo, della Carta Sociale Europea. In particolare, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1475, co. 2, d. lgs. n. 66/2010 in quanto prevede che «I militari non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali» invece di prevedere che «I militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali» (sul punto v. *Diritti & Lavoro Flash* n. 5 del 2018, p. 6-8).

In base all'art. 1475 del d.lgs. n. 66/2010, i militari:

a) non possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali;

b) non possono esercitare il diritto di sciopero. Pertanto gli agenti e gli ufficiali della Guardia di Finanza, in quanto parte delle forze armate, non possono costituire sindacati o aderirvi e non possono negoziare le proprie condizioni di lavoro né esercitare il diritto di sciopero.

La legge italiana n. 121 del 1981 sull'ordinamento dell'amministrazione di pubblica sicurezza ha invece assicurato numerosi diritti sindacali agli agenti di polizia, che possono formare sindacati o aderirvi; tali sindacati possono poi negoziare con la controparte alcuni aspetti delle condizioni di lavoro degli agenti. Ma alla Guardia di Finanza non sono state estese queste norme sui diritti sindacali di cui beneficiano gli agenti di polizia.

Il Ceds su questa materia non adotta - nella sua "giurisprudenza" - criteri formali, ma chiede di verificare se, al di là delle formule interne, i lavoratori cui sono impediti i diritti sindacali abbiano o meno lo "status" di militari e svolgano o meno compiti di natura militare (vedi le *Conclusions* 2006, France, p. 302).

Così, nel valutare la situazione della *Gendarmerie* francese, il Ceds ha ritenuto che, per quanto tale Corpo sia inquadrato tra le forze armate e possa all'occorrenza svolgere attività militari, alcuni elementi (la parte preponderante delle sue attribuzioni, i compiti effettivamente svolti) conducono a ritenerlo equivalente, da un punto di vista funzionale, alle forze di polizia, con la conseguenza che i suoi membri sono liberi di costituire sindacati o aderirvi (decisione del 27.1.2016, *CESP c. France*, recl. 101/2013).

La CGIL, nel suo reclamo collettivo presentato nel dicembre 2016, ha sostenuto che la Guardia di Finanza svolge in via principale e nettamente prevalente funzioni di polizia, e lo svolgimento di attività militare è meramente eventuale ed accessorio. Pertanto la CGIL ha domandato al Ceds di voler ritenere fondato il reclamo, concludendo

che lo Stato italiano ha violato e viola l'art. 5 della CSER perché vieta ai componenti della Guardia di Finanza di costituire associazioni professionali a carattere sindacale e di aderire ad altre associazioni, nonostante tale Corpo sia sostanzialmente equivalente a una forza di polizia dal punto di vista delle funzioni assegnate e svolte.

Gli stessi argomenti esposti in relazione all'art. 5 CSER hanno indotto la CGIL a ritenere violato anche l'art. 6 CSER in tema di diritto di negoziazione collettiva e di sciopero.

Ebbene, nella sua decisione del 22 gennaio 2019, il Ceds, pur prendendo atto della importante pronuncia della Corte costituzionale n. 120 del 2018, ha comunque ritenuto che la normativa italiana non rispetti gli artt. 5 e 6 della Carta Sociale Europea. In particolare, il Comitato ha ritenuto sussistere le seguenti violazioni:

- violazione dell'art. 5 della CSER, in quanto la costituzione di un sindacato da parte degli agenti della Guardia di Finanza rimane assoggettata all'autorizzazione preventiva del Ministro della Difesa (cfr. art. 1475, co. 1, Codice ordinamento militare), e non esiste alcuna possibilità di ricorso giudiziario o amministrativo in caso di rifiuto arbitrario della registrazione (par. 83);

- violazione dell'art. 5 della CSER, in quanto gli agenti della Guardia di Finanza hanno il divieto assoluto di aderire ad altre organizzazioni sindacali e sono così privati di un "mezzo efficace per fare valere i propri interessi economici e sociali" (parr. 88, 89, 92 e 93);

- violazione dell'art. 6, par. 2, della CSER, in quanto le rappresentanze della Guardia di Finanza non hanno i mezzi per negoziare collettivamente le loro condizioni di impiego. A parere del Comitato, la procedura di consultazione prevista dagli artt. 2, 4 e 7 del d.lgs. n. 195/1995 e dall'art. 1478 del

Codice militare non costituisce “un’alternativa al processo di negoziazione”; né le rappresentanze della Guardia di Finanza hanno la possibilità di formulare avvisi o presentare domande su questione fondamentali, quali la formazione, le relazioni funzionali gerarchiche, la distribuzione del personale, ecc. (parr. 130-133);

- violazione dell’art. 6, par. 4, della CSER, in quanto il divieto assoluto di sciopero non è proporzionato, né necessario in una società democratica. In particolare, il Ceds, citando la giurisprudenza del Comitato OIL sulla libertà sindacale (par. 150-151), ritiene che, qualora sia limitato o vietato lo sciopero nell’ambito dei servizi essenziali, debbano essere accordate “misure di compensazione”, quali l’imposizione di prestazioni minime, una procedura di negoziazione effettiva e regolare o una procedura di conciliazione o arbitrato. Ebbene, nessuna di queste misure è stata adottata in Italia (par. 152).

