

06 / 2017

# DIRITTI & LAVORO

## FLASH

idee e strumenti per il sindacato

# A VOLTE RITORNANO

Evitato il referendum,  
tornano i voucher  
in versione elettronica



---

La Corte di giustizia salva  
il lavoro intermittente e  
giustifica il precariato

---

Riforma Madia:  
le novità sul potere  
disciplinare

---

Linee guida  
ministeriali sul lavoro  
agile nella PA

---

Le Sezioni Unite  
sul diritto  
di assemblea

06

Luglio 2017

04

**La Corte di Giustizia salva il lavoro  
intermittente e giustifica la  
precarietà per creare occupazione**

di Giovanni Calvellini

06

**Scomparsi i voucher arrivano le “nuove”  
prestazioni di lavoro occasionali.  
Ma la sostanza non cambia**

di Giovanni Orlandini

10

**Riforma della PA/2  
Le novità in materia disciplinare:  
molte ombre e qualche luce**

di Andrea Ranfagni

14

**Avanti tutta con il lavoro agile anche  
nel lavoro pubblico (forse).  
Pubblicata la direttiva sulle nuove  
forme di organizzazione del lavoro  
nella PA**

di Marco Tufo

17

**RSU e legittimazione a indire  
l'assemblea: le Sezioni Unite  
ci mettono un punto**

di Giovanni Calvellini

# 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 della Condotta, 12  
50122 - Firenze

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

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

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

#### **Crediti fotografici**

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

# LA CORTE DI GIUSTIZIA SALVA IL LAVORO INTERMITTENTE E GIUSTIFICA LA PRECARIETÀ PER CREARE OCCUPAZIONE

di Giovanni Calvellini

Con la recentissima sentenza 19 luglio 2017, *Abercrombie & Fitch Italia S.r.l. c. Bordonaro*, C-143/16, la Corte di Giustizia dell'Unione europea rivela la sua vocazione a privilegiare le esigenze dell'economia su quelle di tutela dei diritti dei lavoratori. Non è la prima volta che ciò si verifica, ma quello che rende "speciale" questa sentenza è l'estrema chiarezza con cui il Giudice di Lussemburgo afferma che, favorendo la diffusione di forme contrattuali poco vincolanti e meno costose per le aziende, è possibile ottenere anche un beneficio per i lavoratori, perché «in un contesto di perdurante crisi economica e di crescita rallentata, la situazione di un lavoratore [...] che, grazie ad un contratto di lavoro flessibile e temporaneo [...] possa accedere al mercato del lavoro è preferibile rispetto alla situazione di colui che tale possibilità non abbia e che, per tale ragione, si ritrovi disoccupato».

**P**rima di esaminare le motivazioni di questa sentenza, occorre brevemente accennare ai fatti che hanno originato la pronuncia; se non altro perché si tratta di un caso che riguarda la nostra disciplina domestica.

La domanda di pronuncia pregiudiziale era stata avanzata dalla Corte di Cassazione nell'ambito di una controversia avente ad oggetto il licenziamento di un lavoratore intermittente (a chiamata) giustificato dal compimento del venticinquesimo anno di età.

In base alla disciplina vigente *ratione temporis* (ma ugualmente prevede quella attuale contenuta negli artt. 13-18, d.lgs. n. 81/2015), il contratto di lavoro intermittente o a chiamata - con il quale il lavoratore si pone a disposizione del datore che ne può utilizzare la prestazione in modo discontinuo o intermittente - poteva essere concluso per le esigenze individuate dai contratti collettivi oppure, in ogni caso, con soggetti con più di 55 anni di età o con meno di 24 «purché - in questo secondo caso - le prestazioni lavorative siano svolte entro il venticinquesimo anno».

Nel caso di specie, il lavoratore aveva prestato opera intermittente in favore della datrice sulla base di un contratto di lavoro a tempo determinato, convertito a tempo indeterminato. Dopo aver svolto per alcuni anni tra i tre e i cinque turni settimanali di lavoro notturno, in corrispondenza del compimento dei 25 anni, gli veniva comunicata la cessazione del rapporto lavorativo «a causa del venir meno del requisito soggettivo dell'età». Il Tribunale di Milano, adito dal lavoratore nel tentativo di far valere l'illegittimità del licenziamento per discriminazione in ragione dell'età, rigettava la domanda. La Corte d'Appello meneghina, invece, in totale riforma della pronuncia di

primo grado, accoglieva l'appello e condannava la datrice a reintegrare l'interessato nel posto di lavoro.

Contro questa sentenza veniva presentato ricorso per cassazione dall'impresa soccombente. La Suprema Corte ha proposto così un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia sottoponendo al Giudice europeo la questione se la Direttiva n. 2000/78/Ce (relativa alla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro) debba essere interpretata nel senso che osta a una disposizione nazionale che consente al datore di lavoro di concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 24 anni, a prescindere dalla natura delle prestazioni da eseguire, e di licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno.

La Direttiva richiamata, nel vietare le discriminazioni in ragione dell'età, precisa che «gli Stati membri possono prevedere che le disparità di trattamento in ragione dell'età non costituiscano discriminazione laddove esse siano oggettivamente e ragionevolmente giustificate, nell'ambito del diritto nazionale, da una finalità legittima, compresi giustificati obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e i mezzi per il conseguimento di tale finalità siano appropriati e necessari» (art. 6 c. 1). Agli Stati membri è lasciato, quindi, un ampio margine di discrezionalità nell'individuare ipotesi di disparità di trattamento in base all'età che non costituiscano discriminazioni e quindi non siano vietate. Ed è esattamente intorno a questo profilo che si sviluppa la sentenza qui in commento.

Infatti, constatato che la fissazione di un'età massima per l'accesso al lavoro intermittente, oltre che per il mantenimento di un'occupazione di questo tipo,

rappresenta senza dubbio una disparità di trattamento fondata sull'età, la Corte si adopera nel verificare se essa possa ritenersi giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per perseguire questo obiettivo siano appropriati e necessari.

Sotto il primo aspetto, il Giudice europeo rileva che la misura contestata si inserisce in un contesto normativo finalizzato a valorizzare la flessibilità nel mercato del lavoro, quale strumento per incrementare l'occupazione, specie quella giovanile. Ebbene, secondo la Corte, la promozione delle assunzioni costituisce incontestabilmente una finalità legittima di politica sociale e dell'occupazione degli Stati membri, in particolare quando si tratta di favorire l'accesso dei giovani all'esercizio di una professione.

Per quanto concerne il carattere appropriato dei mezzi impiegati nel perseguimento di detta finalità, nella sentenza si sostiene che «è immaginabile che le aziende possano essere sollecitate dall'esistenza di uno strumento poco vincolante e meno costoso rispetto al contratto ordinario e, quindi, incentivate ad assorbire maggiormente la domanda d'impiego proveniente da giovani lavoratori». Viene da chiedersi quale sia la linea di confine secondo la Corte, considerato che, così opinando, si può arrivare ad accettare l'introduzione di una tipologia contrattuale per i giovani con tutele minimali in quanto sicuramente attraente per le imprese (e quindi - nella prospettiva del Giudice europeo - utile per creare occupazione).

Il carattere necessario dei mezzi utilizzati è, infine, individuato dalla Corte nella preferibilità di un lavoro precario come quello a chiamata rispetto alla disoccupazione. Affermazione questa semplicistica e chiaramente affetta da un certo grado di apriorismo logico che è frutto dell'accettazione del dogma della prevalenza delle ragioni dell'economia su quelle di tutela della persona del lavoratore. Dogma affermato, anche in questo caso, senza il minimo supporto di dati che ne avvalorino in qualche modo la fondatezza.

Quest'ultimo aspetto segnala un'involuzione particolarmente preoccupante nella giurisprudenza della Corte, che ha sempre fondato il suo giudizio in merito alle giustificazioni addotte dagli Stati ai trattamenti discriminatori (ed in genere alle deroghe ai principi generali del diritto dell'UE) su una rigorosa applicazione del test di proporzionalità; il che, appunto, impone di non ritenere sufficiente la semplice affermazione del perseguimento di finalità occupazionali per rendere legittimo il trattamento discriminatorio, ma richiede che tale affermazione sia avvalorata da dati statistici e dalla prova che il trattamento adottato sia l'unico mezzo per perseguire tale finalità (tra le altre, Seymour-Smith del 9 febbraio 1999, relativa alla legittimità di discriminazioni di genere in materia di licenziamento)

Fatto sta che, sulla base di tutte le considerazioni sopra brevemente riportate, la Corte di Giustizia conclude affermando che la Direttiva n. 2000/78/Ce deve essere interpretata nel senso che non osta a una disposizione, quale quella di cui alla normativa italiana, che autorizza un datore di lavoro a concludere un contratto di lavoro intermittente con un lavoratore che abbia meno di 24 anni, qualunque sia la natura delle prestazioni da eseguire, e a licenziare detto lavoratore al compimento del venticinquesimo anno, giacché tale disposizione persegue una finalità legittima di politica del lavoro e del mercato del lavoro e i mezzi per conseguire tale finalità sono appropriati e necessari.

