

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

flash

Il punto

L'anno finisce nel segno del dibattito sul *se* e sul *come* delle riforme istituzionali. Con la netta sensazione che il discorso attorno alle riforme nasconda il vuoto delle intenzioni nel merito. In attesa, però, che lo stallo abbia termine e che il Parlamento ritorni a funzionare, si vedono riemergere segni del recentissimo passato. Il Senato approva il disegno di legge 1167, solita congerie di disposizioni varie e diverse nella quale si fanno notare alcune norme di contenuto lavoristico, apparentemente prive di un collegamento sistematico. Si tratta delle disposizioni, già passate dall'esame delle Camere dodici mesi or sono, che intervengono su aspetti non marginali del processo del lavoro: dai termini di impugnazione del licenziamento e del contratto a termine, ai poteri del giudice nell'accertamento dei motivi di licenziamento, al nuovo rafforzato ruolo della certificazione. L'attesa, adesso, è per l'altro ramo del Parlamento: se approverà - come sembra - entro poche settimane, la riforma del processo sarà legge: dei temuti effetti distorsivi per le tutele dei lavoratori torneremo a parlare con forza su queste colonne, come già facemmo un anno fa. Per questo numero, la nostra analisi si sofferma su un altro aspetto della riforma Brunetta del pubblico impiego; illustra una pronuncia della Cassazione sui controlli del datore di lavoro sul lavoratore; prova a fare il punto di giurisprudenza nazionale e comunitaria sul risarcimento del danno come sanzione per il contratto a termine illegittimo nel settore pubblico.

Sommario

n. 4* dicembre 2009 * nuova serie

ARTICOLI

Pubblico impiego

Riforma Brunetta:
l'esercizio del potere
disciplinare *2

Controlli sul lavoratore

La Cassazione fa
chiarezza *5

Sindacato

Il rinnovo separato
del CCNL
metalmecanici *9

FOCUS

Contratto a termine

Pubblico impiego e
risarcimento del danno: il
punto tra corti nazionali
e comunitarie *7

FLASH

Approvata al Senato la
riforma del processo del
lavoro *2

Asili nido nelle pubbliche
amministrazioni *3

Firmato il decreto sulle
fasce di reperibilità *3

Il Tribunale di Firenze sui
congedi per paternità *5

Pacchetto Welfare per il
2010 *10

LA FINESTRA SULL'UE

Caso Kattner

La Corte su monopolio e
concorrenza nel settore
previdenziale *11

Extra

Di tutto quello di cui si è discusso negli ultimi mesi e di tutte le aspettative è rimasto l'obiettivo di contenere entro i **2 gradi** centigradi l'aumento della temperatura media planetaria, insieme all'impegno finanziario verso i paesi più poveri: **30 miliardi** di dollari per il triennio 2010-2012 e 100 miliardi all'anno dal 2020 in poi. Sono i risultati dell'accordo intergovernativo raggiunto al vertice di Copenaghen. Degli altri progetti rimane molto poco, oltre alla promessa da parte di tutti i paesi di presentare entro gennaio obiettivi di riduzione per il 2020. Tutto questo nella speranza che, durante il vertice a Città del Messico del 2010, possa essere firmato un accordo internazionale legalmente vincolante.



Un manifesto per sollecitare i capi di governo a raggiungere un accordo sul clima.

Publico impiego

Riforma Brunetta: l'esercizio del potere disciplinare

Andrea Ranfagni

Gli artt. 67 e ss. del D.Lgs. n. 150/2009 introducono delle consistenti novità per ciò che concerne le sanzioni disciplinari nei confronti dei dipendenti pubblici e le responsabilità di quest'ultimi. Viene riscritto tutto: la disciplina applicabile, il ruolo della contrattazione collettiva, le modalità di svolgimento del procedimento, i rapporti tra il procedimento penale e quello disciplinare, i comportamenti costituenti illecito disciplinare e le relative sanzioni, i controlli sulle assenze. L'obbiettivo è il filo conduttore dell'intera riforma: potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo (si veda art. 67, I co., D.Lgs. n. 150/09).

Svuotato il ruolo della contrattazione collettiva. Scompare il rinvio all'art. 7 SL.

Prima del d. lgs. n. 150/2009, la principale fonte normativa in materia di potere disciplinare della P.A., era rappresentata dall'art. 55 del d. lgs. n. 165/2001.

Essa non costituiva tuttavia l'unica disposizione applicabile, poiché essa stessa effettuava rinvii alla contrattazione collettiva, nonché all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, tutto nella logica di fondo che sottostava all'intera riforma operata con il d. lgs. n. 165/2001, quindi la "privatizzazione" e la "contrattualizzazione" del Pubblico Impiego.

Il ruolo che prima aveva il contratto collettivo era consistente. L'art. 55, al comma 3, riconosceva infatti nel contratto collettivo nazionale di comparto la fonte principale competente per la definizione delle infrazioni e delle relative sanzioni disciplinari mediante la predisposizione di un codice disciplinare. Venivano fatti salvi

soltanto gli artt. 21, in materia di responsabilità disciplinare dei dirigenti, e 53, relativo alla responsabilità disciplinare scaturente da incompatibilità e cumulo d'impieghi. Questi ultimi due erano infatti ritenuti settori nei quali solo la legge poteva disporre, per il resto, però, tutto era regolato dal contratto collettivo. Oggi, il nuovo art. 55, così come riscritto dall'art. 68 del D. lgs. n. 150/09, continua a riconoscere al contratto collettivo il compito di definire le tipologie delle infrazioni e le relative sanzioni, con la precisazione, di non poco conto, per cui sono fatte salve le disposizioni di legge, introdotte dallo stesso D. lgs. n. 150/09. Come vedremo a breve e come già anticipato, le nuove disposizioni incidono profondamente in materia, provvedendo ad individuare esse stesse infrazioni disciplinari e le relative sanzioni. E' evidente dunque lo svuotamento del ruolo della contrattazione.

Assieme alla perdita d'importanza del contratto collettivo, non troverà poi più applicazione l'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori. Il vecchio art. 55, rinviava infatti espressamente a tale disposizione ed, in particolare, al suo primo comma, Quest'ultimo sancisce il *principio della pubblicità del codice disciplinare mediante affissione in luogo accessibile a tutti*. Secondo un orientamento ampiamente assestato della giurisprudenza (Cassa. n. 1208/88) si tratta di una forma di pubblicità a carattere *necessario*, cioè non surrogabile per equivalente. Normalmente è ritenuto mezzo adeguato a tale pubblicità l'affissione del codice direttamente sul luogo di lavoro. Siamo dunque di fronte ad un importante diritto dei lavoratori che nel pubblico non trova più applicazione. In sostituzione, l'art. 68, al 2° co., stabilisce che la pubblicazione sul sito *istituzionale* dell'amministrazione del codice disciplinare equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro. Le PA saranno da ora in poi libere di scegliere tra l'affissione

