

07 / 2018

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

GOOD MORNING EUROPE!

Meno precari nelle Fondazioni liriche, più tutele nelle organizzazioni di tendenza e diritto alle ferie garantito, grazie alla Corte di giustizia. E intanto la Consulta valorizza la Carta sociale europea

L'incostituzionalità
del contratto a tutele crescenti
nella sentenza 194

La Cassazione
su licenziamento
e reintegra nel settore
privato e pubblico

Fondo di garanzia INPS
e istanza di fallimento

La Corte di Giustizia su
fondazioni lirico-sinfoniche,
organizzazioni di tendenza
e Carta dei diritti

07

Novembre 2018

04

**Su il sipario
La Corte di Giustizia impone
di limitare il precariato nelle
fondazioni liriche**

di Danilo Conte

06

**JOBS ACT ADDIO
Depositata la sentenza con la quale
la Corte Costituzionale smonta il
contratto a tutele crescenti**

di Giovanni Orlandini

09

**Buone e brutte notizie
in materia di licenziamenti
da parte della Cassazione**

di Andrea Ranfagni

13

**Avviso della Corte di Giustizia
agli euroscettici: la Carta dei
diritti dell'UE serve a tutelare
i lavoratori europei (almeno in
materia di ferie...)**

di Ivan Petrone

15

**L'indissolubilità del matrimonio
cattolico alla prova del principio
di parità di trattamento**

di Marco Tufo

17

**Fondo di Garanzia INPS:
serve l'istanza di fallimento
anche se il lavoratore non ha
i requisiti per chiederla**

di Adele Pasquini

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

Alessio Amorelli
Francesca Bassetti
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

email: dirittilavoro@gmail.com

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

Crediti fotografici

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

SU IL SIPARIO

La Corte di Giustizia impone di limitare il precariato nelle fondazioni liriche

di Danilo Conte

Si riapre il sipario per i precari delle Fondazioni lirico sinfoniche. La normativa italiana in materia di contratti a tempo determinato prevista per le Fondazioni liriche è stata dichiarata in contrasto con l'ordinamento europeo dalla sentenza delle Corte di Giustizia Europea pubblicata lo scorso 25 ottobre 2018 nel procedimento C-331/2017.

Il Tribunale di Roma, preso atto che per i precari delle Fondazioni lirico sinfoniche la normativa vigente non prevede (o quanto meno non prevedeva all'epoca della remissione alla Corte) né un obbligo di motivazione della causale appositiva del termine neppure in sede di rinnovo, né un tetto massimo di rinnovi, né un termine massimo di durata dei contratti a tempo determinato, aveva sottoposto la questione al vaglio della Corte di Giustizia Europea affinché la stessa si pronunciasse sulla compatibilità di tale disciplina con la direttiva europea 1999/70 finalizzata a contrastare l'abuso nel ricorso a contratti a tempo determinato. Tale direttiva, lo ricordiamo, al fine di "prevenire gli abusi" prevede alla clausola 5 che gli stati membri si dotino di una normativa che preveda almeno una delle tre misure "dissuasive": a) l'obbligo di indicazione delle ragioni obiettive che giustificano il rinnovo dei contratti a termine; b) la durata massima totale dei rapporti a tempo determinato; c) un numero massimo di rinnovi di tali contratti.

Tralasciando in questa sede la ricostruzione cronologica della normativa a seguito dei numerosi interventi del legislatore nonché l'esame del quadro giuridico esistente al momento della remissione della questione alla Corte Europea, limitiamoci ad affrontare la portata attuale della sentenza in esame. Il D. lgs. 81/2015 (nell'ambito del pacchetto di riforme denominato Jobs act) aveva introdotto nel nostro sistema l'acausalità dei contratti a tempo determinato esentando i datori di lavoro dall'indicazione delle esigenze temporanee giustificatrici la stipula o il rinnovo di un contratto a termine. Tale liberalizzazione prevedeva come unico limite (fatto salvo il numero massimo di 5 proroghe) il tetto di durata massima complessivo di un rapporto o di una pluralità di rapporti nella misura globale di 36 mesi. Quest'unico limite non trovava però applicazione per i contratti stipulati dalle Fondazioni lirico sinfoniche in virtù della disciplina specifica prevista dall'art. 29 comma 3 del medesimo decreto. In tal modo, però, nessuna delle misure dissuasive aventi lo scopo di prevenire un ricorso abusivo ai contratti a termine, previste dalla richiamata Direttiva 1999/70, trovava applicazione per i precari delle Fondazioni liriche, fortemente discriminati rispetto a tutti gli altri lavoratori.

La sentenza in esame dichiara contraria alla Direttiva europea la

disciplina italiana nella parte in cui non prevede alcun limite nel rinnovo dei contratti precari per i dipendenti delle Fondazioni liriche e più precisamente dichiara che una disposizione nazionale che si limiti “ad autorizzare in modo generale ed astratto ...il ricorso ad una successione di contratti a tempo determinato ...non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un’esigenza reale”. Ma la Corte si spinge oltre. Dichiarando ancora più esplicitamente che “non si può ammettere che contratti di lavoro a tempo determinato possano essere rinnovati per la realizzazione, in un modo permanente e duraturo, di compiti nelle istituzioni culturali di cui trattasi che rientrano nella normale attività del settore di attività delle Fondazioni lirico-sinfoniche”. Pertanto secondo la Corte europea l’unico modo per rispettare la normativa europea è che “si verifichi concretamente che il rinnovo di contratti ...miri a soddisfare esigenze provvisorie”.

La sentenza della Corte di Giustizia reintroduce quindi in modo inequivocabile e dirompente il principio per cui i rinnovi dei contratti del personale precario delle Fondazioni liriche per essere legittimi debbano essere giustificati da esigenze temporanee e provvisorie e non possano essere utilizzati per far fronte a cronici vuoti di organico.

La decisione della Corte Europea blocca sul nascere il dibattito che si era appena aperto sull’interpretazione del recente decreto dignità e sulla sua applicabilità anche alle Fondazioni liriche. Il decreto dignità, infatti, non aveva intaccato l’art. 29 comma 3 del d. lgs. 81/2015 che prevede la disciplina speciale per le Fondazioni, continuando pertanto ad escludere le stesse dall’applicazione della recente riforma che, come sappiamo (cfr. i due precedenti numeri di questo bollettino) ha reintrodotta l’obbligo di

giustificare il rinnovo dei contratti ed ha ridotto a 24 mesi la durata massima di un rapporto o di una pluralità di rapporti. E tuttavia una distrazione del legislatore della recente riforma non ha consentito una perfetta coincidenza tra il regime speciale delle esenzioni disposto dall’art. 29 comma 3 e la portata innovativa della riforma. Infatti l’art. 29 comma 3 esclude l’applicabilità alle Fondazioni dell’art. 19 commi da 1 a 3 e dell’art. 21 ma non dell’art. 19 comma 4 che richiama l’obbligo di giustificazione del contratto di rinnovo. Ebbene se questa “sbavatura” aveva aperto un dibattito circa l’applicabilità degli obblighi motivazionali ai rinnovi dei precari delle Fondazioni, la sentenza in esame, chiude ogni dibattito non lasciando dubbi su tale piena applicabilità. Anche ai rinnovi dei contratti di lavoro a tempo determinato dei dipendenti delle Fondazioni si applica dunque l’obbligo di indicare le ragioni giustificatrici che specificano l’esigenza temporanea e provvisoria che è alla base dell’assunzione, pena l’illegittimità del contratto e la conversione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Si apre dunque, molto probabilmente, una nuova stagione di contenziosi. L’auspicio è che le Fondazioni ed il legislatore evitino le tentazioni di una nuova scorciatoia attraverso l’ennesima legge speciale che, inevitabilmente, comporterebbe un nuovo intervento di un Corte superiore, dopo quello della Corte Costituzionale n. 260/2015 e quello qui esaminato. Mentre l’unica riforma possibile appare quella di uscire da una logica emergenziale, aumentare i fondi investendo sulla cultura e consentire l’adeguamento degli organici alle reali esigenze delle Fondazioni. ■

JOBS ACT ADDIO

Depositata la sentenza con la quale
la Corte Costituzionale smonta il contratto a tutele crescenti

di Giovanni Orlandini

Finalmente depositata la sentenza n. 194 del 26 settembre con la quale è stato dichiarato incostituzionale il regime sanzionatorio previsto dal c.d. contratto a tutele crescenti in caso di licenziamento illegittimo (art.3, comma 1 del d.lgs. n.23/2015). La Corte ha accolto buona parte delle questioni di incostituzionalità sollevate dal Tribunale di Roma nel luglio del 2017, con argomentazioni di indubbia rilevanza che fanno luce sui principi costituzionali in materia di licenziamento.

