

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

flash

Sommario

n. 1 * luglio 2009 * nuova serie

ARTICOLI

Pubblico impiego

Già pronto il decreto di riforma *2

Trasferimento d'azienda

Lo stato di crisi dell'impresa non giustifica la rinuncia ai diritti dei lavoratori *4

Sindacale

Il caso Cofferati: antisindacale trattenere la retribuzione di chi non sciopera *5

Sindacale/2

Crumiraggio interno, demansionamento e condotta antisindacale: la Cassazione tra conferme e aperture *8

Infortunati

Responsabilità dell'impresa anche in caso di errore imputabile al prestatore di lavoro autonomo *9

FLASH

Termine

Caso Poste: prima udienza in Corte Costituzionale *2

Licenziamento

La Cassazione sui termini di impugnazione *5

Crisi

I provvedimenti della Regione Toscana a sostegno dei lavoratori *9

Extra

Tempi cupi per i lavoratori stranieri: con il nuovo decreto legge la clandestinità diventa reato: occupazione e più difficile, ricongiungimenti familiari di fatto impediti.



Il punto DELLA REDAZIONE

Strani giorni: estivi, seppur con qualche temporale. Della crisi mondiale, in Italia sembra riverberarsi soltanto la periferia del discorso: c'è ancora? c'è ripresa? c'è mai stata? L'immobilismo gattopardesco per cui siamo (in)giustamente celebri nella scena internazionale, ci ha condotto a sprecare tempo e risorse sulle analisi e sulle interpretazioni del fenomeno globale piuttosto che sulle soluzioni possibili. L'Italia appare ferma anche di fronte all'onda d'urto. All'aumentare esponenziale della cassa integrazione, al crollo della produzione, alla disoccupazione veloce verso le due cifre. Aspettiamo che passi la nottata. Nel frattempo: mentre il Governo nazionale progetta lo scudo fiscale per il rientro dei capitali e il salvataggio dei finanziari, il mondo del lavoro rimane sospeso. Con ancora sul tavolo la riforma del processo del lavoro (ferma in Parlamento), il critico accordo sulla riforma della contrattazione collettiva siglato in gennaio e il pessimo progetto di riforma del diritto di sciopero, i lavoratori aspettano una seria revisione degli ammortizzatori sociali e un freno al precariato selvaggio. Invano?

Publico impiego

Già pronto il decreto di riforma

ANDREA RANFAGNI

In tempi estremamente brevi il Governo Berlusconi ha già predisposto uno schema di decreto legislativo che darà attuazione alla legge delega n. 15/2009 di riforma del Pubblico Impiego. Come segnalato nel precedente bollettino, il principale obiettivo del Governo è quello di migliorare l'efficienza della Pubblica Amministrazione attraverso una sorta di ritorno al passato in cui tutto è governato dalla legge e dove pochi

rimangono gli spazi lasciati alla contrattazione collettiva.. Ad essere penalizzato è ovviamente il lavoratore pubblico, stigmatizzato come "Fannullone", quindi principale colpevole dell'inefficienza del sistema pubblico italiano. Qui di seguito si segnalano sinteticamente le principali novità introdotte, riservandoci di effettuare una più approfondita analisi quando il decreto legislativo in questione sarà approvato dal Governo ed entrerà definitivamente in vigore.

Il decreto si articola in sei parti. Nella **prima parte** sono contenuti alcuni principi fondamentali. Da segnalare come tra quest'ultimi ancora una

volta trovi posto l'indice puntato nei confronti del dipendente pubblico ed il suo assenteismo, si dice infatti che tra gli obiettivi vi è "l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico attraverso il contrasto all'assenteismo ed alla scarsa produttività".