FLASH * Approvata al Senato la riforma del processo del lavoro

Torna alla luce il disegno di legge 1167, approvato dal Senato a fine novembre, adesso in attesa della definitiva approvazione della Camera. Dopo un anno esatto di silenzio, il Parlamento torna ad occuparsi del disegno di legge che, formalmente, si occupa di lavori usuranti ma che, nelle sue pieghe, nasconde una profonda rivisitazione di alcuni tra gli istituti fondamentali del diritto e del processo del lavoro. Se venisse approvato nell'attuale formulazione, le principali novità riguarderebbero: i termini per l'impugnazione del licenziamento e del contratto a termine illegittimo, ridotti a soli centottanta giorni; un rafforzamento del ruolo e delle funzioni della certificazione, istituto introdotto dal d. lgs. 276/2003 e mai realmente entrato in funzione; un rafforzamento del ruolo dell'arbitrato. Rimarrebbe inserita nel testo di legge anche la formulazione testuale dell'art. 23, già molto discussa al momento della prima sortita del testo nell'autunno 2008 anche su queste colonne, secondo la quale, in ogni caso in cui la legge preveda clausole generali (dal licenziamento per giustificato motivo oggettivo alle ragioni di carattere tecnico produttivo organizzativo e sostitutivo del contratto a termine) il giudice dovrebbe limitarsi al solo sindacato di *legittimità*, non potendo invece addentrarsi nella valutazione del *merito* della scelta imprenditoriale. Come abbiamo già avuto modo di sottolineare e, soprattutto, come ci promettiamo di affrontare nuovamente al momento dell'entrata in vigore del testo di legge, la formulazione dell'art. 23 è capace di prestarsi ad interpretazioni mutevoli e profondamente diverse: così come formulata, la norma appare capace sia di svuotare il ruolo del giudice che, in presenza di una clausola generale dovrebbe limitarsi alla mera certificazione del volere dell'imprenditore, sia di risultare del tutto inconferente rispetto all'attuale equilibrio raggiunto dalla giurisprudenza tra libertà di organizzazione imprenditoriale e necessità di tutela del lavoratore, con il sindacato del giudice realmente limitato all'accertamento della sussistenza del fatto posto dall'imprenditore a fondamento della propria decisione.

Publico impiego

FLASH * Asili nido nelle Pubbliche amministrazioni

Il 13 novembre 2009 è stato stipulato un Protocollo d'Intesa a tre tra Ministro della Pubblica Amministrazione, Ministro per le pari opportunità e il Sottosegretario delegato per le politiche della famiglia, relativo alla istituzioni di asili nido presso le PA. In sostanza, con tale documento il Governo si è preso l'impegno di promuovere azioni volte a favorire la realizzazione di "nidi aziendali" e di altri servizi socio-educativi per l'infanzia, al fine di tutelare e favorire il lavoro femminile, anche nell'ottica del progressivo innalzamento dell'età pensionabile che, come noto, è stato disposto con il d. l. n. 78/2009. La parti si sono impegnate poi nello specifico ad attivare sin da subito un "progetto pilota" di apertura dei nidi presso le sedi centrali e periferiche delle PA nazionali e nei Comuni capoluoghi di Provincia. A tal fine sono già stati stanziati circa 26 milioni di euro. L'idea di fondo è quella secondo la quale, stante l'innalzamento dell'età pensionabile delle donne nel pubblico impiego, che porterà le stesse a lavorare in età molto più elevata rispetto a quanto fatto fino ad adesso, per far fronte alle esigenze di vita che comunque permangono, vengono rafforzati i servizi socio-educativi per i figli delle lavoratrici. Vedremo se tale impegno verrà rispettato.

*Firmato il nuovo decreto sulle fasce di reperibilità

In attuazione di quanto previsto dal decreto legislativo n. 150/09, il Ministro della Funzione Pubblica ha firmato il provvedimento, di sua diretta ed esclusiva competenza, sulle nuove fasce di reperibilità per i dipendenti pubblici in malattia, che dovrebbe essere pubblicato presto in Gazzetta Ufficiale per entrare in vigore da gennaio prossimo. Il decreto ministeriale in parola prevede che le nuove fasce di reperibilità per il dipendente pubblico malato, in sostituzione delle attuali che vanno dalle 10 alle 12 e dalle 17 alle 19, saranno pari a 7 ore e comprenderanno i periodi dalle 9 alle 13 e dalle 15 alle 18 di tutti i giorni della settimana, mentre le stesse non riguarderanno i malati oncologici o comunque con patologie gravi che richiedono terapie salva vita, nonché i malati per causa di servizio. Restiamo a questo punto in attesa della relativa entrata in vigore.

sul luogo di lavoro e la pubblicazione sul sito internet.

Analogamente viene meno il rinvio ai commi 5 e 8, dell'art. 7, Statuto dei Lavoratori, relativi al principio secondo cui la sanzione disciplinare più grave del rimprovero verbale non può trovare attuazione se non sono trascorsi almeno 5 giorni dalla contestazione per iscritto del fatto addebitato e quello secondo il quale non può tenersi conto di alcun effetto della sanzione disciplinare trascorsi 2 anni dalla sua applicazione.

Nuove modalità nello svolgimento del procedimento disciplinare

Nel riscrivere le norme sul potere disciplinare delle PA, il d. lgs. n. 150/2009, introduce nel d. lgs. n. 165/01 il nuovo art. 55-bis. Quest'ultima disposizione sostituisce i commi 4, 5 e 6 del vecchio art. 55 e detta nuove modalità di svolgimento del procedimento disciplinare. L'art. 55 stabiliva che ogni PA doveva individuare un Ufficio competente per le sanzioni disciplinari, quale unico soggetto in grado di irrogare sanzioni, seppur previo impulso del capo struttura, il quale poteva agire autonomamente solo se si trattava di infrazioni sanzionabili con rimprovero scritto o con la censura. Adesso si distingue due diversi procedimenti. Per le infrazioni sanzionabili con sanzioni inferiori alla sospensione della retribuzione per più di dieci giorni e superiori al rimprovero verbale, agisce direttamente il capostruttura con qualifica dirigenziale. Quest'ultimo

deve entro massimo 20 giorni da quando ha notizia dell'infrazione provvedere a contestare l'addebito al lavoratore. Contestualmente lo convoca a difesa, concedendo allo stesso un preavviso di almeno 10 giorni. La norma parla di "preavviso di almeno 10 giorni". In precedenza, il comma 5 del vecchio art. 55, stabiliva che il lavoratore aveva sempre e comunque 15 giorni per difendersi. Si ha dunque una riduzione dei termini di difesa. In concreto, in realtà, i termini potrebbero essere più lunghi, dipendendo ciò da quanto stabilirà il dirigente a seconda dei casi. Il diritto di difesa del lavoratore appare però sottoposto a compressioni.

Fortunatamente sembra, ad una prima lettura della nuova disposizione, che il lavoratore possa chiedere, se impedito e comunque non più di una volta, un differimento del termine difesa.

Si stabilisce poi che il procedimento disciplinare deve concludersi in 60 giorni dalla contestazione ovvero un termine maggiore proporzionato alla dilatazione, se c'è stata, del termine di difesa. Se il lavoratore e l'azienda non rispettano i termini stabiliti, quest'ultima perde il potere di agire disciplinarmente, il primo quello di difendersi.

Per le infrazioni punibili con sanzioni pari o superiori alla sospensione e decurtazione della retribuzione per più di 10 giorni, ovvero nei casi in cui il capostruttura non è una figura dirigenziale, agisce l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. I termini per contestare, difendersi e irrogare la sanzione sono il doppio di quelli sopra citati.