Oggetto della censura è il meccanismo rigido e automatico di determinazione dell'indennità da corrispondere al lavoratore licenziato, crescente in funzione della sola anzianità di servizio (due mesi di retribuzione per anno). Un meccanismo che non è stato modificato dal sopravvenuto decreto dignità (d.l. 87/2018 convertito nella legge 96/2018), che si è limitato ad elevare l'importo minimo (da 4 a 6 mensilità) e massimo (da 24 a 36) dell'indennizzo. Per questa ragione il giudizio della Corte, nel dichiarare incostituzionale la vecchia disciplina, finisce per travolgere anche la nuova.

La censura della Corte muove dal presupposto che l'indennizzo previsto per il lavoratore ingiustamente licenziato sia onnicomprensivo, cioè che sia esclusa per il lavoratore la possibilità di incrementarlo, provando in giudizio di aver subito un danno ulteriore. Si superano così i residui dubbi in merito, dovuti al fatto che l'art.3, comma 1 del d.lgs. 23/15 non qualifica l'indennità come "onnicomprendente", al contrario dell'art.18 dello Statuto nella versione riformata dalla L.92/2012 (c.d. riforma Fornero). Sull'argomento letterale prevale infatti l'inequivocabile ratio e finalità della riforma del 2015, esplicitata dalla stessa legge delega (l. n. 183/14): la nuova disciplina è stata varata proprio al fine di garantire al datore di lavoro la "certezza"

del costo del licenziamento, superando le incertezze in merito originate dalla previgente normativa.

Ed è proprio su questo profilo che si incentra il giudizio di incostituzionalità, posto che non c'è spazio nel nostro ordinamento per una normativa che comprima in tal modo il potere del giudice di quantificare il danno prodotto da un atto illegittimo; ciò vale per qualsiasi relazione tra soggetti privati e non può evidentemente non valere anche quando ad essere danneggiato è un lavoratore.

L'effetto immediato della sentenza è dunque l'attribuzione al giudice (alla sua "prudente discrezionale valutazione") del potere di determinazione l'importo dell'indennizzo da corrispondere ad un lavoratore ingiustamente licenziato tenendo conto non solo della sua anzianità di servizio, ma anche di altri fattori che permettano di "personalizzare" il danno subito. I criteri elencati dall'art.8 della legge 604/66 per i licenziamenti intimati nelle unità produttive con meno di 16 dipendenti (numero dipendenti, dimensioni dell'impresa, comportamento e condizioni delle parti, oltre all'anzianità di servizio) costituiscono un riferimento scontato, tant'è che la Corte li richiama espressamente; ma non devono considerarsi né vincolanti né esaustivi.

La Corte giunge a queste conclusioni accogliendo due delle quattro questioni sollevate in relazione all'art. 3 Cost., ovvero al fondamentale principio di uguaglianza. Il meccanismo rigido previsto dal c.d. Jobs Act da una parte comporta infatti che siano trattate in maniera omogenea situazioni differenti, appunto impedendo al giudice di considerare la "peculiarità e la diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore"; dall'altra configura un regime sanzionatorio "irragionevole" in quanto inidoneo

a garantire un'indennità adeguata al concreto pregiudizio subito dal lavoratore e non dissuasiva nei confronti di comportamenti illegittimi del datore. Sotto questo profilo la Corte conferma (sulla scia di una consolidata giurisprudenza) che non è in sé incostituzionale la previsione di un indennizzo "forfettario" che, come tale, non garantisce l'integrale riparazione del danno subito; il che fa salva la previsione ex lege di un tetto massimo dell'importo da corrispondere (ora 36 mesi). Tuttavia il meccanismo di calcolo "forfettario" deve, appunto, reggere al giudizio di ragionevolezza, ovvero deve essere tale da realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto - cosa che non avviene nel contratto a tutele crescenti, visto che, specie in presenza di una bassa anzianità, esso penalizza oltremodo una parte (il lavoratore) a vantaggio dell'altra (datore). Fatto questo che rende ancora più evidente l'irragionevolezza del meccanismo di calcolo forfettario in esame, dal momento che ad essere avvantaggiata è la parte forte del rapporto, rispetto alla quale, di conseguenza, la disciplina non produce un adeguato effetto dissuasivo.

Non sono stati accolte invece le altre due questioni di costituzionalità sollevate dal giudice rimettente in relazione all'art.3 Cost. Merita attenzione in particolare la prima, anche se la dichiarazione di infondatezza può considerarsi in buona parte prevedibile (l'altra riguarda il trattamento più favorevole riservato ai dirigenti, ai quali il d.lgs. 23/15 non si applica; questione sbrigativamente liquidata dalla Corte in ragione della non comparabilità tra dirigenti e altri lavoratori). La Corte respinge la questione sollevata in merito alla disparità di trattamento che la normativa in esame determina tra lavoratori in base alla data di assunzione, conseguente al fatto che, come noto, il contratto a tutela crescenti si applica ai soli assunti a decorrere dal 7 marzo 2015. Lo fa richiamando il principio (più volte enunciato nella sua giurisprudenza) per il quale "il legislatore può delimitare la sfera temporale di applicazione delle norme, nel rispetto del canone di ragionevolezza". Se il principio in questione è scontato, lo è meno però il modo con cui i giudici delle leggi declinano il canone di ragionevolezza. La Corte giustifica infatti la finalità occupazionale perseguita con la riforma del 2015, considerando che il fine (esplicitato dal legislatore) di incrementare l'occupazione giustifica l'applicazione della nuova disciplina solo per quei lavoratori la cui occupazione (appunto) si è inteso promuovere. Il giudizio della Corte prescinde dal merito e si muove su un piano meramente formale, della coerenza cioè tra la disparità di trattamento tra lavoratori legata alla data di assunzione e finalità occupazionali che il legislatore si è proposto di perseguire; a nulla rilevando il fatto che tali finalità fossero plausibili né che siano state in effetti raggiunte. Negando che spetti loro "addentrarsi in valutazioni sui risultati che la politica occupazionale perseguita dal legislatore può aver conseguito", i giudici delle leggi, pur non avallandola, fanno così salva la logica dello scambio tra diritti e occupazione propria della legislazione della "crisi".

Gli stessi argomenti seguiti per giungere alla censura sub art. 3 Cost., valgono per ritenere violati anche gli art. 4, comma 1 (diritto al lavoro) e 35 comma 1 (tutela del lavoro in tutte le sue forme). Queste norme costituzionali non impongono di prevedere la tutela reintegratoria come strumento di garanzia della stabilità dell'occupazione (come, di nuovo, più volte già affermato dalla Corte), ma rafforzano il giudizio di irragionevolezza su un rimedio che (com'è quello contestato) non garantisce un ristoro adeguato al lavoratore né è in grado di dissuadere il datore dal licenziare ingiustamente. E, opportunamente, la Corte ricorda che indebolire le tutele per licenziamento significa intaccare l'intero sistema di tutele lavoristiche; in ciò cogliendo il nesso inscindibile che lega la stabilità dell'occupazione e il godimento degli altri diritti fondamentali che permettono "il pieno sviluppo della personalità umana" nei luoghi di lavoro.