La **seconda parte** è dedicata alla misurazione, alla valutazione e trasparenza delle performance delle singole PA. Le principali novità consistono, nella istituzione di un ciclo di gestione delle performance in cui le amministrazioni sono obbligate ad elaborare dei piani all'interno dei quali fissare, su base triennale, gli obiettivi da raggiungere e le

modalità con le quali raggiungere gli stessi. Tali piani sono elaborati dagli organi politici-amministrativi di vertice di comune accordo con i dirigenti ed hanno per oggetto tanto le performance collettive, di tutta l'amministrazione, quanto quelle individuali, quindi si presume anche dei singoli lavoratori. Annualmente poi si procederà ad una verifica circa l'andamento nell'attuazione del piano. Si prospettano dunque forti controlli sul rendimento del singolo lavoratore. L'elaborazione di tali piani di gestione, nonché il controllo circa la relativa attuazione subirà una forte intrusione da parte di organi centrali quali la Commissione per la valutazione della performance,

FLASH * Termine, caso Poste: prima udienza in Corte Costituzionale

Il 23 giugno scorso si è svolta presso la Corte Costituzionale la prima udienza avente per oggetto il vaglio di legittimità costituzionale di due articoli della normativa sui contratti a termine. Si tratta, ricordiamo, in primo luogo, dell'art. 2, comma 1-bis, D. Lgs. n. 368/2001, introdotto con la Finanziaria del 2006, quello cioè relativo alla possibilità per le aziende concessionarie di servizi nel settore postale (quindi Poste Italiane spa), di assumere a termine, seppur entro certi limiti temporali, senza l'indicazione di alcuna ragione giustificatrice, quindi liberamente. L'altra norma è invece l'art. 4-bis (la cosiddetta "norma anti-precari"), introdotto dalla L. n. 133/2008, e contenete una disciplina transitoria che, limitatamente alle cause in corso alla data di entrata in vigore della disposizione stessa (vale a dire il 22 agosto 2008), consente quale unica sanzione nel caso in cui il giudice dichiari illegittimo il contratto a termine, non più la reintegra a tempo indeterminato, bensì un misero risarcimento di carattere economico compreso tra le 2,5 e le 6 mensilità. Dalla decisione che verrà presa dipende la sorte di molti precari delle Poste e non. Essa comunque si presume non arrivi prima dell'autunno prossimo. Se in riferimento alla seconda norma non sembrano esserci elementi contrari alla sua dichiarazione di incostituzionalità, sulla prima gravano molti dubbi. Alla base vi è il contrasto dell'art. 2, comma 1-bis, con la direttiva comunitaria 1999/70, di cui il D. Lgs. n. 368/2001 ne costituisce attuazione. A parere di molti avvocati, il ricorso alla Corte costituzionale non era la strada migliore, poiché solo indirettamente e per il tramite dell'art. 10 della Costituzione, la Consulta è interessata alla vicenda. Le strade migliori erano forse quelle di chiedere direttamente al giudice di primo grado un giudizio di conformità al diritto comunitario, con conseguente esercizio, nel caso di esito positivo, del potere di disapplicare la norma interna, ovvero ricorrere alla Corte di Giustizia Europea. Ad ogni modo, ormai il tutto è stato sottoposto al vaglio di legittimità costituzionale. Le decisioni che arriveranno saranno molto importanti. Se la Corte riterrà incostituzionali le norme in questione, esse scompariranno dall'ordinamento e tutti i ricorsi presentati dai precari delle Poste e non, saranno accolti. In caso di esito negativo, avremo una sentenza "pesante" che certamente influenzerà i giudici di primo grado ma che, soprattutto per l'art. 2, comma 1-bis, non precluderà le altre strade sopra ricordate.

i cui componenti sono nominati dal Governo. Si prospetta dunque una forte centralizzazione della PA.

La **terza parte** è quella che va ad incidere più direttamente sul dipendente pubblico in quanto, sulla scia delle novità introdotte dalla Legge 133, vengono modificati alcuni elementi del trattamento economico. E' la parte, in sostanza, dedicata ai premi e al merito quindi agli elementi variabili della retribuzione. In primo luogo, si elencano in maniera tassativa quali sono gli strumenti per premiare il merito, senza che la contrattazione collettiva possa prevederne degli altri. Questi sono: il trattamento accessorio, il bonus annuale delle eccedenze, il premio annuale per l'innovazione, le progressioni economiche, l'attribuzione di incarichi e responsabilità e l'accesso a percorsi di alta formazione. In secondo luogo, cosa assai allarmante, è la legge stessa a fissare i limiti invalicabili per l'attribuzione dei premi. Si stabilisce che non più del 25% dei dipendenti di ciascuna amministrazione potrà beneficiare del trattamento accessorio nella misura massima prevista dal contratto, e che non più della metà potrà goderne in misura ridotta al 50%, mentre ai lavoratori meno meritevoli non verrà corrisposto alcun incentivo.