Per le infrazioni punibili con il rimprovero verbale, il procedimento disciplinare si svolge secondo le norme dettate dai contratti collettivi.

Si prevede poi che, nel corso dell'istruttoria, il dirigente ovvero l'ufficio competente possa acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento, senza che comunque per ciò si sospenda il procedimento ovvero si differiscano i termini.

Una significativa novità è contenuta al comma 7 del nuovo art. 55-bis, dove si

Publico impiego

dice che un dipendente che sia a conoscenza, per ragioni di servizio o di ufficio, di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, non possa rifiutarsi, senza giustificato motivo, di collaborare (anche rendendo dichiarazioni false o reticenti), pena l'applicazione, da parte della PA di appartenenza, della sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di 15 giorni. Altre disposizioni di sapore "militaresco" sono poi quelle dei commi 8 e 9. Si prevede, in primo luogo, che se il dipendente sottoposto a procedimento disciplinare viene trasferito a qualunque titolo in altra PA, il procedimento è avviato o concluso presso quest'ultima, con interruzioni dei termini per la contestazione o per la conclusione, che riprendono a decorrere dalla data del trasferimento. In secondo luogo, si prevede che in caso di dimissioni del dipendente, il procedimento disciplinare ha egualmente corso e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro. Resta del tutto oscuro quale possa essere la sanzione disciplinare che può continuare ad essere applicata nonostante la cessazione del rapporto di lavoro.

Impugnabilità dei provvedimenti disciplinari soltanto davanti al giudice

Un'altra novità in materia di potere disciplinare introdotta dalla Riforma attiene all'impugnabilità delle sanzioni disciplinari. In base all'art. 56 e all'art. 55, comma 7, ora abrogati, si poteva impugnare la sanzione disciplinare o davanti al collegio di disciplina della proprio PA, qualora i contratti collettivi non prevedessero procedure di conciliazione, ovvero davanti al collegio di conciliazione e arbitrato (secondo lo schema del 6° e 7° comma, art. 7 dello Statuto), presso la Direzione Provinciale del Lavoro, qualora i contratti collettivi oltre a non aver previsto procedure di

conciliazione, non avessero previsto neanche procedure di arbitrato. Ora non sono più previste tali possibilità, stante l'espresso divieto contenuto al comma 3 del nuovo art. 55, secondo cui *"la contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari"*. E' possibile ricorrere ad un arbitrato, a patto che il contratto collettivo preveda tale possibilità, in alternativa ai procedimenti di cui sopra, ma anche l'esito di tale procedura non è impugnabile come prima.

Alla luce di tali abrogazioni pare, dunque, che da ora in poi la contestazione di una sanzione disciplinare possa avvenire solo davanti al giudice. Resta infatti ferma, come riconosciuto dal comma 2 dell'art. 67 del d. lgs. n. 150/09, la devoluzione al giudice ordinario del lavoro delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari.

Ipotesi di licenziamento individuate dalla legge

L'aspetto sicuramente più pericoloso delle novità in materia di procedimento disciplinare è quello rappresentato dal nuovo art. 55-quater, dove si individuano ipotesi di infrazioni disciplinari in cui è prevista l'irrogazione del licenziamento. Tale "tipicizzazione" delle ipotesi di licenziamento è sicuramente una novità assoluta nel nostro ordinamento. Alcune ipotesi che vengono individuate appaiono di dubbia coerenza con il principio della necessaria proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c., pur richiamato dalle stesse nuove disposizioni. Il licenziamento è previsto in caso di "falsa attestazione della presenza in servizio ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia", "assenza priva di giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa dal servizio, in caso

di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione". Ancora, ulteriori ipotesi sono quelle di "ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio", "falsità documentati o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera", "reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui", "condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione del rapporto di lavoro". Vi è poi il 2° comma dell'art. 55-quater, il quale parla di licenziamento disciplinare disposto anche nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula una valutazione di insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, da qualunque fonte derivino.

Da tali novità emerge un ulteriore svuotamento del ruolo della contrattazione ed una compressione della discrezionalità della PA nell'irrogarle. La legge fino ad oggi ha sempre avuto solo il ruolo di definire che cosa è la giusta causa o il giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento.

Merita attenzione, poi, il fatto che con la nuova disciplina sul potere disciplinare viene meno il 6° comma dell'art. 55, il quale consentiva la possibilità, con il consenso del lavoratore, di "patteggiare", quindi diminuire, la stessa sanzione senza possibilità però poi di impugnarla.

Il nuovo art. 55 *quinquies* arriva poi ad individuare una nuova ipotesi di illecito penale, direttamente connesso alle ipotesi di licenziamento. Si prevede, infatti, che nel caso di assenze per malattia attestate falsamente, oltre che con il licenziamento, il lavoratore è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 400 a 1600 euro. La

Controlli sul lavoratore

medesima pena è poi applicata al medico e a chiunque altro concorre

reperibilità direttamente da parte dei contratti collettivi. Questa resta

che giustificano un certo margine di flessibilità nel disporre il controllo valutandone altresì l'effettiva utilità.

Infine, rilevante da un punto di vista pratico l'obbligo ai sensi del 2° comma dell'art. 55 *septies*, per cui in tutti i casi di assenza per malattia la certificazione medica deve essere inviata all'INPS per via telematica, direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria che lo rilascia. Nel caso di inadempimento di tale obbligo si ha illecito disciplinare che, nel caso di reiterazione, è punibile con licenziamento.

FLASH * Il Tribunale di Firenze sul congedo di paternità

Il 16 novembre scorso il Tribunale di Firenze, Sezione Lavoro, in persona del dott. Giampaolo Muntoni, ha emanato una Sentenza importante in materia di congedo di paternità. Il principio di diritto che è stato affermato in tale sentenza, la prima in Italia a pronunciarlo, è quello secondo il quale il padre, al pari della madre, ha autonomamente diritto ad un congedo pari a 5 mesi, pagati dall'INPS all'80% della retribuzione normalmente percepita. In sostanza, i 5 mesi classici di cui usufruisce obbligatoriamente la madre, nella misura di due (o uno) prima del parto e tre (o quattro) dopo il parto, possono essere usufruiti dal padre. Il fondamento normativo di tale nuovo orientamento giurisprudenziale è l'art. 28 del T.U. sulla maternità e paternità (d. lgs. n. 151/2001). Lì si afferma che qualora la madre sia morta ovvero sia affetta da grave infermità ovvero in caso di affidamento esclusivo del bambino al padre, quest'ultimo, se lavoratore, ha diritto al congedo di paternità "per tutta la durata del congedo di maternità o per la parte residua che sarebbe dovuta spettare alla madre". Secondo il Giudice del Lavoro di Firenze, il congedo di cui si parla in tale art. 28, è il congedo di maternità obbligatorio della durata di 5 mesi, e non di soli 3 mesi successivi al parto come sino ad oggi pacificamente inteso. Il padre, dunque, potrà, nel caso in cui ricorra una situazione indicata nella disposizione (morte, grave infermità della madre ovvero affidamento esclusivo del bambino al padre), godere dei 5 mesi di congedo all'80% che sarebbero dovuti spettare alla madre. L'altro principio di diritto molto importante affermato dalla sentenza è quello secondo il quale, ai fini del diritto del padre ex art. 28, d. lgs. n. 151/2001, al congedo di paternità in sostituzione della madre, non è necessario che quest'ultima sia o sia stata una lavoratrice, quindi abbia pagato i contributi all'INPS. L'obbiettivo primario dell'art. 28, è infatti quello di non lasciare il neonato privo delle cure e delle attenzioni che merita, al cui raggiungimento sarebbe di ostacolo una diversa interpretazione.

nella commissione del delitto. Il lavoratore sarà altresì tenuto a pagare un danno all'amministrazione pari alle retribuzioni del periodo in cui c'è stata l'assenza.