Ma è nella parte finale della sentenza che si colgono i suoi elementi di maggior novità, per la valorizzazione che vi viene fatta delle fonti internazionali del lavoro, ed in specie della Carta sociale europea. Il giudice rimettente aveva infatti sollevato questioni di costituzionalità anche in relazione alle fonti di diritto internazionale che fissano standard minimi in materia di licenziamento - la Convenzione OIL n.158, l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, appunto, la Carta sociale europea, fonte del Consiglio d'Europa. Questioni, queste, fondate vuoi sull'art. 76 Cost. (eccesso di delega), in virtù del criterio contenuto nella legge delega (art. 1, comma 7, L. n.183/14) della "coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali", vuoi sull'art.117, comma 1 che impone al legislatore di rispettare i "vincoli derivanti dagli obblighi internazionali". La Corte respinge (a ragione) le questioni sollevate in relazione alla Convenzione OIL 158 ed alla Carta dei diritti dell'UE - la prima perché non ratificata dall'Italia, la seconda perché non applicabile alla controversia in esame (posta l'assenza di altre norme di diritto dell'UE relative al licenziamento). Accoglie invece quella relativa all'art. 24 della Carta sociale, che impone di garantire ai lavoratori licenziati "un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione".

Della Carta sociale si riconosce natura di fonte interposta ai sensi dell'art.117 comma 1 Cost., sulla scia di quanto già affermato nella precedente sentenza 120/18 in relazione alla libertà sindacale dei militari (vd Bollettino n. 5/2018); da questa recente decisione ci si discosta però nel valorizzare le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali di Strasburgo, organo deputato ad interpretare la Carta. Significativa è l'inversione semantica che la Corte compie rispetto all'inciso contenuto nella sentenza n.120/18, con il quale, assai sbrigativamente, si è negato a tali decisioni rilievo nel giudizio di costituzionalità, rilevando che queste "pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali". Tornando sul tema con la sentenza 194, la Corte richiama tale inciso, riconoscendo "l'autorevolezza delle decisioni del

Comitato, ancorchè non vincolanti per i giudici nazionali”. L’accento posto sull’autorevolezza dell’organo del Consiglio d’Europa giustifica l’espreso richiamo che la Corte fa alla censura da questo adottata nei confronti della normativa della Finlandia (reclamo collettivo n. 106/2014), in ragione del carattere non adeguato né dissuasivo dell’indennizzo ivi fissato in caso di licenziamento; una censura a fortiori valida per la normativa italiana, giusta la ancor più blanda tutela da questa prevista.

La giurisprudenza del Comitato dunque non vincola (com’è scontato) i giudici delle leggi, ma costituisce un ineludibile riferimento per interpretare la Carta sociale. Ed in ciò si coglie lo scarto della sentenza 194 rispetto alla precedente sentenza n.120; la prospettiva è quella della valorizzazione delle fonti internazionali, di modo che si realizzi (come precisa la Corte) “un’integrazione tra le tutele da esse garantite”. La Corte sembra cioè adesso aprire ad una lettura evolutiva dell’intreccio tra le diverse fonti, stimolata anche dal dialogo con gli organismi sovranazionali e capace in prospettiva di rafforzare le garanzie già assicurate ai lavoratori dai principi costituzionali.

L’apertura al ruolo del Comitato, come detto inedita nella giurisprudenza costituzionale, è particolarmente significativa perché cade nelle more della decisione che questo deve adottare proprio in relazione alla medesima normativa oggetto della sentenza 194. La Cgil infatti, prima che venisse sollevata la questione di costituzionalità davanti alla Consulta, ha promosso un reclamo contro il d.lgs. 23/15 a Strasburgo lamentando, appunto, la violazione dell’art.24 della Carta. La decisione è attesa nei prossimi mesi: si tratterà di vedere se il Comitato ribadirà nella sostanza le stesse censure della Corte costituzionale, o evidenzierà diversi profili di contrasto della normativa con gli standard internazionali. Dalle sue pregresse decisioni (a partire proprio da quella relativa alla Finlandia) emerge un approccio più restrittivo in merito alla discrezionalità riconosciuta ai legislatori nazionali nel modulare le tutele in caso di licenziamento; in particolare netta appare la preclusione a qualsiasi tetto che ponga limiti all’indennizzo (ammesso invece dalla Consulta) e maggiore la considerazione nei confronti della tutela reintegratoria, come forma di tutela da non escludere a priori (com’è nella maggioranza dei casi di illegittimità del licenziamento in base al d.lgs. 23/15).

Una censura da Strasburgo ancora più forte rispetto a quella giunta da Roma, se non sollecitare un nuovo intervento della Consulta, certo può fornire una più solida sponda a quanti mirano a riaprire il cantiere di una nuova riforma della disciplina dei licenziamenti, che porti a superare del tutto il regime differenziato introdotto con il Jobs Act, ripristinando anche per i neo-assunti la tutela reale prevista dall’art.18 dello Statuto dei lavoratori. La partita intorno alla riforma del licenziamento dunque è appena cominciata. ■

FLASH

Il Tribunale di Bari precede la sentenza 194/2018 e disapplica il meccanismo delle “tutele crescenti”

Il Tribunale di Bari, con sentenza del 10 ottobre, ha anticipato gli effetti della sentenza della Corte costituzionale 194/2018 (al momento non ancora pubblicata) che ha dichiarato l’incostituzionalità del d.lgs. 23/15. In un caso relativo ad un licenziamento collettivo dichiarato illegittimo per violazione degli obblighi di comunicazione sindacale (quindi non tale da comportare la reintegra), l’impresa è stata infatti condannata a versare un indennizzo di 12 mensilità ad un lavoratore assunto con il contratto a tutele crescenti, invece delle 4 mensilità che gli sarebbero spettate in ragione della sua anzianità di servizio (un anno e mezzo). A tali conclusioni il giudice pugliese è giunto sulla base del comunicato con il quale la Consulta (all’indomani della decisione presa in Camera di Consiglio) ha reso pubblica la dichiarazione di incostituzionalità relativa al d.lgs. 23/15. Per superare un vincolo derivante da un principio apparentemente ineludibile (per il quale una sentenza della Corte costituzionale produce effetti solo dopo la sua pubblicazione), ci si è appellati alla necessità di seguire un’interpretazione conforme alla Costituzione. Non c’è dubbio che si è trattato di una forzatura interpretativa. La sentenza comunque ha il merito di rispondere ad un’esigenza di giustizia sostanziale, evitando di penalizzare il lavoratore applicando una normativa già “notoriamente” incostituzionale.

Buone e brutte notizie in materia di licenziamenti da parte della Cassazione

di Andrea Ranfagni

Buone e brutte notizie in materia di licenziamenti da parte della Cassazione.

Si evidenziano infatti tre recenti decisioni (Sentenza n. 19732 del 25 luglio 2018, n. 21569 del 3 settembre 2018 e n. 22075 dell'11 settembre 2018) della Corte Suprema con le quali si sono affrontate alcune questioni di particolare interesse.

Le prime due sentenze si occupano della sussistenza o meno del diritto alla reintegra in caso di licenziamento illegittimo, un tema, come noto, sempre attuale ed oggi ancora di più alla luce delle recenti riforme che lo hanno praticamente cancellato.

L'ultima sentenza, invece, si occupa di un caso particolare di licenziamento nel Pubblico Impiego, ovvero dovuto alla falsa attestazione della presenza in servizio, anch'essa oggetto di recenti riforme.

Reintegra sì, reintegra no

Con la Sentenza n. 19372 del 25 luglio 2018, la Cassazione ha

affermato che nel caso in cui un CCNL preveda un termine decorrente dalla presentazione delle giustificazioni entro il quale una sanzione disciplinare deve essere applicata -cioè trascorso il quale senza che alcun provvedimento venga applicato, le stesse giustificazioni si ritengono accolte - l'eventuale superamento del medesimo porta al diritto alla reintegra.

Tale principio è stata affermato con riferimento ad un caso in cui il lavoratore godeva ancora dell'art. 18, l. n. 300/1970, seppur nella versione attualmente vigente, come modificata dalla cosiddetta Legge Fornero (l. n. 92/2012).

Come noto, quest'ultima legge, nei casi di licenziamento disciplinare illegittimo, ha stabilito l'operatività del diritto alla reintegra solo per insussistenza del fatto contestato o perché il medesimo è sanzionato in base alle previsioni dei contratti collettivi con un provvedimento di tipo "conservativo".