Le implicazioni di questa pronuncia sono molto rilevanti. Anzitutto, da essa si deduce la legittimità (ovviamente, limitatamente al profilo della compatibilità con il divieto di discriminazione per età) di trattamenti differenziali sfavorevoli per i giovani qualora dette misure perseguano la finalità di agevolare l'inserimento di questi soggetti nel mercato del lavoro.

Inoltre, e ancor più in generale, non è più possibile rinvenire nel diritto eurounitario e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia un serio argine alla diffusione di forme precarie di lavoro, posto che, con la sentenza in commento, si è affermato che le forme flessibili di lavoro «sono necessarie» per favorire la mobilità dei lavoratori, rendere gli stipendi più adattabili al mercato del lavoro e facilitare l'accesso a tale mercato delle persone minacciate dall'esclusione sociale, eliminando allo stesso tempo le forme di lavoro illegali. ■

## Scomparsi i voucher arrivano le “nuove” prestazioni di lavoro occasionali. Ma la sostanza non cambia

di Giovanni Orlandini

### Il perché della "rinascita" del lavoro occasionale

Lavoro intermittente (o a chiamata); collaborazione coordinata e continuativa; contratto a termine, a tempo pieno o in regime di part time; somministrazione di lavoro... Sono tutte tipologie di lavoro (molto) flessibile disciplinate dal d.lgs. n. 81/15, che rendono possibile l'utilizzo di un lavoratore per breve o brevissimo tempo, cioè per fargli svolgere prestazioni "saltuarie" o "occasionalì". E ciò senza particolari oneri burocratici, essendo ormai informatizzata la procedura di comunicazione preventiva del rapporto agli organismi competenti a vigilare sul mercato del lavoro. D'altra parte, questo è stato il fine perseguito con il c.d. Jobs Act: rendere (ulteriormente) flessibile il mercato del lavoro, semplificando gli oneri anche amministrativi a carico delle imprese, per fare recuperare a queste l'agognata competitività nei mercati (ormai) globalizzati. Tutto ciò però evidentemente non

è bastato, se si è ritenuto necessario reintrodurre nell'ordinamento la forma più estrema di flessibilità, quella garantita dai famigerati voucher, i quali, usciti dalla finestra con il d.l. 25/17 (approvato d'urgenza per evitare le forche caudine del referendum) sono rientrati dalla porta grazie all'art.54- bis della legge 25 giugno 2017 n.96, di conversione del d.l. n. 50/17 adottato dal Governo lo scorso 24 aprile.

Certo, i voucher come li conoscevamo non ci sono più, sostituiti dalle nuove prestazioni di lavoro occasionali, utilizzabili o ricorrendo al "libretto famiglia" (per le prestazioni fornite in ambito familiare) o al c.d. PrestO, il "contratto di prestazione occasionale" (per quelle prestate nell'impresa); cosicché non si possa dire che l'abrogazione della vecchia disciplina è servita solo ad impedire ai cittadini di esercitare il loro diritto di voto. Ma nella sostanza poco o nulla cambia, perché identica resta la finalità perseguita con il "nuovo" contratto, che non è appunto quella

di regolare prestazioni lavorative che altrimenti sarebbero state prive di veste giuridica e, quindi, condannate a restare nel mondo del sommerso. Il d.l. 25/17 non aveva infatti aperto nessuna lacuna normativa, così come non l'avrebbe aperta un'eventuale vittoria referendaria, posta l'ampia gamma contrattuale a disposizione delle imprese che si è sopra elencata. Il punto è che queste tipologie contrattuali, per quanto flessibili possano essere, hanno un costo che è fissato dai contratti nazionali e dai contributi da versare agli enti previdenziali. Un peccato evidentemente inemendabile, se non creando una zona franca nella quale le regole che valgono a tutelare i lavoratori non trovano applicazione. Da ciò l'introduzione nell'ordinamento del lavoro accessorio ieri (i voucher appunto) e del lavoro occasionale oggi, che, appunto, a questo principalmente servono: permettere di utilizzare dei lavoratori senza il problema dei vincoli derivanti dall'ostinata



volontà dei sindacati di intralciare il libero funzionamento del mercato attraverso la contrattazione collettiva.

L'unica novità significativa del "nuovo" lavoro occasionale è costituita dalla limitazione dell'utilizzo del contratto di lavoro occasionale alle sole imprese che hanno fino a 5 dipendenti e dal divieto posto per le imprese edili. Il che ovviamente è positivo. Tuttavia la rilevanza di questo limite è ridotta da una parte (come si dirà) dall'inefficacia del regime sanzionatorio; dall'altra dal fatto che anche ai voucher ricorrevano già, nella stragrande maggioranza dei casi, le piccole e piccolissime imprese.

### **L' indefinita natura del rapporto di lavoro occasionale**

Che la sostanza del lavoro occasionale resti identica a quella del lavoro prestato attraverso i voucher lo dimostra il fatto che anche nella vigente disciplina manca la definizione della fattispecie, ovvero non si chiarisce quale tipo di attività debba ritenersi "occasionale"; ma si indicano esclusivamente il limite temporale annuo (280 ore) ed i limiti di reddito cui essa può dar luogo. In particolare, ciascun prestatore non può guadagnare più di 5000 euro annui complessivi (con riferimento alla totalità degli utilizzatori) e 2.500 con riferimento al medesimo utilizzatore (art. 54 bis, comma 1). Vi è poi un limite anche per ciascun utilizzatore, che non può servirsi di prestatori per compensi complessivamente superiori a 5000 euro; ma si tratta di un limite solo apparente perché la sua violazione non comporta alcun effetto né l'irrogazione di alcuna sanzione.

Apparentemente più restrittivo è anche il regime delle imprese agricole, che possono utilizzare con il contratto di lavoro occasionale "solo" soggetti non iscritti nell'anno precedente negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli e che rientrino

nelle seguenti categorie: titolari di pensioni, giovani con meno di 25 anni, disoccupati, percettori di prestazioni integrative del salario, di reddito di inclusione (REI) o di altre prestazioni di sostegno del reddito (comma 8). Ovvero praticamente tutti i soggetti che di fatto erano utilizzati come lavoratori accessori attraverso i voucher.

Il lavoratore "occasionale" è dunque solo nominalmente tale, perché può svolgere qualsiasi attività, in qualsiasi forma e modalità esecutiva. Esattamente come fino a ieri avveniva con i voucher. Ciò è d'altra parte confermato dalla disposizione, apparentemente migliorativa rispetto alla vecchia disciplina, per la quale *"il prestatore ha diritto al riposo giornaliero, alle pause e ai riposi settimanali, secondo quanto previsto agli artt. 7, 8 e 9 del d.lgs.66/03"* (comma 3). Disposizione che non avrebbe ragion d'essere se la prestazione fosse davvero "occasionale"; e che rappresenta una sorta di involontaria ammissione che il lavoratore occasionale è un puro e semplice lavoratore subordinato, che può essere utilizzato per un certo periodo dell'anno senza che questo status gli venga riconosciuto (e con esso, i diritti che ne conseguono). Lo stesso può dirsi per la disposizione che fissa in 36 euro il compenso minimo "giornaliero" del lavoratore, *"per prestazioni di durata non superiore a quattro ore continuative nell'arco della giornata"* (comma 17, lett.d)). Si può dunque utilizzare un lavoratore per 4 ore il giorno, 4 giorni a settimana, per quasi tre mesi, per svolgere le normali attività che potrebbe svolgere un qualsiasi dipendente in una fabbrica o in un grande magazzino, senza bisogno di ricorrere al "costoso" part-time; visto appunto che c'è il lavoro "occasionale".

### **Dal buono cartaceo alla piattaforma informatica**

Se la sostanza resta uguale, cambia però la modalità di utilizzo dei lavoratori, perché il "voucher"

cartaceo è sostituito da una procedura *in toto* informatizzata. Per attivare un contratto di lavoro occasionale è necessario che utilizzatore e prestatore si scrivano nell'apposita piattaforma informatica gestita dall'INPS (comma 9). Attraverso di essa, l'utilizzatore versa quindi l'importo previsto per il compenso (pari a 9 euro l'ora) e comunica almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione le informazioni relative al prestatore nonché a luogo, oggetto e tempi della prestazione (comma 17). L'INPS provvede quindi all'accredito dei contributi alla Gestione separata (aliquota del 33%) ed a trasferire i premi assicurativi all'INAIL (aliquota 3,5%), nonché ad erogare il compenso sul conto del prestatore il giorno 15 del mese successivo a quello nel quale la prestazione è stata resa (comma 19). Sempre attraverso la piattaforma, l'utilizzatore "è tenuto" a comunicare la revoca della sua dichiarazione entro 3 giorni successivi a quello originariamente programmato nel caso in cui la prestazione non sia stata svolta (comma 18). Più che un obbligo però, in questo caso, si tratta di un'opportunità offerta all'utilizzatore disonesto, che può così "legalmente" utilizzare il lavoratore in nero, una volta passati i 3 giorni indenne da controlli.