Dulcis in fundo: ancora novità sui controlli sulle assenze

La riforma del Pubblico Impiego operata con il D. Lgs. n. 150/09 non poteva non intervenire in materia di controlli sulle assenze per malattia. La materia è stata recentemente oggetto di numerosi interventi soprattutto per quel che concerne le fasce reperibilità. Inizialmente con il Decreto Legge n. 112/08, convertito in legge con la Legge n. 133/08, le fasce di reperibilità erano state ampliate (8-13; 14-20), mortificando ancora una volta il ruolo della contrattazione collettiva. Con il D.L. n. 78/2009, convertito in legge con la L. n. 103/09, si era ristabilito il regime precedente, con individuazione delle fasce di

tutt'oggi la situazione, tuttavia, il nuovo art. 55 *septies*, introdotto dal d. lgs. n. 150/09, al 5° comma, rinvia ad un decreto del Ministro per la PA il quale rideterminerà le fasce di reperibilità nuovamente. Il Ministro Brunetta ha già preannunciato con la Circolare n. 7/2009 che il nuovo decreto amplierà nuovamente le fasce di reperibilità. Per ora, in attesa del decreto, rimangono quelle fissate dai CCNL di Comparto. Lo stesso comma 5 stabilisce che l'Amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Come chiarito con la Circolare anzidetta, con tale disposizione si è voluto prevedere per le amministrazioni un dovere generale di richiedere la visita fiscale, anche nelle ipotesi di prognosi di un solo giorno, ma, allo stesso tempo, si è voluto tenere conto della possibilità che ricorrano particolari situazioni,

Controlli sul lavoratore: la Cassazione fa chiarezza

Massimo Rusconi

Temi come quello dei controlli del lavoratore, sempre attuali ed in continuo sviluppo, impongono un costante monitoraggio della giurisprudenza, impegnata a trovare risposte adeguate a problemi nuovi sulla base di pochi principi dettati dal legislatore molto tempo addietro.

Controlli sul lavoratore: cosa prevede lo Statuto

I riferimenti normativi in materia di controlli da cui si è sviluppata l'attività ermeneutica della giurisprudenza sono rappresentati dagli artt. 2, 3 e 4 dello Statuto dei Lavoratori. La prima delle suddette disposizioni fa divieto al datore di lavoro di impiegare guardie giurate per vigilare sul lavoro dei suoi dipendenti, mentre la seconda impone l'obbligo di comunicare ai lavoratori i nomi e le mansioni del personale addetto alla vigilanza dell'attività lavorativa. L'art. 4, infine, vieta al datore di lavoro di utilizzare impianti audiovisivi per il controllo a distanza dell'attività dei dipendenti,

Controlli sul lavoratore

consentendo l'installazione di tali apparecchiature solo nel caso in cui siano richieste da esigenze organizzative, produttive o dalla tutela della sicurezza del lavoro, previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali.

Il punto sulla giurisprudenza

Superato qualsiasi dubbio in relazione alla *ratio* ed ai principi sottesi alle norme in questione, negli ultimi 20 anni la giurisprudenza si è dimostrata attenta, più che al loro dato letterale – oramai obsoleto – a perseguire il difficile obiettivo di conciliare i fondamentali diritti di libertà e dignità dei lavoratori con le esigenze dell'imprenditore di controllare il corretto adempimento della prestazione lavorativa da parte dei suoi dipendenti.

Proprio simile intento equilibratore contribuisce a spiegare l'esclusione (secondo un indirizzo oggi consolidato della Corte di Cassazione) dall'ambito di applicazione delle norme appena richiamate dei cosiddetti "controlli difensivi". In tale nozione la giurisprudenza fa rientrare tutte quelle forme di controllo dirette esclusivamente alla prevenzione o repressione di illeciti (commessi da lavoratori o da altri), in quanto tali inutilizzabili per contestare ai lavoratori eventuali inadempimenti relativi all'esecuzione della prestazione lavorativa.

Il potere di controllo del datore di lavoro disciplinato dagli artt. 2, 3 e 4 St. Lav. (cioè quello volto ad accertare il corretto svolgimento dell'attività lavorativa da parte dei lavoratori) può estrinsecarsi in due modalità: "diretta", compiuta in prima persona dall'imprenditore o da persone da questi incaricate, ed "indiretta", realizzata attraverso strumenti tecnici che consentono il controllo a distanza.

La seconda presenta problemi che non possono essere affrontati in questa sede, connessi in particolare alla difficoltà – evidenziata dalla schizofrenia delle pronunce della Corte di Cassazione – di circoscrivere le nozioni "controlli a distanza" e di "impianti audiovisivi" (mediante i quali dovrebbe sostanzialmente il controllo) cui fa riferimento la legge.

Cosa dice la sentenza della Cassazione del 20 luglio 2009

Concentrandosi, invece, sul tema dei controlli "diretti" di cui all'art. 3 dello Statuto, un interessante spunto di riflessione è offerto dalla recente sentenza della Cassazione del 10 luglio 2009, numero 16196 che, sebbene non particolarmente innovativa (si veda, nello stesso senso, ad esempio, Cass. 12/6/2002, n. 8388) denota una notevole chiarezza ed un evidente intento di scrivere una parola fine sulla questione dei limiti entro i quali possono svolgersi tali controlli.

Nel caso di specie la Corte di Cassazione ha dichiarato la legittimità dei controlli sull'attività lavorativa effettuati dal datore di lavoro in prima persona o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche (salvo quanto diremo sull'articolo 3) attraverso personale esterno, ad esempio mediante investigatori privati. Tali controlli, inoltre, possono essere effettuati in qualunque momento ("essendo il prestatore d'opera tenuto ad operare diligentemente per tutto il corso del rapporto di lavoro") ed anche in modo occulto (nel caso specifico analizzato dalla Corte il lavoratore era stato "pedinato" per verificare la corrispondenza delle prestazioni eseguite rispetto a quelle poi riportate dallo stesso nel rapporto consegnato al datore di lavoro).

Il principale limite ai controlli diretti, dunque, è rappresentato dal dettato dell'art. 3 dello Statuto dei Lavoratori, che, come detto, impone all'imprenditore di comunicare ai lavoratori i nomi e le mansioni specifiche del personale addetto alla vigilanza, al fine di garantirne la "conoscibilità". La giurisprudenza, tuttavia, è ferma nell'affermare che la norma "si riferisce non già ai datori di lavoro o ai superiori gerarchici che, per la loro stessa qualità, sono come tali conosciuti dai dipendenti, bensì al personale di altro tipo che in qualche modo possa intervenire a vigilare sul regolare svolgimento dell'attività lavorativa..." (Cass. 09/06/1990, n. 5599). Di conseguenza le informazioni raccolte, ad esempio, da investigatori privati di cui non siano stati comunicati ai lavoratori i nomi e le specifiche mansioni non sono utilizzabili per muovere contestazioni circa il non corretto adempimento della prestazione di lavoro.