Tali principi sono derogabili dai contratti collettivi integrativi nei limiti di 5 punti percentuali in aumento o in diminuzione del 25% fissato per l'attribuzione della misura massima del trattamento accessorio, con conseguente variazione compensativa delle altre due percentuali. Qualora vengano superati tali limiti, le clausole del contratto sono nulle e sono sostituite automaticamente da quelle legislative ex art. 1419, comma 2, c.c. .

La **quarta parte** è quella dedicata alla contrattazione collettiva. La più grossa novità era quella già presente nella Legge delega n. 15/2009 e cioè l'affermazione del principio per cui il contratto collettivo può derogare ad una legge di applicazione limitata al solo pubblico impiego solo se quest'ultima lo prevede

espressamente e non più, come prima, sempre. Il decreto intende comunque introdurre ulteriori significative novità in materia di contrattazione. Si prevede, infatti, la facoltà delle amministrazioni di erogare in via provvisoria, ai dipendenti le somme stanziata dalla legge finanziaria per i rinnovi contrattuali, al fine di incentivare la conclusione tempestiva degli accordi e di tutelare il profilo retributivo dei dipendenti in caso di mancato accordo. Vengono poi modificate le regole per la composizione dell'Aran, con rafforzamento dei poteri del Presidente, nominato dal Governo, rispetto al "*collegio di indirizzo e di controllo*", composto di 4 membri, due designati dal Governo e due dagli organismi di rappresentanza dagli enti territoriali

L'attribuzione al Governo di un maggior potere di controllo sul sistema di contrattazione emerge anche dalla riforma dei Comitati di settore, deputati ad esercitare i poteri di indirizzo nei confronti dell'ARAN.

La **quinta parte** è quella relativa ai dirigenti. Come anticipato con l'analisi della legge delega, si valorizza il ruolo del dirigente. Sono loro i veri responsabili dell'attribuzione dei trattamenti economici accessori in quanto ad essi compete la valutazione della performance individuale di ciascun dipendente.

Vi è infine una **sesta parte**, quella dedicata alla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, la quale, assieme alla parte relativa ai premi ed al merito, è sicuramente quella maggiormente espressiva del modello militaristico di Pubblico Impiego che ha in mente l'attuale Governo. Anzitutto nel decreto vengono individuati comportamenti che possono portare al licenziamento disciplinare. Le ipotesi di comportamento integrante una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento vengono così fissate direttamente dal legislatore, con conseguente sottrazione al contratto collettivo di una sua tipica competenza. Tra le ipotesi di legge rientrano l'ingiustificato rifiuto di trasferimento e le false attestazioni di

presenza in servizio o di malattia, per le quali c'è anche la sanzione penale. In deroga a quanto previsto dallo Statuto, viene previsto anche il trasferimento per motivi disciplinari attraverso la mobilità, con possibile demansionamento. In secondo luogo, nel sostituire interamente le disposizioni sul procedimento disciplinare contenute nel D. Lgs. n. 165/2001, scompare all'art. 55 il richiamo alle garanzie sancite dai commi 1, 5 e 8 dell'art. 7 (relativi alla pubblicità del codice disciplinare, alla c.d. pausa di riflessione di cinque giorni ed alla recidiva) dello Statuto dei Lavoratori che, quindi, non troveranno più applicazione. Si distinguono e si disciplinano poi due diversi procedimenti disciplinari a seconda della gravità dell'infrazione e della sanzione. Il procedimento disciplinare deve svolgersi davanti ad un apposito ufficio competente istituito in ciascuna amministrazione, con esclusione della possibilità di prevedere alternative procedure conciliative da parte dei contratti collettivi. Particolarmente allarmanti i commi 7, 8 e 9 del nuovo art. 55-bis del D. Lgs. n. 165/2001. Nei procedimenti disciplinari inizieranno ad essere coinvolti anche i colleghi, con pericolo di irrogazione nei confronti di quest'ultimi di altrettante sanzioni disciplinari in caso di rifiuto di collaborazione senza un giustificato motivo o di dichiarazioni false o reticenze. Si prevede poi che sia nel caso di dimissioni, che di trasferimento del lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare, la sanzione debba essere comunque irrogata presso la nuova amministrazione nel primo caso, mentre sono fatti salvi comunque gli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro, nel secondo caso. A tal fine, nel primo caso, i termini per la contestazione dell'addebito e/o per la conclusione del procedimento sono interrotti e riprendono a decorrere alla data del trasferimento.