### **Le lacune del regime sanzionatorio: la trasformazione in rapporto a tempo indeterminato**

Ma il profilo più lacunoso della normativa è quello sanzionatorio (comma 20), anche in questo caso solo apparentemente più rigido rispetto a quello previgente. In caso di superamento dei limiti temporali e di reddito si prevede infatti la sanzione della trasformazione in rapporto di lavoro a tempo pieno e indeterminato. Tuttavia l'ipotesi sanzionata è praticamente impossibile da contestare all'utilizzatore. Il superamento dei limiti previsti dalla nuova disciplina è accertabile infatti solo 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. Entrambe queste ipotesi, con ogni evidenza, sono, se non di scuola, certo del tutto marginali. Così come 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.

La sanzione della trasformazione del rapporto non troverà invece mai applicazione nella normale (e ben più realistica) ipotesi in cui è contestabile 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. E ciò dimostra come, al di là dell'apparente inasprimento del regime sanzionatorio, quest'ultimo resti come in passato del tutto inadeguato a contrastare l'utilizzo del lavoro occasionale a copertura del lavoro nero.

Riguardo poi all'utilizzo complessivo di lavoratori occasionali da parte di uno stesso utilizzatore, si è già detto che non è prevista alcuna sanzione. Per cui, nonostante i limiti reddituali formalmente previsti, un datore può utilizzare un numero indefinito di lavoratori occasionali durante l'anno, facendo solo attenzione a ruotarli onde evitare di superare la soglia dei 2500 euro valevole per il singolo prestatore.

#### ..e le sanzioni amministrative

Sanzioni amministrative (da 500 a 2.500 euro per ogni prestazione giornaliera accertata) sono previste invece in caso di violazione dell'obbligo di comunicazione; e la

stessa sanzione si applica nel caso in cui risultino violati i divieti posti dal comma 14 all'utilizzo del lavoratore occasionale da parte di determinate categorie di datori (imprese con più di 5 dipendenti, imprese edili, agricole nei termini sopra indicati, appaltatore).

La prima ipotesi, per la verità, non è neppure chiaro a cosa si riferisca. Da una parte, presa alla lettera, sembra non comprendere proprio le ipotesi di "erronea" o "scorretta" comunicazione; anche se l'INPS (sorprendentemente) nella sua circolare di chiarimento della nuova normativa del 5 luglio (n. 107/17) nulla dice a riguardo, è naturalmente opportuno che una simile lettura sia esclusa in via interpretativa, pena la sostanziale inutilità degli obblighi relativi alla comunicazione dei tempi della prestazione.

D'altra parte la norma sembra riferirsi (anche) all'ipotesi di totale omissione dell'obbligo di comunicazione; e, come detto, si riferisce certamente ai casi in cui un datore faccia ricorso al lavoro occasionale pur non potendo registrarsi nella piattaforma dell'INPS come utilizzatore, in quanto rientrante in una delle categorie non legittimate a farlo. Il senso della sanzione amministrativa è allora quanto meno ambiguo, dal momento che non si capisce come possa configurarsi un'ipotesi di lavoro occasionale senza che chi vi ricorre abbia provveduto a comunicare alcunché per via telematica. E' evidente che, in questi casi, non si verifica una mera violazione procedurale e non si è in presenza di una mera irregolarità nell'utilizzo del lavoro occasionale, ma si è in presenza semplicemente di lavoro nero, tale dovendosi definire la prestazione "occasionale" fornita in assenza di comunicazione o nei confronti di soggetti non legittimati ad utilizzarla. Se ne dovrebbe ricavare che la sanzione di legge più che una norma di contrasto all'utilizzo abusivo di lavoro occasionale,

configuri una sorta di sanatoria *ex post* del lavoro nero ed introduca una preclusione *ex lege* alla possibilità del lavoratore di ottenere l'instaurazione di un "vero" rapporto di lavoro. Anche sotto questo profilo, cioè, la disciplina del lavoro occasionale servirebbe a garantire una zona franca a vantaggio del datore che, a fronte di un accertamento ispettivo, provi che il lavoratore è comunque "occasionale", per quanto non regolarmente registrato come tale: ovvero ha svolto l'attività per non più di 280 ore annue e verso un compenso non superiore a 2500 euro. Per escludere una simile conclusione, non resta che ritenere che la sanzione amministrativa riguardi solo le ipotesi di "scorretta" comunicazione e non l'ipotesi di totale mancanza della stessa, da sanzionare invece come vero e proprio lavoro nero e con l'instaurazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore. E' certo, però, che resta esclusa comunque la sanzione della trasformazione del rapporto nel caso di violazione dei divieti di cui al comma 14, ivi compreso quello riguardante le imprese con più di 5 dipendenti.

#### Il Libretto Famiglia

Seppur di minor impatto sul mercato del lavoro, solleva preoccupanti dubbi interpretativi anche l'altra ipotesi di lavoro occasionale regolato dall'art. 54- bis; ovvero quello attivabile attraverso il c.d. Libretto Famiglia cui possono ricorrere le persone fisiche che non esercitano attività professionali o d'impresa.

In questo caso il prestatore "occasionale" può essere utilizzato solo per svolgere lavori domestici (inclusi lavori di giardinaggio, pulizia e manutenzione), di assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con disabilità e di insegnamento privato. La prestazione occasionale è dunque definita non solo in base a limiti temporali e di reddito, ma anche in base al tipo di attività



svolta. Il che, da una parte conferma (a contrario) quanto detto sopra in merito all'assenza di una fattispecie "sostanziale" sottostante al "contratto di lavoro occasionale"; dall'altra non permette comunque di limitare l'uso del Libretto Famiglia a mere prestazioni saltuarie o discontinue né (com'era in origine previsto dal d.lgs. n. 276/03) alle sole collaborazioni di natura autonoma, posto che anche per le attività elencate l'"occasionalità" è determinata dai soli limiti temporali e di reddito.

Al prestatore utilizzato con il Libretto Famiglia spetta un compenso di 8 euro l'ora, cui si aggiungono a carico dell'utilizzatore la contribuzione alla Gestione separata (1,65 euro) e all'INAIL (0,25 euro) nonché 10 centesimi a titolo di finanziamento degli oneri di gestione del rapporto. Anche in questo caso il rapporto si attiva ed è gestito attraverso la piattaforma dell'INPS, presso la quale l'utilizzatore acquista un libretto nominativo prefinanziato (appunto, il "Libretto Famiglia") contenente i titoli di pagamento del prestatore. L'obbligo di comunicazione può però essere adempiuto "entro il 3 del mese successivo

allo svolgimento della prestazione" (comma 12); e, soprattutto, nessuna sanzione è prevista in caso in cui tale obbligo non venga assolto.

Posto che, anche sotto questo profilo, restano dubbi circa l'invocabilità dei principi generali di diritto del lavoro, la disciplina del Libretto Famiglia è dunque clamorosamente deficitaria sul piano sanzionatorio e perciò del tutto inadeguata ad impedire il ricorso al sommerso. Anzi, una simile disciplina rischia di incidere negativamente sulle condizioni di lavoro dei lavoratori domestici sotto un duplice punto di vista. Da una parte può infatti servire a "sostituire" il contratto di lavoro domestico con il ben più economico Libretto Famiglia. Dall'altra, finisce per costituire un incentivo al lavoro nero, posto che, come visto, non solo le comunicazioni all'INPS sono successive allo svolgimento delle prestazioni, ma l'eventuale comunicazione di informazioni scorrette non implica di per sé alcuna conseguenza sanzionatoria.