La libertà di svolgere controlli "diretti" riconosciuta dalla Corte di Cassazione all'imprenditore rimane comunque molto ampia e pare volta – in modo non del tutto coerente – a compensare i rigorosi limiti ai controlli indiretti, ritenuti in sé sleali e lesivi della dignità del lavoratore.

Il risultato non è certo soddisfacente ed è pertanto auspicabile, se non un totale ripensamento, quantomeno una mitigazione di un principio che, nella sua attuale absolutezza, legittima controlli "diretti" particolarmente odiosi ed effettivamente lesivi della dignità e libertà del lavoratore, anche più di talune forme di controllo a distanza.

Non può perciò sorprendere che l'indirizzo della Cassazione, affermato da ultimo nella sentenza precedentemente menzionata, sia stato ripetutamente disatteso dai giudici di merito (e, in qualche rara

Contratto a termine

occasione, dalla stessa giurisprudenza di legittimità), spesso orientati a considerare lecito il controllo effettuato servendosi di agenzie investigative solo se diretto all'accertamento di condotte penalmente rilevanti o comunque illecite che, come tali, esulano dall'attività lavorativa in senso stretto (si veda, ad esempio: Trib. Firenze 29/11/2003).

La questione dei limiti dei controlli diretti, dunque, è ben lontana da una conclusione pacifica.

FOCUS

Contratto a termine e pubblico impiego: il risarcimento tra corti nazionali e comunitarie

Alessandro Giovannelli

Il contratto a termine ha subito nel corso degli ultimi anni più di un tentativo di riforma (l. 247/2007, l. 133/2008), portato avanti da maggioranze parlamentari di segno opposto e mai del tutto sfociati in un vero e proprio ripensamento complessivo dell'istituto. Una delle ragioni che giustificano una tale attenzione del legislatore (oltre che dei commentatori e delle corti) può essere individuata nel fatto che il contratto a tempo determinato rappresenta la forma contrattuale flessibile (ossia diverse dal tipo standard inteso come contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato) più diffusa nel mercato del lavoro, nella quale si scontrano più apertamente le esigenze di flessibilità dell'impresa (poter regolare la quantità di manodopera in relazione al livello di produzione di volta in volta atteso), con le necessità di tutela del lavoratore precario.

L'apparato sanzionatorio e il regime speciale del pubblico impiego

Un'altra ragione possibile da porre a fondamento di tale attenzione legislativa potrebbe essere individuata nell'alto tasso di contenzioso che il contratto a termine ha stimolato dal momento dell'entrata in vigore della normativa italiana di recepimento della direttiva comunitaria, in conseguenza, anche, dell'assetto del sistema sanzionatorio proposto dal d. lgs. 368/2001.

L'apparato sanzionatorio, infatti, è rimasto al centro delle opposte tensioni di chi, da un lato, contestava l'eccessiva tutela del lavoratore di norme che fanno derivare dall'accertamento della violazione la trasformazione del contratto a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e chi, dall'altro, considerava la normativa italiana troppo permissiva rispetto alle esigenze di prevenzione e repressione degli abusi stabilite dalla norma comunitaria.

In proposito, appare ancora di incerta soluzione – nonostante gli autorevoli interventi giurisprudenziali tra cui: Corte Cost. 89/2003, CGCE C-212/04, *Adeneler*, C-53/04 e C-180/04, *Marrosu e Vassallo* – la questione del pubblico impiego e delle conseguenze collegate all'accertamento della violazione delle norme poste a tutela del lavoratore a termine.

L'incertezza interpretativa nasce dalla convivenza nel nostro ordinamento del d.lgs. 368/2001 che prescrive la trasformazione del rapporto di lavoro a termine in contratto a tempo indeterminato in caso di accertata violazione delle norme sulla proroga, sulla successione di contratti e – anche se non in maniera esplicita – sulle causali legittimanti l'apposizione del termine, con la norma speciale per il pubblico impiego dettata dall'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, ai sensi della quale *“in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare*

la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative”.

La sanzione prevista dal d. lgs. 165/2001 rispetta quanto prescritto dalla direttiva comunitaria, la quale, al punto 5, secondo comma, dell'accordo quadro sul contratto a tempo indeterminato alla stessa allegato, prevede espressamente che, per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, dovranno introdurre misure normative adeguate, tra cui, *“stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato (...) devono essere ritenuti contratti o rapporti a tempo indeterminato”*.

I problemi interpretativi: principio di uguaglianza e conformità al diritto comunitario

La circostanza che il d. lgs. 368/2001 sia la diretta ricezione nell'ordinamento italiano della direttiva Ce n. 99/70 fa emergere, rispetto al settore del pubblico impiego, tanto una questione di conformità dell'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001 al dettato della direttiva comunitaria, quanto dei dubbi di violazione del principio di parità di trattamento, stante la palese difformità tra la tutela offerta al lavoratore privato (cui viene garantito il contratto a tempo indeterminato) e quella di cui può godere il dipendente pubblico, assistito soltanto da un possibile – e non meglio quantificato – risarcimento del danno.

Sul punto, due sentenze, una della Corte Costituzionale (n. 89/2003), l'altra della CGCE (C-212/04), il già ricordato caso *Adeneler*, rendono un'interpretazione che in parte chiarisce i dubbi, in parte, invece, apre ulteriori fronti di problematicità nella normativa italiana.

Contratto a termine

La sentenza della Corte Costituzionale sancisce che il diverso regime di tutele stabilito dal legislatore deve essere considerato ragionevole e giustificato alla luce del principio espresso dall'art. 97 Cost. secondo il quale l'accesso al pubblico impiego è subordinato al superamento di una prova pubblica di selezione. Rimane da chiedersi quale sia il valore in ultima analisi tutelato dalla norma costituzionale e se possa ancora definirsi ragionevole una disparità di trattamento che vada a discriminare un lavoratore assunto con contratto a termine illegittimo alle dipendenze della P.a. dopo aver superato una selezione pubblica.

La sentenza Adeneler

Nella sentenza *Adeneler*, la Corte di giustizia si pronuncia sulla conformità ai principi comunitari enunciati dalla direttiva della normativa greca che, dopo aver ammesso, con vari limiti, i contratti a termine nell'ambito del pubblico impiego, ne esclude la trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, anche quando tali contratti soddisfino fabbisogni duraturi e permanenti dell'ente pubblico. La Corte afferma che *"l'accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato dichiarati illegittimi"*, bensì impone ad essi di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, allo scopo di prevenire gli abusi di utilizzo del contratto. Pertanto, in applicazione della norma del Trattato Ce che lascia agli Stati membri la libertà di scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive, la Corte ribadisce che quando il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso di accertamento di abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate alla situazione, che siano proporzionate, sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia dell'accordo-quadro, nonché non meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna né tali da rendere

praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario. Nella fattispecie, la Corte lascia al giudice greco di decidere se nell'ordinamento nazionale esistano o meno misure diverse dalla trasformazione del contratto a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato che posseggano le caratteristiche adesso indicate, ma precisa che qualora simili misure non esistessero *"l'accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare fabbisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi"*.