Trasferimento d'azienda

Lo stato di crisi dell'impresa non giustifica la rinuncia ai diritti dei lavoratori

GIOVANNI ORLANDINI

Anche i lavoratori dipendenti di aziende in stato di crisi hanno diritto alle tutele previste dalla normativa in materia di trasferimento di azienda. Lo ha stabilito la Corte di giustizia in una sentenza dell'11 giugno scorso (causa C-561/07), con la quale è stato riconosciuto il contrasto tra la direttiva 2001/23/CE sul trasferimento di azienda e l'art.47 comma 5 della L.428/1990.

Quest'ultima disposizione prevede che attraverso un accordo aziendale sia possibile non applicare l'art.2112 cod. civ. ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'acquirente di un'azienda sottoposta ad una procedura d'insolvenza o che sia stata dichiarata in stato di crisi in base alla normativa in tema di Cassa integrazione guadagni straordinaria. Ciò significa che l'accordo sindacale rende possibile da una parte che soltanto alcuni dei lavoratori dipendenti dell'azienda in crisi passino alle dipendenze del nuovo datore e dall'altra che ad essi non venga riconosciuta la continuità del rapporto di lavoro, con conseguente perdita dell'anzianità di servizio e del diritto a mantenere il livello d'inquadramento ed il trattamento contrattuale goduto presso il cedente.

La possibilità di derogare all'art.2112 in caso di cessione di aziende in crisi era già stata censurata dai giudici comunitari in una sentenza del 1995 (Sentenza Spano del 7.12.1995). Per ovviare agli effetti di tale sentenza l'Italia era riuscita ad ottenere un riforma della direttiva sul trasferimento di azienda che "legittimasse" la normativa italiana, ma evidentemente senza fare i conti fino in fondo con il rigore con il quale

i giudici comunitari interpretano le direttive.

Nella sentenza che qui si commenta si chiarisce infatti definitivamente (come per la verità parte della dottrina da tempo andava evidenziando) che neppure alla luce della nuova versione della direttiva la disciplina italiana è compatibile con le regole comunitarie. Queste consentono di non applicare la disciplina del trasferimento d'azienda ad imprese sottoposte a procedure di insolvenza finalizzate alla liquidazione dei beni del cedente (art. 5.1 della direttiva 2001/23/CE). In caso di procedure di insolvenza non finalizzate alla liquidazione dei beni è possibile tramite accordo sindacale convenire "modifiche delle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa" (art.5.2). Tale possibilità è ammessa anche nel caso in cui il cedente si trovi in "una situazione di grave crisi economica purchè tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario" (art.5.3).

La Corte di giustizia, dopo aver negato che la procedura finalizzata ad accertare lo stato di crisi per accedere alla CIGS possa considerarsi una procedura d'insolvenza, ha escluso anche la sua riconducibilità alla seconda ipotesi contemplata dal legislatore comunitario, non essendo previsto "un controllo costante dell'impresa dichiarata in situazione di grave crisi economica da parte del giudice competente".

La disciplina italiana è giudicata comunque in contrasto con la direttiva CE perchè quest'ultima non ammette che i lavoratori dipendenti di imprese in crisi siano privati delle garanzie previste in caso di trasferimento di azienda, ma consente semplicemente che siano modificate le loro condizioni di lavoro attraverso uno specifico accordo collettivo. Il che significa che attraverso di esso non è possibile né selezionare i lavoratori da trasferire né rinunciare ai diritti da questi maturati presso il cedente,

come invece prevede la normativa italiana.

Nel censurare la normativa italiana la Corte conferma poi quanto già affermato nella sentenza Spano, ovvero che a nulla vale l'argomento, invocato dal Governo italiano, per il quale il mantenimento alle dipendenze del cedente dei lavoratori in eccedenza (reso possibile dall'accordo "in deroga") sarebbe preferibile per gli stessi lavoratori rispetto al puro e semplice licenziamento. In sostanza la Corte di giustizia non ammette alternative tra trasferimento e licenziamento economico nelle imprese in stato di crisi; i lavoratori in eccedenza o vengono messi in mobilità in presenza dei presupposti di legge per farlo o passano alle dipendenze dell'acquirente.