#### Verso un nuovo referendum?

Difficile in conclusione dire se, sul

piano della destrutturazione delle tutele del lavoro, il "PrestO" sia meglio o peggio dei "voucher". Certo è che spettava alla Corte di Cassazione decidere e non al Governo, che ha evitato il referendum ricorrendo ad una strategia che non ha precedenti nella storia repubblicana: abrogare la normativa oggetto del quesito referendario; attendere l'ordinanza della Corte di Cassazione che prende atto di ciò e dichiara per questo non doversi più votare; approvare subito dopo una nuova disciplina sulla stessa materia, prima ancora che fosse finito il periodo transitorio che manteneva in vita la precedente. Una strategia che rappresenta di per sé un *vulnus* al nostro fragile sistema democratico e sulla quale c'è da augurarsi che i Supremi Giudici possano essere chiamati a dire l'ultima parola. E' infatti probabile che i promotori del referendum propongano un'istanza davanti alla Cassazione per chiedere il riesame dell'ordinanza del 27 aprile scorso con la quale è stata annullata la scadenza referendaria, alla luce della sopravvenuta normativa. Ma si tratta di una strada mai percorsa prima e, per questo, tutta in salita. ■

## FLASH

### IL TRIBUNALE DI ROMA SOLLEVA DAVANTI ALLA CONSULTA LA QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ SUL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

Il Tribunale di Roma, con ordinanza del 26 luglio 2017, sospendendo la decisione in merito ad un licenziamento adottato ai sensi del D. Lgs. n. 23/2015, ha rimesso all'esame della Corte Costituzionale per contrasto con gli articoli 3, 4, 76 e 117 della Costituzione, alcune disposizioni del predetto decreto e dell'art. 1, comma 7, della Legge delega n. 183/2014. Nel caso in esame, una lavoratrice, assunta dopo il 7 marzo 2015, veniva licenziata per giustificato motivo oggettivo, ma le motivazioni addotte dal datore di lavoro, peraltro rimasto contumace, erano estremamente generiche, per cui il Tribunale, a fronte della estrema genericità della motivazione adottata e della assoluta mancanza di prova della fondatezza di alcune delle circostanze indicate nella lettera di licenziamento, ravvisava il vizio della "non ricorrenza degli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" ovvero della "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo". Stante quanto sopra, il Giudice prosegue con una riflessione: se la lavoratrice fosse stata assunta prima del 7 marzo 2015, avrebbe goduto della tutela reintegratoria e di una indennità commisurata a dodici mensilità ovvero, applicando il comma 5 dell'art. 18 SL della sola tutela indennitaria fra le 12 e le 24 mensilità; mentre, per il solo fatto di essere stata assunta dopo quella data, ella ha diritto soltanto a quattro mensilità, e solo in quanto la contumacia dell'azienda consente di ritenere presuntivamente dimostrato il requisito dimensionale, altrimenti le mensilità risarcitorie sarebbero state due. Tale evidente disparità di tutela ha originato nel Tribunale di Roma il dubbio di incostituzionalità del D. Lgs. n. 23/2015 per contrasto della predetta normativa con: a) l'art. 3 della Costituzione, in quanto l'importo dell'indennità risarcitoria designata dalle norme del c.d. "Jobs Act" non riveste carattere compensativo per il lavoratore, né dissuasivo per il datore di lavoro ed inoltre, eliminando totalmente la discrezionalità valutativa del giudice, finisce per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili fra loro; b) gli artt. 4 e 35 della Costituzione, in quanto al diritto al lavoro, valore fondante della Carta, viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso; c) gli artt. 76 e 117 della Costituzione, in quanto la sanzione per il licenziamento illegittimo appare inadeguata rispetto a quanto statuito da fonti sovranazionali come la Carta di Nizza e la Carta Sociale, mentre il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni sovranazionali costituiva un preciso criterio di delega, che è stato pertanto violato. "Il contrasto con la Costituzione", ci tiene poi a precisare il Giudice, "non si ravvisa in ragione dell'avenuta eliminazione della tutela reintegratoria e dunque in ragione della integrale monetizzazione della garanzia offerta al lavoratore", avendo la Corte costituzionale già più volte chiarito che la tutela reintegratoria non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei precetti costituzionali di cui agli artt. 4 e 35; il sospetto di incostituzionalità viene piuttosto formulato "in ragione della disciplina concreta dell'indennità risarcitoria che, nel compensare solo per equivalente il danno ingiusto subito dal lavoratore, è destinata, oggi, altresì a prendere il posto del concorrente risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione (divenuta tutela per pochi casi di eccezionale gravità) e dunque avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata".

# RIFORMA DELLA PA/2

*Le novità in materia disciplinare:  
molte ombre e qualche luce*

di Andrea Ranfagni

Proseguiamo l'analisi delle novità introdotte in materia di Pubblico Impiego da parte del d.lgs. n. 75/2017, nell'ambito della più generale Riforma della PA che prende il nome di "Riforma Madia" (vd lo scorso Bollettino n.5/2017), occupandosi della materia disciplinare.

Come noto, la materia è stata oggetto, soprattutto negli ultimi anni, di numerosi interventi. E' stata, in particolare, la Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009) ad introdurre delle profonde novità, cui però si è aggiunto il più recente d.lgs. n. 116/2016 relativo ai casi di falsa attestazione della presenza in servizio.

Con il d.lgs. n. 75/2017 si interviene nuovamente in materia, introducendo delle importanti modifiche.

## Le novità procedurali

Un primo consistente numero di novità attiene al procedimento mediante il quale si applicano i provvedimenti disciplinari.

In primo luogo, sul punto, è da evidenziare come venga superata, di fatto, la distinzione circa gli uffici competenti ad irrogare le sanzioni disciplinari introdotta dalla Riforma Brunetta.

Con tale ultimo intervento, infatti, erano stati previsti sostanzialmente tre tipi di competenze: per le condotte sanzionabili con il rimprovero verbale, si seguiva quanto prescritto dalla contrattazione collettiva di riferimento; per le condotte punibili con la sanzione superiore al rimprovero verbale, ma inferiore alla sospensione dal servizio e dalla retribuzione per 10 giorni, si prevedeva la competenza del Responsabile della struttura cui apparteneva il dipendente; per le condotte punibili con sanzioni pari e superiori a 10 giorni di sospensione dal servizio e dalla retribuzione era

competente l'ufficio disciplinare.

Oltre alla differente competenza ad instaurare e dirigere il procedimento, poi, la legge prevedeva altresì diversi procedimenti da seguire ed, in particolare, per il rimprovero verbale si seguiva quanto prescritto dal contratto collettivo, mentre nelle altre due ipotesi si prevedevano due procedimenti sostanzialmente identici, ma con termini per contestare, per la difesa del dipendente e per la chiusura del procedimento raddoppiati nel caso di condotte più gravi.

Con le novità introdotte dal d.lgs. n. 75/2017, si prevede ora che per le condotte punibili con il rimprovero verbale sia competente il responsabile della struttura, mentre le regole del procedimento restano fissate dal contratto collettivo.

Per gli altri tipi di condotte, invece, è ora competente solo e soltanto l'ufficio disciplinare, il quale seguirà un'unica procedura. Al di là del rimprovero verbale, quindi, non vi è più alcuna distinzione a seconda del tipo di sanzione applicabile.

Vi è così ora un'unica competenza, quella dell'ufficio disciplinare, cui si aggiunge un unico procedimento. Continuerà tuttavia a farvi eccezione il procedimento relativo alle condotte di falsa attestazione della presenza in servizio. Come poco fa ricordato, infatti, con il d.lgs. n. 116/2016 erano già state introdotte delle importanti novità in materia ed, in particolare, l'introduzione di un procedimento disciplinare speciale per l'irrogazione del licenziamento giustificato, appunto, dalla falsa attestazione della presenza in servizio (per il commento si veda Bollettino n. 6/2016). Questo rimane e si porrà quindi come eccezione al generale procedimento disciplinare.

Altra eccezione, poi, sarà rappresentata dal settore Scuola. Per il personale docente e ATA, infatti, viene mantenuta la distinzione tra condotte punibili con sanzioni fino alla sospensione dal servizio e dalla retribuzione per 10 giorni,

per cui resta competente il responsabile di struttura con qualifica dirigenziale, e condotte punibili con sanzioni più gravi per cui è competente l'ufficio disciplinare.

Il mantenimento in capo al responsabile di struttura della titolarità del potere disciplinare nella scuola, si spiega forse nel quadro degli interventi normativi introdotti con la cosiddetta legge sulla "Buona Scuola", tesi a rafforzare la figura del Preside quale manager aziendale, dotato di incisivi poteri. Circa il procedimento da seguire, comunque, anche nel settore Scuola varrà il nuovo procedimento valevole per tutte le altre PA.

Quest'ultimo si caratterizza per i medesimi passaggi che erano già presenti nei precedenti due procedimenti disciplinari.

Si prevede, in primo luogo, che il responsabile della struttura debba immediatamente segnalare l'infrazione al competente ufficio disciplinare entro 10 giorni da quando ha ricevuto notizia. Nella normativa precedente, per i casi di competenza dell'ufficio disciplinare, il responsabile della struttura aveva a disposizione solo 5 giorni.

Ricevuta la segnalazione, poi, l'ufficio disciplinare ha ora 30 giorni di tempo per formalizzare la contestazione e convocare a difesa il dipendente concedendo a quest'ultimo un preavviso di almeno 20 giorni. In precedenza, invece, per le condotte meno gravi il responsabile della struttura aveva a disposizione 20 giorni per la contestazione e doveva concedere un preavviso al dipendente per le difese di almeno 10 giorni. Per le condotte più gravi, invece, i termini erano raddoppiati, quindi 40 giorni per la contestazione e 20 giorni almeno di preavviso al dipendente per la convocazione a difesa.