Il Ceds ha invece ritenuto insussistente la violazione dell’art. 6, par. 1, della CSER, in quanto la legislazione italiana prevede dei meccanismi di consultazione delle rappresentanze sindacali degli agenti della Guardia di Finanza su questioni relative alla loro vita professionale. ■

## FLASH

### Confermata dal Tribunale di Busto Arsizio la condanna di Ryanair per condotta antisindacale

Il Tribunale di Busto Arsizio ha respinto l’opposizione di Ryanair contro d’ordinanza con la quale era stata accertata la natura antisindacale della condotta della compagnia irlandese (sulla quale vedi Bollettino n. 3/2018). Il giudice bustocco ha confermato la competenza del giudice italiano a decidere sul ricorso per condotta antisindacale ex art. 28 SL promosso da Filt-Cigl, contro la pretesa di Ryanair di far valere la clausola contrattuale inserita nei contratti di lavoro del proprio personale con la quale si attribuiva la giurisdizione esclusivamente al foro irlandese. Detta clausola non può infatti sottrarre ai lavoratori il diritto di agire in giudizio davanti al giudice del paese dove la denunciata condotta illecita e discriminatoria della controparte produce i suoi effetti (nel caso, appunto, l’Italia), ai sensi dell’art. 7.2 del Regolamento UE n. 1215/2012 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Analogamente, la legge applicabile per dirimere la controversia tra le parti deve essere quella italiana: essendo stato richiesto l’accertamento di un illecito extracontrattuale per lesione all’immagine, al ruolo e all’azione del sindacato, vale di nuovo il criterio del luogo dove si è verificato l’evento dannoso (ma parimenti, anche se il giudice non lo dice, la legge italiana sarebbe stata applicabile in controversie relative a responsabilità contrattuale, ai sensi dell’art.8 del c.d. regolamento “Roma I”, n. 593/2008). Nel merito viene confermata la natura antisindacale del comportamento di Ryanair di totale chiusura verso il confronto con i sindacati. Pur non esistendo nel nostro ordinamento un obbligo in capo al datore di negoziazione con tutte le OO.SS., infatti, “la società resistente si è, nel caso di specie, sicuramente spinta ben oltre dalla possibilità di adottare libere scelte imprenditoriali e di scegliere con cui trattare [...] avendo negato in radice di essere disponibile a considerare il ruolo dei sindacati, di ascoltare le loro istanze e di confrontarsi sulle tematiche riguardanti il personale che opera in Italia”. La condotta antisindacale è integrata anche dal persistente rifiuto di Ryanair di fornire le informazioni stabilite dalla legge italiana per le imprese operanti in territorio italiano (ex art. 4, d. lgs. n. 25/07) e di collaborare nelle procedure di nomina dei rappresentanti sindacali per la sicurezza presso lo scalo di Malpensa ai sensi del d.lgs. n. 81/15. Nel condannare la compagnia irlandese, il giudice ha escluso la rilevanza della tardiva e timidissima apertura della compagnia irlandese nei confronti di (alcuni) sindacati (sfociata nella stipula di un accordo aziendale con ANPAC, ANPAV e FIT CISL, che ha di conseguenza rinunciato all’azione in giudizio), indotta per altro proprio dall’esito negativo delle controversie giudiziarie, posto che l’accertamento della condotta attiene al periodo precedente l’accordo medesimo.

# La conciliazione vita-lavoro: la nuova direttiva UE

di Francesca Bassetti

Gli Stati membri dell'Unione Europea hanno tempo fino ad agosto 2022 per adeguare i propri ordinamenti al contenuto della direttiva UE 2019/1158, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza.

Il testo è frutto di numerosi compromessi e non rispecchia appieno gli intendimenti iniziali della Commissione, completando comunque un iter legislativo che durava da lungo tempo. La direttiva indica condizioni di tutela "minime", nel senso che gli Stati membri potranno adottare o mantenere normative di migliore favore per i lavoratori interessati.