Con la sentenza in questione si chiude un lungo contenzioso tra l'Italia e le istituzioni comunitarie. Un contenzioso che ha permesso alla Corte di giustizia di ribadire l'imperatività delle norme a tutela dei lavoratori coinvolti in un trasferimento d'azienda; norme per derogare alle quali è necessaria una situazione di effettiva insolvenza accertata con procedure finalizzate alla liquidazione dei beni. In situazioni di mera "grave crisi economica" o di insolvenza comportante la continuazione dell'attività, la disciplina del trasferimento trova sempre applicazione ed è possibile solo concordare "modifiche" delle condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti, sempre che ciò avvenga nell'ambito di una procedura sottoposta al costante controllo dell'autorità giudiziaria. La disposizione italiana che ammette il contrario deve dunque da oggi essere disapplicata dai giudici del lavoro.

La sentenza è di indubbio rilievo, e ciò al di là degli effetti che è destinata a produrre in relazione alla norma censurata, in vero assai poco utilizzata come canale per sfuggire ai vincoli posti dall'art.2112.

La censura della Corte di giustizia prolunga la sua ombra anche su altre norme del nostro ordinamento che consentono di eludere i suddetti vincoli. Gli argomenti utilizzati dai giudici di Lussemburgo possono infatti valere per considerare in contrasto con il diritto comunitario anche la normativa in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (ex D.lgs. 270/99), recentemente riformata in senso ancor meno favorevole per i lavoratori (cfr. Bollettino n. 6-7), dal momento che anch'essa esclude l'applicabilità dell'art.2112 c.c. in assenza di una procedura comportante la liquidazione dei beni del cedente.

Su un piano più generale, la sentenza in esame suona poi come un monito da parte dei giudici comunitari per quei legislatori nazionali che utilizzano in maniera troppo disinvolta la logica per la quale è sempre ammesso rinunciare ai diritti dei

lavoratori in nome dell'emergenza e dei vincoli di "compatibilità" economica; logica spesso sottesa alle

recenti riforme del mercato del lavoro italiano.

*

FLASH * La Cassazione sull'impugnazione del licenziamento

Con l'ordinanza n. 10230 del 4 maggio 2009 la Corte di Cassazione, Sezione Lavoro ha rinviato alle Sezioni Unite della stessa, una decisione in merito ad una agnosa controversia giurisprudenziale circa gli effetti dell'impugnazione del licenziamento spedito a mezzo di posta prima della scadenza del termine di 60 giorno. Com'è noto, l'art. 6, comma 1, della L. n. 604/1966, dispone che il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale. Da sempre ci si è chiesti se, nel caso in cui tale impugnazione venga fatta dal lavoratore a mezzo di servizio postale, gli effetti della stessa decorrano dal giorno in cui il lavoratore va alla posta e spedisce la lettera ovvero dal giorno in cui il datore di lavoro riceve la comunicazione. Sino al 2006 era costante l'orientamento secondo il quale l'impugnazione del licenziamento è un atto "ricettivo", onde per cui esplica i suoi effetti solo a partire dal momento in cui giunge a conoscenza del datore di lavoro. Nell'ultimo decennio, però, la giurisprudenza, anche quella della Corte Costituzionale, è cambiata e si fanno sempre più largo le sentenze secondo le quali le esigenze di conoscibilità dell'atto da parte del datore di lavoro devono coordinarsi con le esigenze del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso. Quindi sul lavoratore non possono gravare errori o inefficienze delle poste, ritenendo assolto l'onere di cui all'art. 6, comma 1, L. n. 604/1966, nel momento in cui egli, entro i 60 giorni dalla comunicazione del licenziamento, spedisce la lettera di impugnazione. Stante il cambiamento giurisprudenziale degli ultimi anni, si è così deciso di risolvere il contrasto rinviando il tutto, come di solito avviene in questi casi, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Sindacale

Il caso Cofferati: antisindacale trattenere la retribuzione di chi non sciopera

ALESSANDRO GIOVANNELLI

Passato alla cronaca nazionale come il beffardo caso di Sergio Cofferati, cerchiamo di fare un po' di luce e di affrontare il merito della questione che ha visto l'ex segretario Cgil, protagonista della stagione della lotta contro l'abolizione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, venir condannato dalla sezione lavoro del Tribunale di Bologna per condotta antisindacale (ex art. 28 SL).