Ha invece previsto una mera indennità risarcitoria compresa tra

le 12 e le 24 mensilità negli altri casi in cui non sussista una “giusta causa” o un “giustificato motivo soggettivo” di licenziamento, mentre indica una mera indennità risarcitoria compresa tra le 6 e le 12 mensilità, qualora l’illegittimità del licenziamento riguardi solo vizi di tipo “procedurale”.

Nel caso esaminato dalla Suprema Corte, il lavoratore era dipendente di un’azienda che applica il CCNL Acqua e Gas, il quale, all’art. 21, prevede, appunto, che nell’ambito del procedimento disciplinare le giustificazioni del lavoratore debbano ritenersi accolte quando trascorrono 10 giorni lavorativi dalla presentazione delle medesime.

L’azienda datrice di lavoro aveva superato detto termine, irrogando il licenziamento oltre i 10 giorni lavorativi.

Di fronte a tale illegittimità, la Cassazione ha dovuto decidere se considerare tale illegittimità, come in apparenza pare, un mero vizio procedurale, con conseguente diritto alla sola indennità compresa tra le 6 e le 12 mensilità, oppure considerarla un vero e proprio vizio sostanziale tale da rendere insussistente il fatto, quindi con diritto alla reintegra.

La risposta della Suprema Corte, come detto, è stata la seconda.

Il Giudice di legittimità, infatti, ha ritenuto la previsione del CCNL Acqua e Gas una norma “sostanziale” e non meramente “procedurale”, proprio perché prevede che se il termine dei 10 giorni trascorre nel “silenzio” del datore di lavoro, le giustificazioni “si riterranno accolte”. Il fatto che si parli di “accoglimento”, quindi, porta a ritenere come inesistente il fatto contestato trascorso il termine in questione e le conseguenze, dice la Cassazione, non potranno che essere le stesse di quando emerge nel giudizio che il fatto contestato non è mai stato commesso.

L’interpretazione della Cassazione, a quel che consta, è la prima sul punto ed esse risulta certamente favorevole al lavoratore. Si consente così di ampliare la possibilità di reintegra, anche considerando che previsioni

contrattuali come quelle del settore Acqua e Gas sono presenti in molti altri CCNL.

Come detto, però, tale interpretazione è stata fornita con riferimento all’art. 18, l. n. 300/1970 come modificato dalla Legge Fornero. Esso, come noto, non trova purtroppo più applicazione per coloro assunti dopo il 7 marzo 2015, per i quali invece operano le previsioni di cui al d.lgs. n. 23/2015.

Qui, nell’ambito dei licenziamenti disciplinari, la reintegra opera solo se “sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”.

Sorge spontanea, a questo punto, la domanda se l’interpretazione offerta nella recente sentenza della Cassazione possa operare anche con riferimento a tale ipotesi.

Nel senso di dare risposta positiva a tale domanda, opera sicuramente il fatto che la Suprema Corte, nella decisione in commento, ha ragionato sotto un profilo materiale, affermando che il “ritenere accolte le giustificazioni” (trascorso un certo termine) significa prefigurare come inesistente il fatto nella sua realtà concreta e non solo giuridica. Vero è però che il Jobs Act parla di “dimostrazione in giudizio” che il fatto materiale non sussiste, con ciò alludendo al caso in cui si è andati a ricercare e dimostrare come sono andati realmente i fatti, a prescindere da ogni questione giuridica.

Difficile dare una risposta certa alla questione. Non resta che vedere se i Giudici avranno occasione di occuparsene e come la risolveranno.

Nel senso di non ritenere operante la reintegra ha invece concluso la Suprema Corte nella Sentenza n. 21569 del 3 settembre 2018 e con riferimento ad altra fattispecie, relativa alla violazione dei criteri di scelta del lavoratore da licenziare in caso di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo (o altrimenti detti licenziamenti per motivi economici).

Il caso esaminato atteneva ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo individuale, che quindi aveva riguardato solo un

lavoratore.

Qui era stato accertato esistente il motivo addotto per giustificarlo, ovvero la riduzione delle ore lavorative richieste nell’ambito dell’esecuzione di un appalto di pulizie cui era impiegato (dalla ditta appaltatrice) il licenziato; mentre risultava constatato che si era provveduto a licenziare, tra i lavoratori addetti al medesimo appalto, il lavoratore più anziano e non quello più giovane.

La Corte di Cassazione ha ritenuto tale scelta come “illegittima” e ciò sulla base di un orientamento oramai consolidato per cui nei casi in cui vi sia da scegliere chi licenziare tra più lavoratori aventi mansioni “fungibili”, ovvero che possono svolgere ognuno le mansioni dell’altro, il datore di lavoro deve agire in buona fede e correttezza. Adeguato parametro per stabilire se si è agito nel rispetto di tali principi, oltre all’assenza di discriminazioni (per sesso, razza, lingua, orientamenti politici, sessuali, etc.), è sicuramente l’osservanza dei criteri previsti dall’art. 5, l. n. 300/1970 con riferimento ai cosiddetti “licenziamenti collettivi”, ovvero, come noto, quelli applicati da un datore di lavoro con riferimento al licenziamento di almeno 5 lavoratori, per i medesimi motivi aziendali, nell’arco di 120 giorni. L’art. 5 citato, poi, come altrettanto noto, prevede che la scelta debba avvenire seguendo i criteri dell’anzianità anagrafica e di servizio, dei carichi di famiglia e delle esigenze tecniche-produttive ed organizzative. Essendo stato licenziato, nel caso esaminato, il lavoratore più anziano, si è quindi ritenuto illegittimo il licenziamento.

Anche di fronte a tale vizio di legittimità del licenziamento la Suprema Corte, sempre con riferimento ad un caso in cui trovava applicazione l’art. 18, l. n. 300/1970 come riformato dalla Legge Fornero, ha dovuto stabilire se le conseguenze fossero la reintegra o l’indennità.

Nell’ambito dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, l’art. 18 attualmente vigente prevede che la reintegra operi solo nei casi di “manifesta insussistenza” del

motivo addotto a giustificazione del licenziamento. La Corte d'Appello di Milano aveva ritenuto che la violazione del criterio di scelta del lavoratore da licenziare costituisse proprio una "manifesta insussistenza del fatto", in quanto aveva ritenuto "spezzato" il nesso di causalità tra il motivo addotto ed il licenziamento impugnato, rendendo così il motivo indicato a giustificazione del licenziamento del tutto "irrilevante" per il lavoratore, quindi "manifestamente insussistente".

Del medesimo avviso non è però stata la Cassazione, la quale ha ritenuto che, operando oramai, nei casi di licenziamenti economici, come regola la corresponsione di un'indennità risarcitoria e solo in via eccezionale la reintegra, la violazione dei criteri di scelta non è tale da avere quella "evidenza" che consente di derogare

alla regola.

La decisione della Suprema Corte, certamente non positiva per i lavoratori, pare molto discutibile e non solo per la scarsità delle motivazioni addotte. Occorre, infatti, osservare che proprio la legge sui licenziamenti collettivi - da cui, come visto, vengono ripresi i criteri di scelta del lavoratore da licenziare - prevede espressamente che qualora nell'ambito della procedura di esubero il datore di lavoro violi gli stessi opera il diritto alla reintegra di cui al comma 4 dell'art. 18, l. n. 300/1970. La speranza è che quindi la Cassazione possa rivedere il proprio recente orientamento.

Nessun margine pare sussistere, invece, per chi è stato assunto dopo il 7 marzo 2015. E ciò semplicemente perché il Jobs Act, diversamente dall'art. 18, nei casi di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo

oggettivo non prevede mai la reintegra.

E' "falsa attestazione della presenza in servizio" anche se mi dimentico di timbrare l'uscita?

La terza sentenza in commento è la n. 22075 dell'11 settembre 2018 non si occupa delle conseguenze derivanti da un licenziamento illegittimo, bensì di aspetti più sostanziali legati alla sussistenza o meno di un licenziamento legittimo nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio nel Pubblico Impiego.