Gli obiettivi cui la direttiva si prefigge di contribuire possiedono senz'altro primaria importanza e sono esplicitamente enunciati nei numerosi considerando. Il primo è la parità di genere tra uomini e donne, che l'attuazione della direttiva dovrebbe sostenere in particolare stimolando la condivisione delle responsabilità genitoriali

e contribuendo all'equilibrio tra vita personale e lavoro. Il secondo è favorire l'assistenza ai soggetti più deboli, esigenza ritenuta più urgente in ragione dei cambiamenti demografici in atto e della crescente incidenza degli stessi sui bilanci pubblici.

Quattro sono gli istituti che la Direttiva regola: il congedo di paternità; il congedo parentale; il congedo per i prestatori di assistenza e le modalità di lavoro flessibili.

L'art. 4 (congedo di paternità) riconosce al padre, o al secondo genitore eventualmente equiparato dall'ordinamento, il diritto a 10 giorni di assenza da fruire dopo la nascita del figlio, o eventualmente anche in parte prima, se consentito dalle disposizioni nazionali di attuazione. Il congedo deve essere concesso a richiesta del lavoratore a prescindere dal suo stato civile e di famiglia nonché dall'anzianità di impiego, la quale può però incidere sul diritto a percepire una retribuzione o una indennità, in quanto tale diritto può essere subordinato dalle normative

nazionali ad un periodo di impiego non superiore a sei mesi prima della data presunta del parto. La Direttiva impone inoltre agli Stati di stabilire l'importo della retribuzione o dell'indennità in una misura non inferiore a quanto sarebbe spettato al lavoratore in caso di assenza per motivi connessi al suo stato di salute. Tale congedo non è alternativo a quello di maternità, ma ulteriore, ed esiste già in diverse forme in alcuni Stati dell'Unione, tra cui l'Italia, dove è stato introdotto in via sperimentale con la l. 92/2012 ed è attualmente fruibile per 5 giorni (6 nel caso in cui la madre ceda un giorno di congedo di maternità), con indennità pari al 100% della retribuzione.

La Direttiva, come detto, si occupa anche del congedo parentale. L'art. 5 stabilisce il diritto di ciascun genitore lavoratore ad un periodo di congedo per la cura del figlio, retribuito nella misura decisa da ciascuno Stato, della durata di 4 mesi, da utilizzare prima che il bambino raggiunga una determinata età, che gli Stati possono indicare fino al massimo di 8 anni, comunque determinandola

in modo che ogni genitore possa effettivamente fruire del congedo su un piano di parità. Il diritto può essere subordinato ad una certa anzianità di impiego, non superiore all'anno, dovendosi in tal caso tener conto anche di eventuali periodi in contratti a termine. La fruizione del congedo deve essere richiesta al datore di lavoro con un preavviso e può essere da quest'ultimo posticipata per un periodo ragionevole, ma solo qualora possa gravemente compromettere il funzionamento dell'organizzazione aziendale, con obbligo di comunicazione scritta dei motivi. La regola che ha suscitato maggiore interesse è quella secondo la quale 2 mesi di congedo non sono cedibili da un genitore all'altro, rafforzata dall'espressa previsione che la facoltà di cedere il periodo predetto non può essere comunque considerata norma nazionale di migliore favore per i lavoratori. Lo scopo è evidentemente stimolare la fruizione del congedo da parte del padre, che secondo i dati Istat ed Eurostat è molto disomogenea in Europa: in Italia, ad esempio, ne fruisce solo il 7%, a fronte del 34% in Germania e del 69% in Svezia, la percentuale più alta dell'Unione. Secondo uno studio

della Commissione (2017 Report on equality between women and men in the EU), peraltro, molti Paesi europei hanno negli ultimi anni intrapreso politiche o adottato riforme tese proprio a questo scopo, ad esempio maggiorando le indennità spettanti ai genitori nel caso di fruizione paritaria (Austria) o attraverso iniziative di formazione e sensibilizzazione (Danimarca). L'attuazione della disposizione comporterà modifiche alla disciplina italiana, che al momento prevede 10 mesi di congedo da suddividere tra i due genitori, che aumentano a 12 nel caso in cui il pare fruisca di almeno tre mesi.