Prima di tutto, urge una sintetica ricostruzione della vicenda, a suo modo singolare. Il Teatro Comunale di Bologna, della cui Fondazione l'allora sindaco Cofferati era presidente, si trova ad affrontare uno sciopero di quattro giornate indetto dai lavoratori aderenti a Fistel-Cisl e Fials-Cisal. Il 22 marzo scorso, nella prima delle quattro giornate di sciopero dei lavoratori, in occasione della rappresentazione della "Gazza Ladra", la dirigenza del Teatro affigge un comunicato in bacheca con il quale informa che, nel caso in cui lo spettacolo, a causa dello sciopero, non avesse potuto andare in scena, la retribuzione per la giornata sarebbe stata trattenuta anche ai lavoratori non scioperanti. L'appiglio normativo, sostiene la dirigenza del Teatro, sarebbe costituito dall'art. 1256 c.c., a norma del quale, in caso di impossibilità della prestazione non imputabile al datore di lavoro, il sinallagma si sospende con conseguente temporanea e parziale

ineffettività degli obblighi reciproci delle parti. Il Teatro, dunque, considera lo sciopero come evento sopravvenuto, inevitabile e a sé non imputabile, a causa del quale la prestazione dedotta nel contratto di lavoro diverrebbe impossibile e legittimerebbe la mancata retribuzione di tutti i lavoratori, aderenti o meno allo sciopero.

Le sigle sindacali, nel ricorso ex art. 28, lamentano che un annuncio del genere avrebbe potuto avere un effetto inibitorio nei confronti dei lavoratori (verso chi aveva deciso di scioperare e ne fosse stato promotore all'interno del luogo di lavoro, esposto, in forza dell'annuncio, a probabili pressioni da parte di chi avesse già deciso di non aderire) e compromettere la libertà di azione delle sigle sindacali, nonché dei singoli lavoratori. Avvisare che tutti i lavoratori, a causa dello sciopero, non avrebbero percepito la retribuzione di giornata, equivale, nei fatti - nella lettura offerta in giudizio dalle sigle sindacali - ad una minaccia di serrata. Di più: secondo i sindacati la trattenuta della retribuzione, al di là del giudizio circa l'antisindacalità dell'annuncio in bacheca, sarebbe stata comunque illegittima anche su un piano strettamente privatistico. Contestabile, in questo senso, sarebbe la configurazione dello sciopero come fatto non imputabile al datore di lavoro in grado di sospendere l'obbligo retributivo. Il giudice ha accolto, con decreto del 26 aprile scorso, la tesi dei lavoratori, condannando il Teatro alla rimozione (per quanto serva) degli effetti del comportamento antisindacale ed invitando la dirigenza ad astenersi, in futuro, da comportamenti analoghi. Secondo il decreto del giudice Palladino, infatti *"gli avvisi (...), appaiono dotati di una oggettiva valenza dissuasiva, tale peraltro da ripercuotersi sull'esercizio futuro del diritto costituzionalmente tutelato. Sussiste quindi un comportamento*

antisindacale che può ritenersi attuale".

*

L'analisi del merito della questione deve essere fatta in due momenti distinti. Principalmente è necessario capire se sia legittimo per il datore di lavoro rifiutare la prestazione dei lavoratori non scioperanti e in quali casi sia possibile per quest'ultimo sollevarsi dall'obbligo retributivo. Valutata la legittimità o meno della posizione del Teatro, è necessario valutarne la rilevanza al fine del giudizio di antisindacalità: se illegittimo è il rifiuto della prestazione e/o la mancata retribuzione, allora, pressoché in maniera necessaria, sarà antisindacale la condotta del datore; nel caso in cui, invece, dovessimo ritenere legittimo il rifiuto della prestazione lavorativa e/o della retribuzione, sarebbe necessario indagare entro che limiti una condotta lecita possa essere ritenuta antisindacale.