Nel nuovo procedimento, poi, viene mantenuta la previsione per cui il dipendente può chiedere il differimento della data inizialmente fissata per la presentazione delle sue difese, ma, come in passato, per una sola volta e per "grave ed oggettivo impedimento". In alternativa, potrà continuare a presentare memorie scritte e, nel caso di audizione orale, potrà ancora farsi assistere da un avvocato o da un sindacalista.

Diversamente dai precedenti procedimenti disciplinari, ora la legge prevede espressamente che il dipendente può fare accesso agli atti istruttori del procedimento, ma non alla denuncia, qualora questa sia arrivata da colleghi di lavoro. Quella in questione, comunque, non sembra una vera novità, posto che il diritto di accedere agli atti istruttori, oltre ad essere parte integrante del diritto di difesa (garantito anche dall'art. 24, Costituzione), è anche specificazione del più generale diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui agli artt. 22 e ss., l. n. 241/1990 e valevole per qualsiasi soggetto, anche se non dipendente.

La nuova disciplina, mantiene quindi la fissazione di un termine per la chiusura del procedimento, pari a 120 giorni, ovvero lo stesso termine che caratterizzava in precedenza i procedimenti per le condotte più gravi. Per quelle meno gravi, infatti, il termine era di 60 giorni.

Con riferimento proprio ai termini presenti nel procedimento disciplinare, si prevede che la violazione dei medesimi non comporti la decadenza dall'azione disciplinare, né l'invalidità degli atti e della sanzione purché non risulti "irrimediabilmente" compromesso il

diritto di difesa del dipendente e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività.

Quella in questione è una novità importante, posto che in precedenza si prevedeva che la violazione dei termini

## FLASH

### IL TRIBUNALE DI FIRENZE SULLA NON OBBLIGATORietà DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA NEI GIORNI FESTIVI

La Sezione Lavoro del Tribunale di Firenze ha accolto il ricorso di undici lavoratori che avevano adito l'autorità giudiziaria per accertare l'illegittimità della condotta della propria datrice di lavoro, la Toscana Aeroporti, che aveva negato loro il diritto all'astensione dalle prestazioni lavorative per festività infrasettimanali civili e religiose, nonché per accertare il loro diritto ad astenersi dalla prestazione lavorativa predetta. A seguito del ricorso presentato dai lavoratori, il Tribunale, con sentenza n. 511/2017 del 24/05/2017, ha ritenuto di aderire a quella giurisprudenza della Corte di Cassazione (cfr. C. Cass. n. 22482/2016) che, dando una lettura costituzionalmente orientata delle norme che disciplinano il lavoro festivo, riconosce l'esistenza di un diritto soggettivo in capo al lavoratore di astenersi dalla prestazione lavorativa in occasione delle festività infrasettimanali civili e religiose. La ratio di tale orientamento, prosegue il Giudice di prime cure, deve ravvisarsi "nella finalità di assicurare al lavoratore di prender parte alle ricorrenze civili e religiose riconosciute come proprie dalla comunità sociale", per cui è da escludere che il datore di lavoro possa imporre unilateralmente la prestazione di lavoro ai propri dipendenti nei festivi. Nel ribadire la non obbligatorietà della prestazione lavorativa nei giorni festivi, il Giudice ha poi sostenuto che, "per l'eventuale prestazione lavorativa, l'azienda deve trovare un accordo con il dipendente stesso", ma nel caso in cui il dipendente opponga il suo rifiuto, il datore di lavoro non può costringerlo a rendere la prestazione lavorativa. Allo stesso tempo, il riposo festivo "è un diritto di cui le organizzazioni sindacali in sede di accordi collettivi non possono disporre, in assenza di uno specifico mandato ad esse conferito dal lavoratore, essendo il riposo nelle festività infrasettimanali rinunciabile solo mediante il mutuo consenso fra le parti, lavoratore e datore di lavoro". Ne discende la nullità delle clausole dei contratti collettivi che prevedano l'obbligo dei dipendenti di lavorare nei giorni di festività infrasettimanale, in quanto incidenti sul diritto dei lavoratori - indisponibile da parte delle organizzazioni sindacali - di astenersi dalla prestazione. Lavorare durante un giorno festivo è dunque una scelta completamente rimessa al lavoratore: non può imporlo il datore di lavoro, così come non può imporlo un sindacato. Questa sentenza apre, senza dubbio, nuovi scenari sul lavoro nelle festività e potrà riguardare tante altre categorie di lavoratori, in primo luogo quelli della grande distribuzione e dei centri commerciali, che, a seguito delle liberalizzazioni selvagge degli ultimi anni, sono costretti a prestare la propria opera durante la quasi totalità delle festività.

comportasse la decadenza dall'azione disciplinare e dal diritto di difesa, senza alcuna possibilità di mantenere la validità del procedimento e dei suoi atti. Si persegue evidentemente l'obiettivo di sanzionare il più possibile i dipendenti. Non mancano, però, come visto, delle cautele, delle quali non si poteva fare a meno stante anche, come poc'anzi ricordato, la rilevanza costituzionale del diritto di difesa del dipendente. Con riguardo alle stesse, però, si usano espressioni di carattere generale, che, come tali, attribuiranno maggiore discrezionalità al giudice eventualmente adito per decidere se il mancato rispetto del termine abbia o no precluso, appunto, il diritto di difesa, anche e soprattutto in termini di tempestività.

Si prevede, comunque, nella nuova normativa che in ogni caso il termine per la contestazione e per la conclusione del procedimento si pongano come perentori. La violazione di questi ultimi, quindi, dovrebbe comportare la decadenza dall'azione disciplinare, quindi l'invalidità dell'eventuale sanzione applicata. La mancata decadenza - quindi la validità del provvedimento - salva una valutazione sul rispetto o meno del diritto di difesa, dovrebbe quindi valere solo per la violazione dei termini per la segnalazione all'ufficio disciplinare e per il preavviso in favore del lavoratore al fine di predisporre le proprie difese.

La riforma, poi, introduce una previsione secondo cui sono nulle le previsioni contenute nei contratti collettivi o nei regolamenti interni che introducono requisiti formali e procedurali ulteriori rispetto a quelli fissati dalla legge. Non solo, quindi, resteranno nulle le previsioni contrattuali e regolamentari che entrano in contrasto con la normativa legale, ma adesso vi è un divieto di introdurre anche previsioni ulteriori, anche se non contrastanti con quanto prevede la legge.

Anche dalla novità in questione, emerge ancora di più l'intento estremamente punitivo della normativa adottata dal Governo, che lo porta a forzare i limiti posti dalla Costituzione al diritto di difesa del dipendente.

In tal senso debbono essere lette ulteriori due novità.

Si mantiene, infatti, la previsione per cui nei casi di condotte per le quali è previsto il licenziamento o nei casi in cui è stata disposta la sospensione cautelare, l'eventuale cessazione del rapporto non fa venir meno il procedimento disciplinare e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici ed economici non preclusi dalla cessazione del rapporto.

Rispetto alla versione precedente della disposizione però, si parla ora in generale di "cessazione del rapporto" e non solo, come prima, di "dimissioni del dipendente". Si vuole così coprire qualsiasi caso di cessazione del rapporto e non solo il caso specifico in cui ciò avvenga per dimissioni.

Viene altresì mantenuta la previsione per cui nel caso di trasferimento presso altra PA il procedimento disciplinare prosegue. La disciplina in questione, però, viene ora arricchita di garanzie perché il proseguimento del procedimento presso la nuova PA si realizzi effettivamente.

Si prevede, infatti, che dalla ricezione degli atti presso l'ufficio disciplinare della nuova amministrazione datrice di lavoro, decorrono nuovi termini per la contestazione dell'addebito e per la conclusione del procedimento, mentre

in precedenza ci si limitava a dire che essi rimanevano interrotti sino all'effettivo trasferimento, riprendendo poi a decorrere una volta che quest'ultimo si fosse effettivamente realizzato e per il tempo rimanente.

Inoltre, si prevede ora che nel caso in cui l'amministrazione di provenienza venga a conoscenza dell'illecito disciplinare successivamente al trasferimento del dipendente, la stessa amministrazione provvede a segnalare immediatamente e comunque entro venti giorni i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare all'ufficio per i procedimenti disciplinari dell'amministrazione presso cui è stato trasferito il dipendente e dalla data di ricezione della segnalazione decorrono i termini per la contestazione dell'addebito e per la chiusura del procedimento.