Il risarcimento del danno come sanzione proporzionata ed efficace

Preso atto della pronuncia della Corte Costituzionale, che come detto non ravvede un'irragionevole discriminazione tra la tutela offerta al dipendente privato e quella garantita al dipendente pubblico, l'interpretazione offerta dalla Corte di giustizia nel caso *Adeneler* sposta il problema della conformità dell'assetto normativo italiano dall'assenza della conversione del contratto nel settore pubblico all'adeguatezza della tutela risarcitoria prevista dall'art. 36, comma 5, d. lgs. 368/2001. Ossia, è necessario porre la questione nel termine della rispondenza o meno della tutela risarcitoria ai criteri enunciati dalla Corte nella medesima sentenza: può dirsi il risarcimento del danno sanzione proporzionata, sufficientemente effettiva, dissuasiva nei confronti dell'utilizzo abusivo, nonché non meno favorevole se comparata alla tutela offerta nel settore privato?

Sul carattere di proporzionalità, non è possibile pronunciarsi, stante il totale silenzio della norma in materia di quantificazione del risarcimento del danno, della sua natura e di

qualsivoglia criterio di determinazione del suo ammontare. Altrettanto deve dirsi, di conseguenza, sul potere dissuasivo - e dunque sull'efficacia preventiva - della misura risarcitoria, dal momento entrambi i caratteri dipendono strettamente dall'ammontare del risarcimento accordato al lavoratore illegittimamente assunto con contratto a tempo determinato. Se, infatti, si dovesse ritenere il risarcimento del danno commisurabile soltanto a quanto prescrive l'art. 2126 c.c., ossia alle sole retribuzioni, il lavoratore potrebbe ottenere una monetizzazione della lesione del proprio diritto soltanto nell'improbabile ipotesi che agisca in giudizio per accertare la nullità prima della scadenza del contratto. Se, infatti, al contrario e come avviene nella generalità dei casi, l'azione giudiziaria fosse intentata dopo la scadenza del contratto, al lavoratore non residuerebbe che un eventuale differenza tra quanto percepito in costanza di rapporto a termine e quanto lo stesso avrebbe potuto percepire se il rapporto di lavoro fosse stato fin dall'inizio considerato a tempo indeterminato (anzianità e progressioni di carriera). Così considerata, la tutela offerta al lavoratore pubblico appare scarsa e difficilmente comparabile con la tutela reale garantita al dipendente del settore privato.

Le sentenze Marrosu e Vassallo

La Corte di giustizia ha però avuto modo di prendere in esame direttamente la normativa italiana, giungendo a conclusioni che non squalificano del tutto il risarcimento del danno previsto dall'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, e, al contempo, lasciano ai giudici nazionali un ampio potere discrezionale proprio in ordine alla quantificazione del risarcimento. Nelle sentenze *Marrosu* e *Vassallo*, entrambe emesse in data 7 settembre 2006, la Corte di giustizia per prima cosa ribadisce che l'accordo quadro, oggetto della direttiva, trova applicazione tanto nel settore

Sindacato

dell'impiego privato quanto in quello dell'impiego pubblico. Rimanendo poi nel solco indicato dalla sentenza *Adeneler*, la Corte ribadisce la non ostilità del diritto comunitario ad una normativa nazionale che preveda tutele diverse rispetto alla conversione del contratto e ne richiede, parimenti a quanto già fatto dalla sentenza del 2004, un'efficacia ed una valenza dissuasoria oggettive nei confronti dell'utilizzo abusivo del contratto a termine. Le sentenze in esame giudicano positivamente, anche se *prima facie*, la tutela offerta al dipendente pubblico dall'art. 36, comma 5, d. lgs. 165/2001, ritenendola una misura almeno potenzialmente efficace e non discriminatoria. La Corte, però, di fatto incarica il giudice nazionale di declinare in maniera compatibile con le esigenze comunitarie la misura risarcitoria: saranno le corti, sostiene la CGCE, a dover rendere, caso per caso, effettivo, proporzionato e efficacemente dissuasivo il risarcimento del danno da corrispondere a favore del lavoratore.

Adesso, prima di capire come la giurisprudenza nazionale abbia accolto l'invito del giudice comunitario, occorre fare un breve inciso. La CGCE, nelle sentenze *Marrosu* e *Vassallo*, ha sostanzialmente fatta propria la tesi della Corte Costituzionale del 2003, secondo cui, come detto, la disparità di tutela sarebbe giustificabile in ragione della superiore esigenza della P.A. di selezionare, come da Costituzione, il proprio personale tramite concorso pubblico. Ebbene, i casi sottoposti all'esame della CGCE riguardavano personale precario assunto non in forza di una chiamata diretta dell'ente, bensì dopo una selezione pubblica. La Corte, allora, ben avrebbe potuto andare oltre la Corte Costituzionale italiana e dichiarare che, in presenza di una selezione pubblica, la differenza di tutela tra il settore privato e il settore pubblico non ha ragion d'essere in quanto il principio di cui all'art. 97 Cost. risulterebbe garantito dalla selezione cui hanno dovuto sottostare i dipendenti poi assunti con contratto a tempo determinato. Come abbiamo

visto, la CGCE non sconfessa la Corte Costituzionale sul punto e si limita a ribadire quanto già sostenuto nella sentenza *Adeneler*, lasciando intendere che il principio del pubblico concorso per i dipendenti da inserire nell'organico di un ente pubblico non possa ritenersi soddisfatto da una selezione effettuata per la scelta di personale temporaneo. La questione, lontana dall'essere risolta, merita dunque oggi una riflessione sulla portata e sui valori effettivamente protetti dal principio enunciato dall'art. 97 della nostra Carta.

La giurisprudenza italiana

Dopo le sentenze *Marrosu* e *Vassallo*, alcune Corti nazionali hanno preso coscienza del compito affidato dalla CGCE e hanno proposto varie declinazioni della quantificazione del risarcimento del danno corrisposto al lavoratore pubblico. Secondo il Tribunale di Genova, la misura adeguata ed effettiva sul piano risarcitorio deve essere individuata nel 4° e nel 5° comma dell'art. 18 St. Lav., in quanto questa norma costituisce l'unico istituto per mezzo del quale sarebbe possibile monetizzare il valore del posto di lavoro (Tri. Genova, 14 dicembre 2006): al lavoratore spetta quindi l'equivalente dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, pari a 15 mensilità. Il Tribunale di Foggia (6 novembre 2006), invece, ha considerato l'illegittima successione di contratti a termine come un inadempimento extracontrattuale, agganciando la commisurazione dello stesso all'art. 2043 c.c., in ragione del danno patrimoniale effettivamente subito dal lavoratore, in termini di danno emergente e lucro cessante, con riferimento alla retribuzione globale di fatto percepita dallo stesso. Il Tribunale di Rossano, invece, intravede nella fattispecie una responsabilità di tipo contrattuale e quantifica il danno in relazione al tempo medio necessario al lavoratore per ottenere un'occupazione stabile, tenuto conto della zona geografica, dell'età, del sesso e de titolo di studio del lavoratore stesso.