*

1) *L'oggettiva impossibilità temporanea della prestazione di lavoro.*

Il datore di lavoro può legittimamente rifiutare la prestazione del lavoratore - e conseguentemente sciogliersi dall'obbligo retributivo - soltanto in presenza di un motivo legittimo, che la legge codifica, all'art. 1256 c.c., come i casi di impossibilità sopravvenuta non imputabile allo stesso datore di lavoro. In assenza di motivo legittimo, il rifiuto - o anche la sola mancata collaborazione - di ricevere la prestazione del lavoratore, costituisce estremo per la costituzione in mora del datore di lavoro che, ai sensi dell'art. 1217 c.c., deve essere fatta tramite intimazione di ricevere la prestazione anche "nelle forme d'uso", ossia oralmente e, si presuppone, nel luogo e nel momento stesso i cui si concretizza il rifiuto di ricevere la prestazione. Il caso di

mora del creditore, nella prassi, si interseca e quasi sovrappone con la fattispecie della serrata. Infatti, ormai da tempo, ossia dalla sentenza della Corte Costituzionale 4 maggio 1960, n. 29, che ne ha sancito l'irrilevanza penale, ma, altresì, l'illiceità civile, la serrata viene qualificata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, in termini di mora del creditore. Nel caso di specie, i lavoratori non scioperanti si sono presentati regolarmente al Teatro per svolgere come da contratto la loro prestazione. Il datore di lavoro, rilevato che l'assenza dei lavoratori in sciopero, di fatto, rendeva impossibile la messa in scena della "Gazza ladra", ha rifiutato - come annunciato con l'avviso in bacheca - la prestazione dei lavoratori presenti, sentendosi, di conseguenza, sollevato dall'obbligo retributivo relativo alla giornata. Come detto, il discrimine tra mora del creditore (art. 1217 c.c.) e dunque serrata, e sospensione del rapporto di lavoro per impossibilità sopravvenuta (art. 1256 c.c. secondo comma) è costituito dalla legittimità dei motivi addotti dal datore di lavoro per il rifiuto della prestazione lavorativa. Il datore non commette illecito - e dunque può legittimamente pretendere di trattenere la quota parte della retribuzione - soltanto se il suo inadempimento dipende da *causa sopravvenuta, che non può essergli imputata, che rende impossibile la prestazione.* Come appare evidente, il giudizio di illegittimità della condotta datoriale verte sul significato - e l'ampiezza - che viene attribuito al concetto di *impossibilità* e che caratteristiche debba avere un evento sopravvenuto per dirsi del tutto estraneo alla sfera di responsabilità del datore di lavoro. Per il concetto di impossibilità, è necessario rifarsi alla consolidata interpretazione civilistica che ammette l'impossibilità ad adempiere, con assenza di colpa e conseguente estinzione dell'obbligo retributivo, soltanto in presenza di

una **reale impossibilità oggettiva, sopravvenuta** (sorta comunque prima del momento della mora), **inevitabile** per il datore di lavoro. Ove non fossero presenti e concomitanti queste condizioni, il datore di lavoro non potrebbe rifiutare la prestazione lavorativa senza commettere un illecito contrattuale, con conseguente dovere di corrispondere la retribuzione dovuta a fronte della prestazione rifiutata. Nel caso di specie, il datore di lavoro assume come circostanza sospensiva del rapporto di lavoro lo sciopero indetto dai sindacati ricorrenti, qualificandolo come evento sopravvenuto, inevitabile, in grado di rendere impossibile la prestazione nel suo complesso (la messa in scena dello spettacolo teatrale). Che lo sciopero possa rappresentare un evento sopravvenuto (nella sua accezione di evento sorto prima del momento della prestazione ma della cui esistenza le parti non erano a conoscenza al momento della stipulazione del contratto), è certo. Che sia anche in grado di rendere impossibile la messa in scena dello spettacolo, è ugualmente ovvio. Sull'inevitabilità, invece, sorge più di un dubbio. L'evento inevitabile è tradizionalmente compreso tra i due poli del caso fortuito o della forza maggiore, macrocategorie di eventi per i quali non è in alcun modo configurabile la colpa del contraente. Così inteso, il requisito dell'inevitabilità va forse troppo stretto all'evento sciopero. Lo sciopero rappresenta, principalmente, nella sua natura di strumento di lotta, un momento di rottura delle relazioni aziendali. È la manifestazione che, nei rapporti tra il datore di lavoro e le maestranze il dialogo si è (momentaneamente) interrotto. Configurare il momento di rottura di un rapporto come un evento estraneo (come il caso fortuito, la forza maggiore) ad una delle parti del rapporto stesso appare una stridente forzatura. In merito, la Cassazione, in