Sempre sulla stessa lunghezza d'onda, sono anche le novità in materia di rapporti tra procedimento penale e disciplinare. Nei casi, infatti, in cui le condotte perseguite disciplinarmente lo siano anche penalmente, la normativa ha sempre previsto possibilità di sospendere il procedimento disciplinare e di riaprirlo qualora la successiva sentenza penale sia divergente rispetto alle conclusioni del procedimento disciplinare.

La normativa precedente prevedeva che la PA avesse tempo 180 giorni per concludere il procedimento disciplinare dalla riapertura o ripresa del medesimo. Adesso tale previsione scompare e si prevede che si assista ad un vero e proprio nuovo procedimento disciplinare, con decorrenza così di nuovi termini.

### **Nuove ipotesi tipiche di licenziamento disciplinare**

Sempre sul versante disciplinare, si registrano novità anche sul piano sostanziale.

Introducendo modifiche all'art. 55-quater del d.lgs. n. 165/2001 (ovvero la disposizione già oggetto di riforma ad opera del d.lgs. n. 116/2016) si integra l'elenco dei casi in presenza dei quali è applicata la sanzione del licenziamento disciplinare.

Queste nuove ipotesi sono rappresentate da: gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento adottati; doloso o gravemente colposo mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare (infrazione contestabile agli organi competenti); reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio; insufficiente rendimento, dovuto alla violazione reiterata di obblighi concernenti la prestazione lavorativa e rilevato dal sistema di valutazione delle performance.

Come si vede, si tratta di previsioni che, in realtà, lasciano ampi margini di discrezionalità interpretativa e questo, a parere di chi scrive, è un fatto positivo.

Sempre per ciò che concerne le ipotesi di infrazioni disciplinari, da segnalare come venga ora previsto che è compito dei contratti collettivi individuare condotte punibili e relative sanzioni con riferimento ai casi di ripetute e ingiustificate assenze dal lavoro in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con



riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza.

La previsione in questione persegue chiaramente l'intento di voler combattere l'assenteismo. Il Governo ha però deciso di rinviare alla contrattazione collettiva e anche ciò deve essere letto positivamente.

Non positiva, invece, la novità relativa ad un'altra ipotesi legale di infrazione disciplinare e corrispondente sanzione. L'art. 55-sexies, infatti, già prevedeva che nei casi di violazione di obblighi inerenti la prestazione lavorativa da cui sia scaturita la condanna della PA datrice di lavoro al risarcimento del danno, scatta la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio e dalla retribuzione da 3 giorni a 3 mesi, in proporzione all'entità del risarcimento. Tale ipotesi viene confermata, ma, mentre in precedenza si prevedeva che fosse salva la possibilità di applicare una diversa sanzione, teoricamente anche meno grave, adesso si prevede che la sanzione tipizzata della sospensione debba trovare comunque applicazione, mentre un diverso provvedimento sanzionatorio potrà trovare applicazione solo ove si ponga come più grave.

#### **Superati i dubbi interpretativi relativi all'applicazione dell'art. 18**

L'aspetto certamente più positivo delle novità introdotte in materia disciplinare attiene all'introduzione all'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 di un nuovo comma in base al quale "Il giudice con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle 24 mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali".

Come emerge chiaramente dalla lettura della disposizione in questione, il Governo ha introdotto una disposizione speciale valevole per il settore del Pubblico Impiego nella quale si dice quali sono le conseguenze sanzionatorie di un licenziamento illegittimo. Esse, come altrettanto emerge chiaramente, sono la reintegra a tempo indeterminato e il pagamento degli arretrati retributivi nel mentre maturati dalla data del licenziamento a quella dell'effettiva reintegra, per un massimo di 24 mensilità e detratto quanto percepito per altre attività lavorative nel mentre svolte dal licenziato.

Dette sanzioni operano sempre e comunque, tutte le volte in cui il giudice annulla o dichiara nullo il licenziamento e a prescindere dal tipo di vizio (procedimentale e/o sostanziale) riscontrato.

La previsione ricalca quindi quella che, salvo il massimale sul

numero di mensilità di arretrato cui può essere condannata la PA, era la disciplina contenuta originariamente nell'art. 18, SL, prima delle modifiche introdotte dalla Legge Fornero (l. n. 92/2012). La previsione si contrappone così a quella oggi contenuta nell'art. 18, Statuto dei Lavoratori, come modificato dalla Legge Fornero, il quale, come noto, non prevede più, come prima, la reintegra sempre e comunque, ma la limita a casi limite in cui il tipo di irregolarità riscontrata dal giudice si pone come particolarmente grave.

La nuova previsione introdotta dalla Riforma Madia si contrappone ovviamente anche alle previsioni contenute nel d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti, che, come noto, ha di fatto eliminato la reintegra nei casi di licenziamento illegittimo per coloro assunti dopo il 7 marzo 2015, riconoscendo solo un indennizzo che cresce in base all'anzianità maturata.

Stante ciò, può dirsi superata definitivamente la questione interpretativa che, all'indomani di tali novità normative, era sorta in merito alla loro applicabilità al Pubblico Impiego. Una questione interpretativa che aveva già interessato la giurisprudenza ed, in particolare, la Cassazione, con contrapposti orientamenti, anche se prevaleva quello che riteneva non applicabili al Pubblico Impiego le nuove norme sui licenziamenti (per la questione si veda Bollettino n. 1/2017).

Stante il carattere speciale della nuova disposizione introdotta dalla Riforma Madia, oltre alla già rilevata sua diversità, la medesima non può che ritenersi l'unica disposizione valevole nel Pubblico Impiego in punto di conseguenze sanzionatorie nei casi di licenziamento illegittimo. Resterà semmai il dubbio su quale disciplina trova applicazione per i licenziamenti intimati nel periodo tra la Riforma Fornero e il Jobs Act e l'entrata in vigore della nuova normativa, problema che dovrà necessariamente essere risolto dalla giurisprudenza.

Sempre in punto di conseguenze sanzionatorie, infine, merita da ultimo segnalare un'altra nuova previsione introdotta dal d.lgs. n. 75/2017, secondo la quale quando il giudice annulla una sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto altresì della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato. Si ammette così ammesso che il giudice, pur ritenendo illegittima la sanzione perché sproporzionata, la possa ridurre, garantendo comunque la punizione nei confronti del lavoratore.

E' la prima volta che la legge riconosce un simile meccanismo; e nel settore privato, sulla possibilità che il giudice potesse derubricare la sanzione vi erano pareri discordanti in giurisprudenza.

Ovviamente, nessuna possibilità per il giudice di ridurre la sanzione potrà comunque esserci laddove l'annullamento della medesima sia motivato non da difetti di proporzionalità, ma da altri tipi di vizi come l'insussistenza fattuale o giuridica dell'illecito ovvero, ancora, la violazione di regole procedimentali.



# AVANTI TUTTA CON IL LAVORO AGILE ANCHE NEL LAVORO PUBBLICO (FORSE)

*Pubblicata la direttiva sulle nuove forme  
di organizzazione del lavoro nella PA*

di Marco Tufo

Lo scorso primo giugno il Presidente del Consiglio dei Ministri (a firma del Ministro Madia) ha emanato una direttiva finalizzata a fornire indirizzi per la diffusione del lavoro agile e del telelavoro e per l'avvio di una loro sperimentazione nella PA, in attuazione degli artt. 14, comma 3, l. n. 124/2015 (c.d. legge Madia, di riforma della pubblica amministrazione) e 18, comma 3, l. n. 81/2017 (c.d. Jobs Act sul lavoro autonomo). Parte integrante del provvedimento in oggetto sono le cc.dd. "Linee guida in materia di promozione della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro", le quali si pongono quale punto di riferimento nel settore pubblico per l'implementazione del lavoro agile, con il dichiarato obiettivo di raggiungere entro tre anni la soglia di almeno il 10 per cento dei dipendenti pubblici impiegati mediante lavoro agile e telelavoro (art.14 l.n.124/2015).

La direttiva ribadisce molti principi che già erano stati enunciati dalle vigenti disposizioni in materia.

Vi sono tuttavia alcuni elementi nuovi che vale la pena menzionare, perché finalizzati a chiarire aspetti di dettaglio che non erano stati trattati in precedenza dal legislatore.

Va innanzitutto notato come siano stati definiti l'ambito di applicazione dell'art.14 l.n.124/2015 e i suoi destinatari, applicandosi tale normativa alle PPAA di cui all'art.1, comma 2, Dlgs n.165/2001 e ai dipendenti pubblici, senza distinzioni basate su tipologie o categorie di lavoratori. In proposito, viene richiamata la necessità di prevenire qualsiasi genere di discriminazione (in particolare tra lavoratori a tempo indeterminato e a termine o tra lavoratori full-time e part-time) nell'accesso a tali forme di lavoro, attribuendosi un ruolo centrale ai "Comitati unici di garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni", di cui all'art.57 Dlgs n.165/2001, nonché agli Organismi indipendenti di valutazione ex Dlgs n.150/2009. Inoltre, la direttiva fa rientrare il telelavoro e il lavoro agile nelle politiche di genere da valutare nella redazione del bilancio di genere dello Stato di cui all'art.38-septies l.n.196/2009.