Non dovrebbe invece avere un particolare impatto sulla legislazione italiana, che con la l. 104/92 ha già un livello di tutela superiore, la disciplina del congedo per prestatori di assistenza, di cui all'art. 6, che lascia comunque ampio spazio ai legislatori nazionali per definire e modulare l'istituto. In questo caso, infatti, il legislatore europeo si limita ad indicare i possibili beneficiari dell'assistenza nei familiari (figli, madre, padre, coniuge e partner di un'unione civile se riconosciuta dallo Stato) e nei membri dello stesso nucleo familiare che necessitano di

notevole assistenza o sostegno a causa di condizioni di salute gravi, secondo le definizioni degli Stati membri, nonché la durata del congedo in 5 giorni l'anno, peraltro rimodulabili su periodi di riferimento diversi o per persona assistita. La Direttiva non stabilisce il diritto ad una indennità o retribuzione per tali periodi. A tale istituto si affianca la disciplina dell'art. 7, che prevede il diritto per ogni lavoratore di assentarsi dal lavoro per un determinato periodo nell'anno (che sarà definito dagli Stati) per ragioni familiari urgenti legate a malattia o infortunio che ne comportino la indispensabile immediata presenza.

Il quarto istituto della Direttiva riguarda i lavoratori con figli di età non inferiore ad otto anni ed i prestatori di assistenza di cui all'art. 6, cui è attribuito il diritto a richiedere modalità di lavoro flessibili (lavoro a distanza, calendario flessibile o orario ridotto) per motivi di assistenza, per una durata ragionevole stabilita dal legislatore nazionale. Il datore di lavoro può rifiutare o rinviare tale concessione solo in presenza di motivazioni che deve indicare per iscritto, bilanciando i propri interessi e quelli del lavoratore, senza però che

in questo caso, come in quello del congedo parentale (in cui è comunque possibile il solo rinvio), sia necessario che la fruizione possa cagionare grave danno all'organizzazione. Sarà dunque possibile per il datore rifiutare le modalità di lavoro flessibile anche ove le stesse causino, ad esempio, un dispendio di risorse o disagi organizzativi non gravi. Al termine del periodo concesso, il lavoratore ha diritto a ritornare alle originarie condizioni di lavoro, potendo anche chiedere di farlo anticipatamente ove la situazione che abbia determinato la necessità di assistenza muti (in tale ultimo caso il datore di lavoro può rifiutare l'anticipato ripristino delle precedenti condizioni di lavoro, motivandolo). Gli Stati possono subordinare il diritto al raggiungimento di una certa anzianità lavorativa, non superiore a sei mesi, dovendo tener conto anche di quella eventualmente maturata nell'ambito di diversi contratti a termine.

Negli ultimi articoli della Direttiva, sono infine contenute le norme tese ad eliminare ogni ostacolo che si frapponga alla libera fruizione degli istituti sopra esaminati ed a reprimere condotte datoriali pregiudizievoli.

La fruizione dei congedi o delle modalità di lavoro flessibili, in primo luogo, non può comportare il venir meno di diritti acquisiti o in via di acquisizione da parte del lavoratore, il quale ha diritto a riprendere il proprio posto di lavoro, o un posto di lavoro equivalente, con termini e condizioni di lavoro che non siano meno favorevoli e beneficiando dei miglioramenti cui avrebbe avuto diritto se non avesse fruito dei congedi. Gli Stati membri, inoltre, adottano le misure antidiscriminatorie opportune ad impedire che il lavoratore subisca un trattamento meno favorevole per la domanda o la fruizione di uno degli istituti della Direttiva.

Vi è, infine, una specifica tutela per il caso in cui il lavoratore ritenga che il licenziamento sia derivato dalla domanda o dalla fruizione dei congedi (non delle modalità di lavoro flessibile). E' previsto infatti che il lavoratore possa richiedere al datore di lavoro di comunicare per iscritto i motivi del recesso (obbligo non imposto da tutte le discipline nazionali in tutti i casi di licenziamento, ma comunque sempre vigente in Italia) e che, qualora il lavoratore stesso abbia presentato innanzi al Tribunale o ad altra autorità competente fatti da cui si

possa presumere che il provvedimento sia conseguenza della domanda o della fruizione del congedo, debba essere il datore di lavoro a provare che il licenziamento è basato su motivi diversi. Si tratta di una facilitazione simile a quella imposta dalle Direttive in materia di parità di trattamento, seppure non vi sia alcun riferimento all'utilizzo di prove di carattere statistico, che costituiscono una significativa agevolazione in tali casi.

Sarebbe certamente prematuro cercare di formulare una valutazione di efficacia della direttiva in commento. Essa non avrà forse un grande impatto sulla disciplina italiana, che garantisce già un elevato livello di tutela, ma si può segnalare che accanto a disposizioni interessanti, come l'attribuzione del diritto al congedo di paternità anche al "genitore equivalente" eventualmente riconosciuto dallo Stato membro, ve ne siano altre più dubbie, quale quella che consente di riproporzionare la durata dello stesso congedo di paternità e del congedo per prestatori di assistenza nel caso di lavoratori parziali. ■