La Cassazione, infatti, si è occupata di un caso in cui era stata licenziata una dipendente dell'Università degli Studi di Firenze, la quale, senza autorizzazione, aveva abbandonato il posto di lavoro, per di più senza registrare l'uscita mediante il

FLASH

ILLEGITTIMO IL LICENZIAMENTO DELLA DIPENDENTE CHE, DI FRONTE A UN TRASFERIMENTO NULLO, CONTINUA A OFFRIRE LA PROPRIA PRESTAZIONE PRESSO LA SEDE AZIENDALE ORIGINARIA

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 22656 del 25 settembre 2018, ha dichiarato illegittimo il licenziamento adottato nei confronti del lavoratore che si rifiuta di trasferirsi nella nuova sede di lavoro, mostrandosi però al contempo disponibile ad erogare la prestazione presso la vecchia, in presenza di un ordine di trasferimento illegittimo. Nel caso in esame una lavoratrice, riammessa in servizio a seguito della conversione giudiziale a tempo indeterminato del proprio rapporto di lavoro formalmente instaurato a termine, veniva adibita ad una sede lavorativa molto distante da quella originaria e quindi la stessa, ritenendo di aver diritto al ripristino di tutte le condizioni preesistenti alla risoluzione del rapporto di lavoro, ivi compresa la sede presso cui prestare la propria opera, si rifiutava di prendere servizio nella nuova sede eccependo nei confronti della propria datrice di lavoro l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. Dal canto suo la datrice di lavoro, a fronte del rifiuto della lavoratrice di trasferirsi presso la sede assegnatale, aveva deciso di licenziarla.

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, ha confermato la sentenza di appello sia nella parte in cui i giudici di merito hanno ritenuto illegittimo il trasferimento perché disposto in totale assenza ai requisiti di cui all'art. 2103 c.c., sia nella parte in cui gli stessi hanno "qualificato il rifiuto della lavoratrice a prendere servizio nella nuova sede in termini di esercizio di autotutela e di attuazione dell'eccezione d'inadempimento ex art. 1460 c.c." ed ha pertanto dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato per totale carenza di giusta causa.

La Corte si è in sostanza conformata a quell'orientamento, ormai piuttosto consolidato, secondo cui "l'ottemperanza del datore di lavoro all'ordine giudiziale di riammissione in servizio, a seguito di accertamento della nullità dell'apposizione di un termine al contratto di lavoro, implica il ripristino della posizione di lavoro del dipendente, il cui reinserimento nell'attività lavorativa deve quindi avvenire nel luogo precedente e nelle mansioni originarie, a meno che il datore di lavoro non intenda disporre il trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva, e sempre che il mutamento della sede sia giustificato da sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive, in mancanza delle quali è configurabile una condotta datoriale illecita, che giustifica la mancata ottemperanza a tale provvedimento da parte del lavoratore in attuazione di un'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c." (v. da ultimo C. Cass. ord. N. 5623 del 8/3/2018, ma anche C. Cass. n. 27844 del 30/12/2009, Cass. n. 11927 del 16/05/2013).

Resta inteso, precisa la Cassazione, che il rifiuto del lavoratore di assumere servizio presso la sede di destinazione deve essere proporzionato all'inadempimento datoriale ai sensi dell'art. 1460 c.c., comma 2, e deve essere accompagnato da una seria ed effettiva disponibilità a prestare servizio presso la sede originaria, configurandosi altrimenti l'arbitrarietà della assenza dal lavoro. In applicazione di tale principio, nel caso di specie, poiché la lavoratrice si era subito messa a disposizione per riprendere in ogni momento l'attività lavorativa presso la sede di provenienza, la reazione della stessa è stata ritenuta proporzionata ed è stata pertanto confermata la decisione di merito che aveva dichiarato la nullità del trasferimento e l'illegittimità del licenziamento successivamente intimato.

cosiddetto “marcatempo”.

La Corte d’Appello di Firenze aveva ritenuto che tale comportamento costituisse un’ipotesi di “falsa attestazione della presenza in servizio” ai sensi di quanto previsto dall’art. 55-quater, d.lgs. n. 165/2001 (cosiddetto Testo Unico sul Pubblico Impiego), con conseguente legittimità del licenziamento applicato.

L’articolo in questione è stato introdotto ad opera della cosiddetta Riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009), la quale, tra le motivazioni “tipiche” di licenziamento disciplinare del dipendente pubblico, ha individuato, appunto, anche quella della “falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l’alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente”. La Riforma Brunetta ha poi precisato che le eventuali previsioni dei contratti collettivi di Comparto in contrasto con la previsione in questione sono nulle e vengono sostituite dalle stesse disposizioni di legge.

Tale intervento, infine, è stato di recente rafforzato dal cosiddetto Decreto Madia (d.lg. n. 116/2016), il quale ha ulteriormente precisato che “costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l’amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell’orario di lavoro dello stesso”.

L’ex dipendente dell’Università licenziata aveva proposto ricorso in Cassazione, ritenendo che nel suo caso non potesse parlarsi di falsa attestazione della presenza in servizio, bensì di abbandono ingiustificato del posto di lavoro, per il quale il CCNL di Comparto prevede la sola sospensione.

Nonostante tale ricorso, però, la Cassazione ha confermato quanto aveva già affermato la Corte d’Appello di Firenze, dando così torto alla lavoratrice.

La decisione si è fondata su precedenti orientamenti (Cassazione n. 25750/2016, n. 17637/2016 e n.

24574/2016), nei quali si è avuto modo di affermare che “la registrazione effettuata attraverso l’utilizzo del sistema di rilevazione della presenza sul luogo di lavoro è “corretta” e “non falsa” solo se nell’intervallo compreso tra le timbrature in entrata ed in uscita il lavoratore è effettivamente presente in ufficio, mentre è falsa e fraudolentemente attestata nei casi in cui miri a far emergere, in contrasto con il vero, che il lavoratore è presente in ufficio dal momento della timbratura in entrata a quello della timbratura in uscita”.

In sostanza, ad avviso della Suprema Corte, nei casi in cui il lavoratore non si trovi in ufficio nel periodo compreso tra la timbratura in entrata e quella in ufficio, assentandosi senza autorizzazione, opera una sorta di presunzione della “fraudolenta” attestazione della presenza in servizio.

La decisione in commento è quanto meno opinabile e rischia di aprire scenari pericolosi. In particolare, se certamente grave pare il comportamento di chi timbra l’entrata ed immediatamente se ne va da lavoro, senza mai farvi ritorno se non per timbrare l’uscita, pare diverso il caso di chi a lavoro ci sta per un certo periodo e poi ad un certo punto se ne va senza autorizzazione e senza timbrare il cartellino. In questi casi, infatti, è più rilevante di più il comportamento dell’abbandono senza autorizzazione, piuttosto che il semplice non timbrare l’uscita, il quale appare solo un “complemento” della condotta dell’abbandono.

Pertanto, leggendo l’orientamento richiamato dalla sentenza in commento, è evidente come si faccia riferimento a casi in cui vi è non solo una timbratura in entrata, ma anche e soprattutto in uscita. Proprio la presenza della timbratura in uscita pare attribuire il carattere della falsa e fraudolenta attestazione della presenza in servizio, poiché il lavoratore fa rientro per timbrare l’uscita, quindi per far credere al datore di lavoro di essere stato in servizio, traendolo in inganno. Se, invece, a lavoro non si fa più ritorno, quindi non viene timbrata

l’uscita, la situazione si configura in termini affatto diversi.

Fortunatamente, non mancano sentenze in cui la Cassazione ha comunque precisato che il tempo di assenza ingiustificata tra le due timbrature deve essere “economicamente apprezzabile”, quindi non deve essere un lasso di tempo breve (si veda, ad esempio, Cassazione n. 8426/2014). Questo, quanto meno, consente di escludere che se l’abbandono del posto di lavoro avviene poco tempo prima dell’orario di chiusura, non vi è falsa attestazione.

Pare in ogni caso debba escludersi la sussistenza dell’illecito qualora si tratti di mera dimenticanza della timbratura in uscita, rispettando comunque l’orario di lavoro, quindi senza mai abbandonare il posto di lavoro durante quello che è l’orario di lavoro fissato dall’amministrazione.