Eventuali trattamenti differenziati potranno comunque essere giustificati in relazione alla compatibilità della specifica attività prestata con il telelavoro o il lavoro agile, compatibilità che dovrà essere valutata dalle singole PPAA, soprattutto tenendo conto del ruolo giocato dall'informatica nell'esecuzione di queste modalità di effettuazione della prestazione.

Una posizione cruciale nell'attuazione di tali forme organizzative è poi ricoperta dai dirigenti, i quali, oltre a poter svolgere la propria prestazione mediante telelavoro o lavoro agile, dovranno «salvaguardare le legittime aspettative di chi utilizza le nuove modalità in termini di formazione e crescita professionale, promuovendo percorsi informativi e formativi che non escludano i lavoratori dal contesto lavorativo, dai processi d'innovazione in atto e dalle opportunità professionali», nonché garantire l'effettività del principio di non discriminazione.

Nello specifico, le Amministrazioni dovranno: indirizzare la propria organizzazione verso la misurazione dei risultati e delle performances, abbandonando la cultura della presenza fisica in ufficio; privilegiare le categorie svantaggiate e chi è impegnato in attività di volontariato nell'accesso a tali misure; individuare le attività compatibili con esse; adeguare gli spazi di lavoro a tali forme organizzative, anche creando aree di co-working e di desk-sharing (in sostanza, si vuole superare l'idea della postazione fissa assegnata al singolo dipendente nell'Amministrazione, creando invece spazi condivisi che possano, ad esempio, essere prenotati quando il lavoratore debba svolgere una certa attività fisicamente in ufficio); promuovere politiche di informatizzazione e una "cultura dei risultati" tra i dirigenti e i dipendenti, anche mediante corsi di formazione da tenersi presso la Scuola Nazionale di Amministrazione.

Da ciò si comprende come ciascuna PA conservi una certa discrezionalità nell'attuazione della direttiva, la quale fornisce, comunque, ulteriori indicazioni che potrebbero essere seguite dalle Amministrazioni Pubbliche nell'implementazione del lavoro agile.

Si precisa, così, che l'accordo individuale di lavoro agile potrebbe opportunamente individuare i locali esterni di esecuzione della prestazione, insieme alla definizione della durata dello smart working, anche prevedendo fasce di reperibilità del dipendente. Viene poi escluso, in linea generale, che gli strumenti di lavoro possano appartenere al lavoratore. Tali profili, tuttavia, sono soggetti a variazione nel caso concreto, non esistendo «modelli statici di smart working» ma dovendosi questo adattare alle esigenze organizzative della singola PA. A questo proposito, è prevista la predisposizione di un sistema finalizzato alla valutazione dell'implementazione della direttiva, mediante la creazione di gruppi di lavoro interni alle PPAA, di Piani per la realizzazione del lavoro agile (da attuare congiuntamente ai Piani per il telelavoro), di analisi quali-quantitative, nonché di attività di programmazione che consentano di raggiungere gli obiettivi della riforma. È stato inoltre consegnato un sistema "centralizzato" di monitoraggio nell'attuazione della direttiva, consistente nella realizzazione, ad opera della Presidenza del Consiglio, di un'area web nella quale verranno raccolti materiali e informazioni relativi alla direttiva, strumenti di monitoraggio, format e moduli di adesione al lavoro agile, insieme alla costituzione di un apposito gruppo di monitoraggio di durata biennale presso la Presidenza del Consiglio.

Tra gli altri aspetti vale la pena evidenziare le precisazioni in materia di potere disciplinare della PA. Secondo la direttiva le condotte dei lavoratori agili dovrebbero essere codificate nel codice di comportamento, con specifico riguardo al rispetto dell'orario di servizio, alla riservatezza, alla custodia degli strumenti di lavoro forniti dalla PA e all'incompatibilità e divieto di cumulo d'impieghi.

Vi sono anche specifiche regole tecniche finalizzate alla protezione di dati riservati e sensibili, allo scopo di evitare che questi possano entrare nella disponibilità dei terzi, quali l'uso di sistemi di crittazione, VPN e di software specifici, seguendo il motto "bring your own device" (BYOD) secondo cui ciascun dispositivo deve essere configurato "su misura" per il dipendente che ne faccia uso.

Di una qualche utilità appare l'indicazione dei contenuti minimi dell'informativa in materia di salute e sicurezza dello smart worker, con particolare attenzione alle criticità derivanti da attività eseguite indoor e outdoor (ad esempio, per le prime, si consiglia di inserire nell'informativa indicazioni in materia antincendio o di igiene dei locali, mentre, per le seconde, indicazioni in materia di esposizione diretta alle radiazioni solari o a condizioni meteo climatiche sfavorevoli).

Il ruolo dei sindacati, invece, risulta piuttosto circoscritto, atteso che la direttiva, limitandosi a richiamare il Dlgs n.165/2001, esclude che le Parti Sociali possano avere voce in capitolo nell'organizzazione del lavoro agile, riservando alle stesse un ruolo meramente consultivo e di informazione. A questo fine, si prevede la trasmissione da parte dell'Amministrazione ai sindacati di un documento programmatico che renda conto dei criteri di attuazione di tali forme di lavoro. Diversamente, i sindacati conservano un ruolo attivo nella regolamentazione dei profili del rapporto di lavoro per i quali la legge prevede un loro contributo.

Infine, è opportuno soffermarsi sulla necessità, rappresentata dalla direttiva, di distinguere, concettualmente e praticamente, il telelavoro dal lavoro agile. In realtà, dallo stesso provvedimento in commento, stenta ad emergere un confine netto tra le due figure. Infatti, se, da un lato, il telelavoro è definito come «prestazione lavorativa a distanza (ad esempio presso l'abitazione della lavoratrice o del lavoratore)», dall'altro lato, una nozione di lavoro agile vera e propria manca, limitandosi la direttiva ad affermare che in esso, rispetto al telelavoro, vi sarebbe «una diversa concezione del tempo e quindi dell'orario, nonché del potere di controllo esercitato dal datore di lavoro nei termini e con le modalità definite nell'apposito accordo individuale». Proprio in ragione di tale ambiguità, non a caso, il provvedimento lascia la definizione del lavoro agile alle singole Amministrazioni, in relazione, come visto, alle loro specifiche esigenze.

In conclusione, è possibile osservare come, sebbene la direttiva fornisca alcune indicazioni operative utili per l'implementazione dell'art.14 l. n.124/2015, essa finisca per confermare, e a volte moltiplicare, alcune criticità già ravvisate nelle normative sul telelavoro e sul lavoro agile. Oltre alla già osservata ambiguità nella distinzione tra le due figure, il sistema di progetti, piani e sperimentazioni rende la materia complessa e burocratizzata, incoerente con la tanto pubblicizzata "agilità" delle nuove forme di esecuzione della prestazione. Tali aspetti, insieme alla ribadita necessità di "informatizzare" la PA «nei limiti delle risorse disponibili a legislazione vigente e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica» fa dubitare della reale possibilità (e forse intenzione) di raggiungere la soglia del 10 per cento dei dipendenti pubblici impiegati mediante telelavoro e lavoro agile in tre anni. Del resto, l'ampia discrezionalità accordata alle singole PPAA potrebbe portare a configurare un lavoro digitale pubblico "a più velocità", dipendendo la riuscita della riforma dalle risorse disponibili presso ciascuna Amministrazione, con probabili ripercussioni negative sull'efficienza del sistema amministrativo e sulla parità di trattamento dei dipendenti pubblici stessi. ■

## FLASH

### LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO: PER LA CASSAZIONE NON IMPORTA SPECIFICARE I MOTIVI

Se il lavoratore impugna il licenziamento, seppur stragiudizialmente, per superamento del periodo di comporto, la mancata ottemperanza del datore alla richiesta di esplicitazione dei motivi è ininfluenza ai fini della legittimità del licenziamento stesso. Questo è quanto ha stabilito la Suprema Corte di Cassazione, con la recente sentenza 19 giugno, n. 15069, tornata a pronunciarsi sul tema dell'eventuale necessità, ove richiesto dal dipendente, di specificazione dei motivi che hanno portato al recesso per superamento del periodo di comporto.

Nel caso di specie, in particolare, la Società non aveva dato seguito alla richiesta del lavoratore licenziato (evidentemente, da intendersi come indicazione dettagliata delle giornate di assenza per malattia conteggiate ai fini del periodo di comporto), avendo quest'ultimo contestualmente impugnato il recesso.