Le diverse soluzioni cui sono giunti i

vari giudici nazionali, tenuto conto anche della precaria valutazione offerta dalla CGCE circa la compatibilità del sistema nazionale con le esigenze comunitarie, rende necessaria e, forse, ineludibile, un'unica considerazione finale: in un campo, come abbiamo detto all'inizio, sufficientemente solcato da opposti tentativi di riforma, si sente l'esigenza di un intervento legislativo che, per lo meno, faccia proprie le indicazioni della CGCE e agganci a parametri adeguati allo scopo il risarcimento del danno a tutela del dipendente pubblico.

Il rinnovo separato del CCNL metalmeccanici: problematiche e prospettive

Andrea Ranfagni

Il 15 ottobre 2009 Federmeccanica, Fim e Uilm hanno raggiunto l'intesa per il rinnovo del CCNL Metalmeccanici, con due anni di anticipo rispetto alla scadenza del precedente prevista per il 31 dicembre 2011. Si tratta di un "rinnovo in separata sede" effettuato senza l'adesione del sindacato maggioritario, ovvero la Fiom-Cgil, figlio delle nuove regole del sistema di relazioni sindacali come delineate dall'accordo quadro del 22 gennaio 2009. L'accordo sulla riforma degli assetti contrattuali succede al precedente accordo del 23 luglio 1993 che, diversamente dal primo, fu firmato anche dalla Cgil.

La rottura sindacale sul fronte delle regole contrattuali sta producendo una stagione di accordi separati, dei quali quello dei metalmeccanici è l'esempio più rilevante; stagione destinata a dare origine a non pochi problemi di ordine giuridico relativi all'efficacia ed all'ambito di applicazione dei contratti.

Rinnovo per Fim e Uil e disdetta per la Fiom: quali effetti?

Il rinnovo in separata sede del CCNL Metalmeccanici posto in essere da Federmeccanica, Fim e Uilm è arrivato prima ancora della scadenza naturale del precedente CCNL, fissata per il 31.12.2011. Le tre organizzazioni stipulanti, rinegoziandolo, hanno di fatto dato disdetta al contratto vigente, sostituendolo con il nuovo. Il che è legittimo, ben potendo le parti di un contratto di diritto comune (quale è il contratto collettivo nel nostro ordinamento) rinegoziarne consensualmente il contenuto in qualsiasi momento. Il discorso cambia nei confronti della Fiom: non essendo questa firmataria del rinnovo, né avendolo espressamente o di fatto disdetta, deve ritenersi destinataria di un atto di recesso unilaterale da parte di Federmeccanica. E' tale atto legittimo? E' giuridicamente in grado di produrre effetti?

In merito al potere di disdetta, la giurisprudenza distingue a seconda che il contratto collettivo abbia una durata determinata o indeterminata. Nel caso di contratto collettivo a tempo indeterminato (quale può considerarsi lo stesso Protocollo del 23 luglio 1993) la giurisprudenza è oramai costantemente orientata nel ritenere sempre ammissibile il recesso unilaterale di una o più parti del contratto (si vedano Cassazione nn. 4507/1993, 6427/1998, 8429/2001, 18508/2005, 19351/2007). Alla base di tale orientamento vi è la considerazione per cui la non ammissione di tale facoltà di recesso unilaterale nei contratti collettivi di durata sarebbe contraria al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto sancito dall'art. 1375 c.c. e non coerente con la naturale temporaneità dell'obbligazione.

Se ne dovrebbe dedurre che il Protocollo del 1993 sia stato legittimamente disdetta da Confindustria e dalle sue organizzazioni di categoria, e che quindi tale sistema di regole non possa essere più invocato neppure dalla Cgil, che pur non ha manifestato la volontà di liberarsene.

Da ciò non sembra invece potersi dedurre il venir meno dei contratti stipulati in forza di quel sistema di regole, in ragione del generale principio del *"tempus regit actum"*. Confindustria si è in altre parole vincolata dall'obbligo di rispettare il Protocollo del 1993 per i contratti a venire, ma resta vincolata a quelli vigenti fino alla loro scadenza naturale.

Diverso è il discorso per quel che concerne i contratti collettivi aventi durata determinata, e dunque il CCNL dei metalmeccanici di cui trattasi.

Se il recesso unilaterale nel contratto collettivo a tempo indeterminato deve sempre essere ammesso, al contrario, in presenza di un termine di scadenza il recesso non può essere ammesso, se non in casi del tutto eccezionali. In altre parole, il recesso unilaterale dai contratti aventi una scadenza è ammesso solo se sussiste una "giusta causa", quindi in presenza di eventi particolarmente gravi e straordinari. Applicando tali principi al caso dei Metalmeccanici, possiamo dire che quello di Federmeccanica è un recesso illegittimo poiché fatto in presenza di un contratto collettivo a termine e senza una giusta causa.

Si determina dunque una situazione di coesistenza di due diversi contratti collettivi: il "nuovo", vincolante per Fim e Uil, il "vecchio" vigente fino a scadenza soltanto per la Fiom.

In altri termini, la Fiom ed i lavoratori ad essa iscritti possono rivendicare il diritto di rifiutare l'applicazione del "nuovo" contratto firmato da Fim e Uilm e pretendere l'applicazione del

FLASH * Pacchetto Welfare per il 2010

La Finanziaria per l'anno 2010 conterrà al proprio interno un pacchetto appositamente dedicato alle tematiche del lavoro. I contenuti dovrebbero essere i seguenti. In primo luogo, si prevedono novità relative agli ammortizzatori sociali per i lavoratori a progetto. Il d. l. n. 185/2008 aveva introdotto il cosiddetto "una tantum", tuttavia le risorse erano abbastanza scarse ed era stato limitato soltanto a pochi lavoratori. Adesso aumenteranno i beneficiari, attraverso una modifica ai requisiti per poterne godere. In secondo luogo, si prevede per i lavoratori cinquantenni una contribuzione figurativa integrativa fino al pensionamento, qualora accettino un'offerta di lavoro meno redditizia (20%) di quella da cui provengono. Per il 2010, invece, sarà prevista una riduzione contributiva per i datori di lavoro che assumono disoccupati con almeno 50 anni di età. In terzo luogo, verranno semplificati per il 2010 i requisiti previdenziali di accesso all'indennità di disoccupazione. Verranno, altresì, prorogati sino al 2010 tutti gli ammortizzatori sociali in deroga introdotti nel 2009 che verranno anche estesi ai settori o agli ambiti attualmente non coperti. Altre misure consistono in una forma di sostegno ai lavoratori svantaggiati e volte al loro ricollocamento lavorativo, quale ad esempio la previsione per cui i datori di lavoro che assumeranno a tempo pieno ed indeterminato i lavoratori destinatari di indennità di disoccupazione ordinaria o speciale edile potranno beneficiare di un incentivo pari all'indennità spettante al lavoratore. Da ultimo, si prevede l'erogazione fino a 100 milioni di euro quale risorsa messa a disposizione nel 2010 per l'attività di formazione e apprendistato.

contratto collettivo "disdetta" da Federmeccanica, per loro da considerarsi vigente fino alla sua scadenza naturale (2011).