Resta comunque il problema di una decisione pericolosa che espone il lavoratore pubblico al rischio del licenziamento anche per comportamenti omissivi, solo presuntivamente fraudolenti, e che amplifica gli effetti della logica punitiva sottesa alle riforme del lavoro pubblico degli ultimi anni. ■

Avviso della Corte di Giustizia agli euroscettici: la Carta dei diritti dell'UE serve a tutelare i lavoratori europei (almeno in materia di ferie...)

di Ivan Petrone

Decidendo un caso relativo alla legislazione tedesca in materia di ferie, la Corte di giustizia con la sentenza pronunciata il 6 novembre (causa C-684/16) enuncia un principio di estrema rilevanza relativo all'efficacia delle norme della Carta dei diritti dell'Unione europea che riconoscono diritti fondamentali ai lavoratori europei.

La questione ha riguardato un caso di un lavoratore al quale, scaduto il contratto a termine, è stata negata dal proprio datore (il noto istituto di ricerca Max Planck) l'indennità per ferie non godute, in virtù della legislazione nazionale che la condiziona alla richiesta dello stesso lavoratore di godere delle ferie durante il periodo di maturazione. Secondo la Corte di giustizia una simile normativa è in contrasto sia con l'art.7 della direttiva 2003/88 (relativa ai tempi di lavoro, e che riconosce espressamente il diritto a ricevere un indennizzo per ferie non godute), sia con l'art. 31, par. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (che riconosce più in generale a tutti i lavoratori il diritto "a ferie annuali retribuite"). Se però il contrasto con la direttiva comporta "soltanto" la responsabilità dello Stato per il suo mancato o scorretto recepimento (qualora non vi siano margini per un'interpretazione del diritto nazionale conforme ad essa), lo stesso non può dirsi con riferimento alla violazione della disposizione della Carta dei diritti.

La Carta dei diritti è invocabile in ogni controversia (come quella in questione) attinente all'applicazione del diritto dell'Unione europea; il

che la rende appunto rilevante per decidere il caso in esame rientrando nell'ambito di applicazione della direttiva 2003/88. Ebbene, la Corte europea, da una parte riconosce che il diritto alle ferie retribuite costituisce un "principio essenziale del diritto sociale dell'Unione" ed implica il diritto all'indennità in caso di loro mancato godimento al cessare del rapporto; diritto che può venire meno solo qualora il datore abbia chiaramente sollecitato il lavoratore a beneficiarne durante il rapporto onde evitarne l'estinzione. Dall'altra, soprattutto, riconosce per la prima volta che ad una disposizione della Carta relativa ad un diritto sociale debba essere riconosciuto valore "imperativo" e "incondizionato"; ciò in ragione del fatto che la norma in questione (appunto l'art. 31, par. 2) non contiene, al contrario di altre disposizioni della Carta, alcun rinvio "ai casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione o dalle legislazioni e prassi nazionali"; e quindi, per essere esercitato, non richiede alcuna "concretizzazione" da parte del legislatore europeo o nazionale.

Sulla base di questi presupposti, la Corte di giustizia afferma che l'art.31, par. 2 della Carta debba trovare applicazione diretta negli ordinamenti nazionali, anche in controversie tra soggetti privati e non soltanto per contrastare atti illegittimi dello Stato o delle pubbliche autorità (com'è invece per le disposizioni contenute nelle direttive, ivi compresa quella rilevante per il caso in esame). La Carta dei diritti quindi, consente al lavoratore di ottenere un risultato altrimenti non raggiungibile lamentando la semplice violazione di una direttiva: far disapplicare dal giudice nazionale le norme di diritto interno in

quanto lesive di un diritto attribuito al lavoratore “direttamente” dall’ordinamento dell’UE.

Come detto, si tratta di una sentenza di assoluto rilievo in ragione della lettura affatto innovativa che viene fatta della Carta dei diritti, spesso criticata, a ragione, per la sua scarsa (o nulla) effettività come strumento di tutela dei diritti dei lavoratori. Resta, certo, un’apertura timida quella operata dai giudici europei: ciò sia per il limitato ambito di applicazione della stessa Carta, invocabile solo laddove sia in questione l’interpretazione di un’altra fonte di diritto dell’UE; sia perché, come detto, l’efficacia diretta e incondizionata delle disposizioni della Carta relative ai diritti dei lavoratori viene negata dalla Corte di giustizia nei casi in cui queste richiamino il rispetto del diritto dell’UE e delle legislazioni nazionali (il che avviene per la maggioranza degli altri diritti, in primis quelli sindacali). Ma, in tempi di dilagante euroscetticismo, quello che giunge dai giudici di Lussemburgo è un segnale che non può non essere accolto con favore. ■

FLASH

POSSIBILE IL PATTO DI PROVA ANCHE SE PRECEDUTO DA ALCUNI CONTRATTI A TERMINE

Con ordinanza n. 28252 del 6 novembre 2018, la Corte di Cassazione ha precisato che la presenza di precedenti contratti di lavoro a termine tra due parti non è di per sé un ostacolo alla validità del periodo di prova inserito nel successivo contratto a tempo indeterminato stipulato tra le medesime parti.

Il caso posto all’attenzione della Suprema Corte è quello di una lavoratrice che aveva denunciato l’illegittima apposizione di un patto di prova ad un contratto di lavoro a tempo indeterminato dopo che tra le parti erano già intercorsi tre diversi contratti a termine, tutti stipulati per svolgere le medesime mansioni di portalettere. Costituitasi in giudizio, la datrice di lavoro si difendeva sostenendo, da un lato, che i tre precedenti contratti a termine erano stati di durata breve e lontani nel tempo (il nuovo contratto era, infatti, intervenuto a distanza di circa un anno e mezzo dall’ultimo rapporto di lavoro), dall’altro, che tali contratti si erano svolti in un ambito territoriale diverso e meno ampio rispetto a quello per cui era sorto il rapporto a tempo indeterminato.

Risultata vittoriosa in primo grado, ma soccombente in appello, la lavoratrice si vedeva costretta a presentare ricorso per cassazione. La Suprema Corte ha, tuttavia, confermato la sentenza di appello ribadendo quel principio, in vero già più volte affermato dalla stessa, secondo cui è legittima l’apposizione del patto di prova, anche in caso di reiterazione di più contratti di lavoro aventi ad oggetto le medesime mansioni, “purché sia funzionale all’imprenditore per verificare non solo la qualità professionali, ma anche il comportamento e la personalità del lavoratore in relazione all’adempimento della prestazione, elementi, questi ultimi, suscettibili di modificarsi nel tempo per l’intervento di molteplici fattori, attinenti alle abitudini di vita o a problemi di salute” (in tal senso anche C. Cass. n. 15960/2005; C. Cass. n. 10440/2012; C. Cass. n. 15059/2015).

Applicando tale principio al caso di specie, la Corte ha quindi ritenuto legittimo il patto di prova apposto al contratto di lavoro a tempo indeterminato, pur essendo relativo a mansioni identiche a quelle già svolte in precedenza dalla lavoratrice, sia perché i precedenti contratti di lavoro erano durati solo pochi mesi, sia perché nel frattempo era mutato il contesto sociale e lavorativo (la zona di recapito era infatti più ampia e più lontana dalla sede di residenza della lavoratrice, nonché erano cambiati i rapporti con l’ambiente ed i colleghi); tali circostanze, secondo la Corte, erano tali da giustificare la necessità di una nuova prova prima dell’assunzione definitiva.

L'indissolubilità del matrimonio cattolico alla prova del principio di parità di trattamento

di Marco Tufo

Con sentenza dell'11 settembre 2018 (causa C-68/17) la Corte di Giustizia Europea ha affermato il principio secondo il quale il licenziamento intimato da una organizzazione la cui etica sia fondata su una religione nei confronti di un dipendente della stessa fede religiosa, per aver questi tenuto una condotta non conforme ai principi della religione in questione (nella specie, aver contratto nuovo matrimonio, con rito civile, a seguito di divorzio dal primo, celebrato con rito cattolico) è legittimo, e non lesivo del principio di parità di trattamento rispetto ai lavoratori di fede diversa, solamente nel caso in cui il l'osservanza del dettame religioso violato costituisca un requisito professionale essenziale, legittimo e giustificato.