I Giudici d'Appello, richiamando un orientamento della Cassazione, accoglievano le prospettazioni del lavoratore e dichiaravano l'illegittimità del licenziamento intimato, ribadendo il principio in base al quale a fronte di una specifica richiesta del dipendente, il datore è obbligato a specificare i motivi del licenziamento, anche quando, come nel caso di specie, riguarda dati ed elementi già noti al dipendente.

Questo, però, non è quanto ha sostenuto e confermato la Corte Suprema nella sentenza qui commentata. I Giudici romani, infatti, in assoluta riforma di quanto stabilito dalla Corte di merito, hanno considerato determinante il fatto che il lavoratore, contestualmente alla richiesta di specificazione dei motivi, avesse impugnato (seppur stragiudizialmente) il licenziamento ricevuto, facendo così decorrere il termine di 180 giorni per proporre l'azione giudiziale di annullamento dello stesso e, quindi, determinando «la consumazione di uno spatium deliberandi cui avrebbe avuto diritto attraverso l'ottenimento di una motivazione espressa del recesso». In sostanza, a parere della Corte, considerato anche (e soprattutto) che l'onere della prova in giudizio sulla fondatezza del licenziamento ricade interamente sul datore di lavoro, il fatto che il lavoratore, pur non conoscendo i motivi specifici del recesso, lo abbia comunque impugnato, anche se solo in via stragiudiziale, ha reso superflua la specificazione richiesta. In altre parole, dunque, per la Corte di legittimità, il lavoratore, con l'atto di impugnativa, ha di fatto già consumato ed esercitato quel potere di valutazione circa l'eventuale proposizione dell'impugnazione, rispetto al quale la conoscenza dei motivi specifici è da sempre pregiudiziale.

# RSU E LEGITTIMAZIONE A INDIRE L'ASSEMBLEA:

*le Sezioni Unite ci mettono un punto*

di Giovanni Calvellini

Lo Statuto dei lavoratori riconosce ad ogni lavoratore (dipendente di imprese che rientrino nei requisiti dimensionali previsti dall'art. 35) il diritto di riunirsi fuori dall'orario di lavoro, nonché - ciò che più conta - durante l'orario nei limiti di dieci ore annue per le quali deve essere corrisposta la normale retribuzione. Dette assemblee debbono essere convocate per ragioni di interesse sindacale e del lavoro dalle Rappresentanze sindacali aziendali (Rsa) «singolarmente o congiuntamente» (art. 20). Il datore di lavoro che impedisca o limiti l'esercizio di questo diritto dà vita ad una condotta antisindacale, che, in quanto tale, può essere oggetto di repressione per il tramite del meccanismo dell'art. 28 Stat.lav.

Tutto chiaro in linea di principio. Sennonché, la circostanza che in molte unità produttive alle Rsa si sono sostituite le Rappresentanze sindacali unitarie (Rsu) regolamentate dal Protocollo d'Intesa del 23 luglio

1993 e dall'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993 ha creato non pochi problemi interpretativi in punto di stabilire a chi spetti, in quelle stesse realtà produttive, il potere di convocare l'assemblea ex art. 20 Stat.lav.: se alla Rsu collegialmente che decide a maggioranza o anche ai singoli membri di tale organo.

Si tratta di una problematica che ha peraltro dato luogo ad un contrasto giurisprudenziale che solo recentemente pare essere stato risolto grazie all'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione pronunciate con sentenza 6 giugno 2017, n. 13978.

All'origine di questa pronuncia vi è il rifiuto di una società di dar seguito alla richiesta di convocazione di un'assemblea in orario di lavoro avanzata da un solo componente della Rsu aziendale. Al ricorso ex art. 28 Stat.lav. erano seguiti un decreto (fase sommaria) e una sentenza (fase dell'opposizione) del

Tribunale di Nola che rigettavano la pretesa dell'organizzazione sindacale ricorrente (nelle cui liste era stato eletto il membro della Rsu al quale era stato opposto il rifiuto) sul presupposto che la richiesta di assemblea retribuita era stata presentata da un solo componente della Rsu e non, dunque, dall'organismo sindacale nella sua composizione unitaria.

Invece, la Corte d'Appello di Napoli adita dall'organizzazione sindacale soccombente, in totale accoglimento delle doglianze, riformava la sentenza di primo grado, ordinando alla società la cessazione della condotta, ritenuta antisindacale. La società ricorreva alla Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, la quale, preso atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul tema, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

Prima di esaminare la sentenza in commento occorre però dare brevemente conto dei contrastanti orientamenti che si erano formati in precedenza sul tema dell'individuazione dei soggetti cui spetta indire l'assemblea ai sensi dell'art. 20 Stat.lav. quando si è in presenza di una Rsu.

Secondo una prima impostazione, la natura di organo collegiale della Rsu, chiamata a deliberare a maggioranza e in piena autonomia sulle scelte di politica sindacale e di esercizio dei relativi diritti nell'ambito dell'unità produttiva, implica che il suo singolo componente non possa esercitare autonomamente il potere di indire l'assemblea (Cass. 26 febbraio 2002, n. 2855 e Cass. 15 ottobre 2009, n. 21909).

Secondo altro orientamento, l'autonomia collettiva può prevedere organismi di rappresentanza (quali le Rsu di cui al citato Accordo interconfederale 20 dicembre

1993) diversi rispetto alle Rsa di cui all'art. 19 Stat.lav. e assegnare loro prerogative sindacali (quali il potere di indire l'assemblea sindacale) non necessariamente identiche a quelle delle Rsa, non potendo quindi escludersi che il singolo componente della Rsu possa indire l'assemblea dei lavoratori ex art. 20 (Cass. 1 febbraio 2005, n. 1892), purché - come in seguito è stato puntualizzato - si tratti di un membro eletto nelle liste di un sindacato che, nell'unità produttiva di riferimento, sia di fatto munito di rappresentatività ai sensi dell'art. 19 Stat.lav., quale risultante a seguito della sentenza della Corte cost. 23 luglio 2013, n. 231 (Cass. 7 luglio 2014, n. 15437 e Cass. 31 luglio 2014, n. 17458).

Nell'ambito di questo dibattito giurisprudenziale, le Sezioni Unite prendono posizione a favore di questo secondo orientamento, confermando quindi che il potere di indizione dell'assemblea non spetta solo alla Rsu considerata collegialmente, ma anche al singolo membro della stessa a condizione che questi risulti eletto nelle suddette liste. A questa conclusione il massimo Consesso perviene sulla base di un'attenta analisi letterale delle norme degli artt. 19 e 20 Stat.lav. e degli artt. 4 e 5 dell'Accordo Interconfederale del 20 dicembre 1993.

La Corte afferma inoltre che non merita di essere condivisa quella tesi dottrinale secondo cui l'affermazione di legittimazioni concorrenti (sia delle Rsu come organo collegiale sia di ogni sua componente sindacale) colliderebbe contro il principio democratico, necessariamente maggioritario, e ridurrebbe la Rsu «ad una mera sommatoria di distinte rappresentanze». Difatti, secondo le Sezioni Unite, il principio di maggioranza deve essere applicato nel momento in cui si delibera e non

nel momento in cui si esercitano diritti che non implicano decisioni vincolanti nei confronti degli altri (come nel caso della convocazione dell'assemblea). Pertanto, a parere delle Sezioni Unite, il principio di maggioranza che governa le Rsu non è incompatibile con il diritto di ciascun membro di richiedere la convocazione dell'assemblea sindacale.

Secondo chi scrive, si può anzi ritenere che il principio democratico risulti rafforzato da una simile impostazione, giacché essa consente anche al singolo componente della Rsu, magari portatore di una posizione minoritaria all'interno dell'organo, di convocare un'assemblea per stimolare il confronto e la dialettica direttamente tra i soggetti rappresentati e cioè i lavoratori. Questo orientamento rafforza quindi i diritti della minoranza all'interno della Rsu, il che non può che andare a beneficio del sistema di democrazia sindacale sul luogo di lavoro.

Le Sezioni Unite ci tengono inoltre a precisare che, ancorché inapplicabile *ratione temporis* al caso di specie, il c.d. Testo unico sulla rappresentanza sindacale (accordo interconfederale siglato da Confindustria con Cgil, Cisl e Uil il 10 gennaio 2014) non invalida le conclusioni cui le stesse sono pervenute. Difatti, nonostante l'art. 7 dello stesso Testo unico stabilisca che le decisioni relative a materie di competenza delle Rsu sono assunte dalle stesse a maggioranza, resta il rilievo che l'interpretazione accolta non nega affatto che le Rsu funzionino secondo il principio di maggioranza: nega soltanto che esso sia incompatibile con la concorrente legittimazione (anche) singola a richiedere l'assemblea, legittimazione desunta - in particolare - da quell'art. 4, comma 5, dell'Accordo del 1993 che lo stesso Testo unico del 2014 ha espressamente ribadito. ■