E sembra essere proprio questa la strada intrapresa dalla Fiom Cgil, la quale in data 4 dicembre 2009 ha fatto pervenire a Federmeccanica lettera di diffida con la quale chiede venga applicato il vecchio contratto.

Scadenza del contratto e rispetto della sua parte obbligatoria

A queste conclusioni sembra doversi giungere alla luce dei principi generali in materia di contratti, applicabili anche ai contratti collettivi. Ma una simile situazione di coesistenza di contratti collettivi dà luogo ad una serie di problemi applicativi estremamente complessi, soprattutto in merito al rispetto della c.d. parte obbligatoria del contratto in scadenza. Si pensi all'obbligo di apertura delle

La finestra sull'Ue*

Caso Kattner: la Corte su monopolio e concorrenza nel settore previdenziale

La Corte di Giustizia della Comunità europea torna ad occuparsi degli enti di previdenza e di assistenza sociale, dopo la storica sentenza *Cisal/Inail* (C-218/00) che nel 2002 aveva interessato direttamente il sistema previdenziale italiano. Con la sentenza C-350/2007 del 5 marzo 2009, la CGCE prende in esame il sistema tedesco di assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali per valutarne la compatibilità con il principio di libera prestazione dei servizi e con le regole sulla concorrenza. Due gli oggetti della causa pregiudiziale: verificare se le casse previdenziali di categoria tedesche - in quanto enti che adempiono a reali motivi di solidarietà sociale - possano coerentemente non inquadarsi come attività economica di impresa (ai sensi degli articoli 82 e 86 del Trattato europeo) e dunque sottrarsi all'applicazione della normativa antitrust; verificare se l'iscrizione obbligatoria prevista per le imprese alle stesse casse non restringa il principio della libertà di prestazione di servizi da parte del mercato (articoli 49 e 50 del Trattato). La controversia nasce trae origine dall'opposizione della società *Kattner Stahlbau GmbH* di procedere all'iscrizione all'Mmb, ente di assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali competente (l'assicurazione contro gli infortuni e le malattie professionali in Germania è costruita secondo un sistema federale composto di 25 casse di categoria, alle quali le imprese devono obbligatoriamente aderire a seconda del loro regime produttivo di appartenenza). Volontà della *Kattner* era aderire all'offerta di una società assicurativa privata danese, che proponeva la copertura assicurativa alle medesime condizioni praticate dalla Mmb. In seguito al rigetto del ricorso presentato al Tribunale per le cause in materia previdenziale di Lipsia, la *Kattner* ha deciso di fare appello al giudice del rinvio di Bruxelles. La Corte di giustizia - pur rifiutando, in linea di principio, le ragioni dell'azienda - ha, tuttavia, lasciato uno spiraglio aperto sulla questione e delegando al giudice la reale verifica di coerenza dello specifico sistema tedesco con le norme comunitarie. Secondo la Corte, **il monopolio pubblico nel settore dell'assistenza e della previdenza può essere tollerato soltanto fin quanto tale regime, sostenuto dall'obbligo di iscrizione alle casse di categoria, sia strettamente funzionale alla tenuta finanziaria dell'ente pubblico: in caso contrario, alla gestione pubblica dovrebbe necessariamente affiancarsi l'attività privata**. Nel caso dell'analoga questione sollevata in Italia dalla *Cisal* contro l'INAIL, nel 2002, non era stata concessa né l'apertura alla valutazione del giudice nazionale, né emergevano così chiaramente i limiti alla sostenibilità del monopolio pubblico nel settore assistenziale. Il rigetto, infatti, in quel caso era stato integrale: all'Istituto, infatti, veniva riconosciuto senza incertezze non solo il suo adempimento a una funzione di carattere esclusivamente sociale, ma anche la legittimità (secondo criteri di economicità e di imprenditorialità) della gestione monopolistica del suo regime assicurativo sulla base di un sistema di iscrizione obbligatoria. Si tratta di un lieve cambiamento di tendenza nella giurisprudenza della Corte che, però, potrebbe aprire scenari nuovi anche per il sistema italiano di assistenza e previdenza.

trattative previste dal contratto del gennaio 2008, teoricamente invocabile da parte della Fiom nei confronti di Federmeccanica. È stato affermato che il rifiuto di quest'ultima di avviare le trattative (evidentemente separate) con la Fiom dovrebbe da una parte integrare un'ipotesi di condotta antisindacale, sanzionabile ex art.28 SL, dall'altra dar luogo all'applicazione delle sanzioni previste dallo stesso contratto, in particolare all'applicazione della c.d. indennità di vacanza contrattuale (così Di Stasi, su *Il Manifesto* del 17.10.2009). Che tale scenario trovi avallo davanti ai giudici è però tutt'altro che scontato, sia perché, come detto, Confindustria ha comunque disdettato il Protocollo del 1993 e quindi non sembra potersi più ritenere vincolata dalle regole, ivi fissate e recepite nel CCNL, che disciplinano gli effetti del mancato rinnovo; sia perché, avendo Federmeccanica rinnovato il contratto (seppur anticipatamente e "separatamente"), alla scadenza naturale del vecchio non potrà considerarsi sussistente una "vacanza contrattuale".

Quanto detto trova conferma nella giurisprudenza che si è occupata del problema dell'applicabilità del previgente contratto ai lavoratori iscritti a sindacati non firmatari del

rinnovo.

Scadenza del contratto e ultrattività

Il diritto della Fiom di invocare il contratto disdettato da Federmeccanica cessa con la scadenza naturale dello stesso, il che, come detto, sembra confermare che non possano ritenersi applicabili le clausole e gli istituti (come l'IVC) che ne configurano una sua ultrattività.

Nel caso, di "rinnovo in separata sede", la giurisprudenza se, da un lato, ammette che il nuovo contratto possa (qualora lo richiedano i lavoratori) non trovare applicazione nei confronti degli iscritti al sindacato che non lo hanno sottoscritto, dall'altro lato esclude che il precedente contratto rimanga in vigore e continui a trovare applicazione per questi lavoratori; nega cioè l'ultrattività dello stesso.

Da ciò consegue, traendo delle conclusioni da quanto sin qui detto, che la Fiom può rivendicare l'applicazione del contratto del gennaio 2008 fino alla sua naturale scadenza; mentre, dopo che questo è scaduto, al più i suoi iscritti possono rivendicare la non applicazione del nuovo contratto firmato da Fim e Uil in base alle nuove regole.

Un discorso a parte vale per la parte

retributiva del "nuovo" contratto, imponendone l'art. 36 Cost. (in forza della nota interpretazione che ne fa la giurisprudenza) la sua applicazione indipendentemente dall'affiliazione sindacale dell'impresa e dei lavoratori.

DIRITTI&LAVORO flash

idee e strumenti per il sindacato
12/2009* NUMERO 4* NUOVA SERIE

a cura di

Centro Studi Diritti & Lavoro

Via della Condotta, 12

50122 - Firenze

Comitato scientifico

Avvocato Fabio Rusconi

Avvocato Andrea Danilo Conte

Direttore scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

In redazione

Alessia Betti

Andrea Ranfagni

Alessandro Giovannelli

ha collaborato

Massimo Rusconi

info: dirittilavoro@gmail.com

DIRITTI&LAVORO FLASH