La sentenza ha avuto origine del caso di JQ, medico di confessione cattolica e primario del reparto di medicina interna di un ospedale gestito dall'IR (società a responsabilità limitata tedesca impegnata nella gestione di ospedali sotto la vigilanza dell'Arcivescovo cattolico di Colonia), il quale nell'anno 2005 si separava dalla prima moglie, sposata con rito cattolico. A seguito del divorzio, avvenuto nel marzo 2008, JQ, nell'agosto 2008, contraeva nuovo matrimonio, celebrato con rito civile, con una nuova compagna, senza però che il matrimonio canonico venisse annullato. Avendo pertanto ricevuto notizia del matrimonio civile, l'IR, in data 30 marzo 2009, licenziava JQ.

Il lavoratore, dunque, impugnava il predetto licenziamento presso il Tribunale del lavoro, assumendo l'illegittimità del recesso datoriale per violazione del principio di parità di trattamento, atteso che, ai sensi del regolamento di base del servizio ecclesiastico nell'ambito dei rapporti di lavoro nella Chiesa, applicabile al rapporto di lavoro de quo, per i primari di confessione protestante o atei aver contratto un secondo matrimonio con rito civile non avrebbe avuto alcuna conseguenza sul rapporto di lavoro con l'IR. La società datrice, dal canto suo, richiamando il regolamento menzionato, faceva notare come la celebrazione di un matrimonio invalido, come quello civile, costituisse, in quanto grave inadempimento contrattuale, un motivo di licenziamento espressamente previsto dalla normativa, laddove tale condotta fosse stata tenuta, come nel caso di specie, da un lavoratore esercente funzioni direttive. Il Tribunale del lavoro, tuttavia, accoglieva la tesi del lavoratore e la decisione veniva confermata sia in appello, presso il Tribunale superiore del lavoro del Land, sia innanzi alla Corte federale del lavoro tedesca, adita dall'IR. Quest'ultima, quindi, ricorreva alla Corte costituzionale federale tedesca che, annullata la sentenza della Corte federale, rimetteva le parti di fronte a tale giudice, il quale, all'esito della controversia, ravvisava gli estremi per sollevare questione pregiudiziale presso la Corte di Giustizia Europea.

Nello specifico, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 4, paragrafo 2, secondo comma della Direttiva 2000/78 CE, il quale prevede la legittimità di disposizioni le quali stabiliscano che, in presenza di attività professionali di chiese o altre organizzazioni pubbliche o private fondate sulla religione o sulle convinzioni personali, una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca una discriminazione nel caso in cui, per la natura delle attività menzionate o per il contesto in cui vengano esercitate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, in considerazione

dell'etica dell'organizzazione. In altre parole, il Giudice del rinvio chiedeva alla Corte di Giustizia se fosse possibile per la Chiesa imporre a un'organizzazione la cui etica sia fondata sulla religione, come l'IR, nel caso in cui si pretenda da lavoratori con funzioni direttive di tenere un atteggiamento di buona fede e lealtà, di trattare in modo differente i lavoratori appartenenti alla Chiesa stessa rispetto a quelli che aderiscono ad altra fede religiosa o aconfessionali.

Il Giudice europeo risponde a tale quesito premettendo innanzitutto che la decisione di una chiesa o un'organizzazione ispirata a valori religiosi, inerente a un rapporto di lavoro (come, ad esempio, il rigetto di una candidatura a un posto) per la quale la stessa organizzazione sostiene che la religione sia un requisito essenziale, deve poter essere oggetto di un controllo giurisdizionale effettivo per assicurarsi che siano soddisfatti in concreto i criteri dell'art. 4 della Direttiva sopra menzionata. In questi termini, anche il licenziamento di JQ doveva essere oggetto di controllo giurisdizionale al fine di verificarne la conformità rispetto all'art. 4 della Direttiva 78.

La Corte di Giustizia, poi, fornisce le coordinate per effettuare siffatto controllo. In particolare, il Giudice di Lussemburgo afferma come è in relazione alla "natura" delle attività e al "contesto" nel quale esse vengono svolte che la religione o le convinzioni personali possono costituire un requisito, legittimo e giustificato, per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione. In altre parole, la differenza di trattamento basata sulla religione è lecita laddove sia oggettivamente verificabile l'esistenza di un nesso diretto tra il requisito de quo e l'attività lavorativa. Esemplicativamente, un simile nesso può consistere nel fatto che tale attività comporti di partecipare alla determinazione dell'etica della chiesa o dell'organizzazione in questione oppure di collaborare con la sua missione di proclamazione, o ancora nella necessità di garantire una rappresentanza credibile della chiesa o dell'organizzazione al suo esterno. Inoltre, rifacendosi al dato testuale dell'art. 4 della Direttiva, la Corte precisa che il requisito alla base della differenza di trattamento tra lavoratori deve essere "essenziale", nel senso che l'appartenenza alla religione o l'adesione alle convinzioni personali su cui si fonda l'etica della chiesa o dell'organizzazione interessata deve apparire necessaria, in virtù dell'importanza dell'attività lavorativa, per l'affermazione di tale etica o l'esercizio del diritto di autonomia della chiesa o dell'organizzazione stesse. Il requisito, poi, deve essere "legittimo" e cioè non deve essere usato per fini estranei all'etica o all'esercizio dell'autonomia della chiesa o dell'organizzazione. Infine, il requisito deve essere "giustificato", ossia tanto soggetto al controllo del giudice in relazione ai criteri di cui all'art. 4, paragrafo 2, Direttiva 2000/78, quanto implicante l'obbligo, a carico della chiesa o dell'organizzazione, di dimostrare che, nel caso concreto, il rischio di lesione della sua etica o diritto all'autonomia è probabile e serio, cosicché l'introduzione di tale requisito sia effettivamente necessaria.

Passando ad analizzare i fatti oggetto di causa, la Corte di Giustizia osserva come per IR il requisito fosse costituito dal carattere sacro e indissolubile del matrimonio cattolico. L'adesione a tale concezione di matrimonio, tuttavia, viene valutata dal Giudice di Lussemburgo come non necessaria per l'affermazione dell'etica dell'IR, e quindi come non essenziale ai sensi dell'art. 4 della Direttiva 78, tenuto conto delle attività professionali svolte da JQ, consistenti in consulenze e cure mediche, in ambito ospedaliero, e nella gestione del reparto di medicina interna di cui era primario.

Del resto, a parere della Corte, la non essenzialità del requisito de quo sarebbe corroborata dalla circostanza secondo la quale i posti di responsabilità medica con funzioni direttive, analoghi a quello di JQ, erano stati affidati a dipendenti dell'IR non cattolici e dunque non vincolati al medesimo requisito di buona fede e lealtà rispetto all'etica della società datrice.

Con la decisione in commento la Corte è riuscita a fornire una soluzione equilibrata rispetto alla questione assai delicata del bilanciamento tra il diritto di autonomia delle organizzazioni etiche e religiose e il principio di parità di trattamento tra lavoratori. Sebbene infatti l'art. 17 TFUE esprima la neutralità dell'Unione Europea nei confronti di simili organizzazioni, ciò non significa che le stesse possano sottrarsi, in relazione ai rapporti di lavoro che le vedono coinvolte, al controllo giurisdizionale degli atti datoriali. In questo senso, l'approccio "casistico" della Corte, diretto a verificare nella situazione concreta la sussistenza di un nesso tra il requisito indicato come essenziale per il rispetto della lealtà e buona fede nei confronti dell'organizzazione e l'attività lavorativa esercitata, da valutare per la sua natura e nel suo contesto, risulta essere un importante criterio per consentire al Giudice nazionale di prendere una decisione idonea a preservare al contempo i valori etici dell'organizzazione e la parità di trattamento, evitando che il primo principio non si risolva in una lesione del secondo. ■

Fondo di Garanzia INPS: serve l'istanza di fallimento anche se il lavoratore non ha i requisiti per chiederla

di Adele Pasquini

«La verifica da parte del Tribunale fallimentare all'esito dell'istruttoria prefallimentare della non fallibilità dell'imprenditore ai sensi del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 15, funge da presupposto, unitamente all'insufficienza delle garanzie patrimoniali a seguito dell'esperimento della esecuzione forzata, per l'intervento dell'INPS Fondo di garanzia per il pagamento del TFR e dei crediti di lavoro di cui al D.Lgs. 27 gennaio 1992, n. 80, art. 2?»

Questo è quanto ha stabilito la Corte di Cassazione con la recente ordinanza n. 21734, del 06.09.2018 in materia di accesso al Fondo di Garanzia. Organismo, quest'ultimo, istituito presso l'Inps per garantire al lavoratore il pagamento del trattamento di fine rapporto e delle ultime tre mensilità non pagate dal datore di lavoro in caso d'insolvenza. Ma andiamo con ordine.

Il fatto

La vicenda prende avvio dalla richiesta di lavoratore che agiva nei confronti dell'Inps per ottenere dal fondo di garanzia il pagamento del trattamento di fine rapporto maturato e quantificato in una somma inferiore a Euro 30.000. Il giudice di primo grado rigettava la domanda del ricorrente in difetto dell'apertura della procedura concorsuale del datore di lavoro conseguente alla mancata richiesta della dichiarazione di fallimento.

La sentenza veniva riformata in sede di gravame con relativa condanna dell'Inps alla corresponsione del trattamento di fine rapporto, avendo ritenuto il giudice di appello che la società - benché astrattamente suscettibile di fallimento - in concreto non avrebbe potuto essere dichiarata fallita per l'esiguo importo del credito maturato dal lavoratore, che non gli consentiva, appunto, di promuovere la relativa procedura. Contro la sentenza di appello l'Inps ricorreva in cassazione, mentre il lavoratore resisteva con controricorso.

La decisione e i precedenti giurisprudenziali

L'ordinanza in commento interviene su un aspetto assai delicato della disciplina che regola il funzionamento della tutela del trattamento di fine rapporto dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro, uniformandosi al più recente orientamento che ha condiviso una interpretazione più estensiva dei presupposti di intervento dell'apposito fondo di garanzia costituito presso l'Inps. Come noto, la L. n. 297 del 1982 - successivamente integrata con il D.Lgs. n. 80/1992 che ha esteso la medesima tutela ai crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto - costituisce diretta emanazione della direttiva CE n. 987/1980, la quale all'art. 2, par. 1, prevedeva l'intervento del fondo di garanzia in caso di apertura di un procedimento previsto dalla legislazione nazionale volto a soddisfare collettivamente i lavoratori ovvero in caso di chiusura definitiva dell'impresa e di insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento.

Nel recepire i contenuti della direttiva comunitaria, l'art. 2 della L. n. 297 del 1982 ha stabilito che il pagamento del trattamento di fine rapporto da parte del fondo di garanzia può avvenire soltanto in caso di apertura della procedura concorsuale (comma 1 ss.) ovvero, «in caso di datore di lavoro non soggetto alle disposizioni del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 », qualora a seguito dell'«esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti» (comma 5).

Sulla interpretazione di tale ultima previsione la Suprema Corte ha assunto solo negli ultimi anni una posizione nettamente contraria a quella più rigorosa e formalistica formulata dall'Inps, il quale, a onor del vero, si è ormai uniformato al diverso orientamento dei giudici di legittimità con un'apposita circolare che ha completamente rivisto le precedenti posizioni dell'ente previdenziale (circ. n. 32/2010).

La questione - come anticipato - riguardava la definizione di «datore di lavoro non soggetto alle procedure concorsuali» che, secondo l'Inps, inizialmente, doveva essere individuato esclusivamente nel datore di lavoro tecnicamente escluso dall'applicazione della legge fallimentare, sicché in caso di datore di lavoro, pur in teoria soggetto a procedura fallimentare ma di fatto privo dei requisiti necessari alla dichiarazione di fallimento per aver cessato l'impresa da oltre un anno o per inutilità della procedura stessa (questo è il caso, per quel che qui interessa, dell'esiguità dell'esposizione debitoria), l'ente previdenziale negava al lavoratore la possibilità di avvalersi dell'intervento di tutela del fondo di garanzia (circ. Inps n. 53/2007 e n. 74/2008).

In senso contrario si sono espressi invece i giudici di legittimità, i quali, con due pronunce successive, hanno stabilito che una «lettura della legge nazionale orientata nel senso voluto dalla direttiva può consentire, secondo una ragionevole interpretazione, l'ingresso ad un'azione nei confronti del fondo di garanzia, quando l'imprenditore non sia in concreto assoggettato al fallimento e tuttavia l'esecuzione forzata si riveli infruttuosa» (così, Cass. 19 gennaio 2009, n. 1178), dovendosi in ogni caso escludere che il lavoratore sia tenuto all'esperimento di un tentativo di esecuzione che superi i limiti dell'ordinaria diligenza quando la mancanza o l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore possano considerarsi provate in relazione alle particolari circostanze del caso concreto. Ne deriva, come ribadito dalla pronuncia in commento, che l'espressione «datore di lavoro non soggetto alle disposizioni del r.d. 16 marzo 1942, n. 267» di cui all'art. 2, comma 5, della L. n. 297 del 1982 deve essere interpretata nel senso che al lavoratore deve essere riconosciuta la possibilità di agire nei confronti del fondo di garanzia per ottenere il pagamento del trattamento di fine rapporto anche laddove il datore di lavoro di fatto non risulti più soggetto al fallimento secondo le previsioni di cui agli artt. 10, 11 e 15 della legge fallimentare, come riformata dal D.Lgs 9 gennaio 2006, n. 5 e dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 ovvero quando sia trascorso più di un anno dalla cancellazione dal registro delle imprese o quando risulti che il complessivo ammontare dei debiti scaduti e non pagati accertati nel corso dell'istruttoria prefallimentare è inferiore a Euro 30.000. In quest'ultimo caso, però, specifica la Corte, non è sufficiente «saltare» la fase processuale per la sola «esiguità dell'esposizione debitoria», ma è al contrario indispensabile - ai fini dell'accoglimento della richiesta - chiedere al Tribunale l'accertamento della sussistenza o meno dei requisiti previsti per la dichiarazione di fallimento ed ottenere eventualmente una prevedibile sentenza di rigetto.

Un percorso comunque complicato

Nonostante l'orientamento giurisprudenziale sia ormai consolidato, sul piano pratico permangono ancora oggi numerosi ostacoli interpretativi - creati non solo dai tempi d'attuazione della procedura e dalla necessità di proporre più atti processuali, ma anche dai costi e dalla formale burocrazia - che spesso vanificano, almeno in parte, la funzione di garanzia e di sostegno del reddito familiare.

Se da un lato, la giurisprudenza ha esteso la garanzia del Fondo anche alle insolvenze dei datori di lavoro non soggetti alla legge fallimentare o che comunque non falliscono, dall'altro chiede al lavoratore la dimostrazione «giudiziarica» di «non fallibilità», oltre alla prova (non sempre semplice) dell'esperimento, risultato in tutto o in parte inutile, dell'azione esecutiva.

L'inciso della norma «sempreché a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata» si riferisce, infatti e con tutta evidenza, all'insieme dei mezzi d'espropriazione che il legislatore ha messo a disposizione del creditore per la realizzazione coattiva del diritto. Sul punto, in mancanza di ulteriori indicazioni da parte del legislatore, è la giurisprudenza che sta cercando, con molta fatica, di definire gli oneri posti a carico del creditore per cercare di ottenere la soddisfazione del credito.

Non potendo approfondire i diversi orientamenti che si sono succeduti negli anni, pare sufficiente segnalare che ad oggi la Corte di Legittimità riconosce e consente l'intervento del Fondo con la dimostrazione del dipendente di aver esperito infruttuosamente una sola procedura d'esecuzione mobiliare, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrano che (o il Fondo provi che) esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva.

Se astrattamente sembra piuttosto agevole raggiungere il Fondo, la realtà pratica si scontra con numerose e imprevedibili difficoltà tipiche di casi particolari non disciplinati dalla legge - si pensi al caso, sempre più comune, del datore di lavoro deceduto, in presenza del quale l'Inps pretende l'azione esecutiva nei confronti di tutti gli eredi (!).

Insomma, il quadro è complesso e molteplici sono i diversi scenari. Non resta che aspettare un intervento organico da parte del Legislatore o in ogni caso affidarsi ai giudici che sempre più spesso vengono chiamati a decidere sul tema. ■