una pronuncia a dire il vero un po' risalente (Cass. n. 2232/1997), propone una lettura costituzionalmente orientata degli artt. 1206 e 1227 c.c., e sostiene che, in relazione *all'an debeatur* della retribuzione "non è sufficiente la considerazione del rapporto sinallagmatico tra obbligazione di lavoro ed obbligazione retributiva, essendo necessario un ulteriore accertamento volto a verificare se la mancata effettuazione della prestazione lavorativa sia dipesa da fatto imputabile all'una o all'altra parte del rapporto" e che, a questo proposito, "non costituiscono cause giustificative del rifiuto della prestazione lavorativa le situazioni ostative riguardanti la persona del datore di lavoro o la gestione o l'organizzazione dell'impresa quando queste non integrino un'ipotesi di assoluta impossibilità del datore di lavoro di collaborare all'adempimento della prestazione dovuta, non rilevando in contrario, in relazione al principio di corrispettività della retribuzione, la circostanza della mancata effettuazione della prestazione da parte del lavoratore". In questo senso lo sciopero non sembra possedere il carattere dell'inevitabilità, potendo sempre il datore di lavoro evitare, al pari della controparte, una rottura delle trattative in corso; né l'impossibilità della prestazione sembra poter possedere il carattere dell'*oggettività* richiesto dalla norma per la legittima sospensione del sinallagma: lo spettacolo che non riesce ad andare in scena per l'astensione di parte dei lavoratori sembra dipendere più da ragioni in senso lato soggettive, relative all'organizzazione aziendale, piuttosto che da fatti oggettivi, esterni alla volontà e alla responsabilità del datore di lavoro. Sembra corretta, dunque, la ricostruzione del giudice del lavoro bolognese che considera illegittima l'annunciata trattenuta della retribuzione giornaliera per i lavoratori scioperanti.

2. Dell'antisindacalità dell'annuncio

Il datore di lavoro non può rispondere ad uno sciopero utilizzando strumenti illegittimi per evitare gli effetti pregiudizievoli che l'astensione dei lavoratori potrebbe causare alla propria attività. Al contrario, come più volte affermato dalla Suprema Corte (Cass. n. 12822/1991 e, da ultimo, Cass. 12811/09), il datore di lavoro, allo scopo di proteggersi dagli effetti pregiudizievoli dello sciopero, ben potrebbe mettere in atto una riorganizzazione aziendale: l'esercizio legittimo da parte del datore di lavoro delle proprie prerogative, in altre parole, è consentito in nome del bilanciamento tra due diritti costituzionalmente garantiti, il diritto di sciopero e la libera iniziativa economica (l'intera e complessa questione sulla legittimità di impiego dei lavoratori non scioperanti allo scopo di evitare gli effetti pregiudizievoli dello sciopero viene sintetizzata dalla locuzione "ammissibilità del *crumiraggio interno*"). Il limite, come sembra emergere da giurisprudenza costante seppur non pienamente condivisibile, è la legittimità formale e sostanziale di tali atti. L'atto illegittimo conduce a condotta antisindacale; l'atto legittimo non integra gli estremi per una condanna del datore ex art. 28 SL. In questo caso, la trattenuta della retribuzione non sarebbe stato atto legittimo, in quanto integrante gli estremi dell'inadempimento contrattuale. Annunciare nella bacheca aziendale la trattenuta della retribuzione anche ai lavoratori non scioperanti equivale, nella sostanza, ad una minacciata serrata (minaccia, se si vuole, in senso tecnico: la prospettazione di un male ingiusto, *non iure*). La minaccia del taglio della retribuzione, come ha avvertito il giudice del lavoro del Tribunale di Bologna, risulta essere un'oggettiva pressione nei confronti dei lavoratori, capace di compromettere il libero esercizio del diritto di sciopero, non

Sindacale/2

soltanto nelle giornate di astensione programmate, ma anche nei futuri momenti di agitazione sindacale.

*

Crumiraggio interno, demansionamento e condotta anti-sindacale: la Cassazione tra conferme e aperture

GIOVANNI ORLANDINI

La sostituzione di lavoratori in sciopero con personale non scioperante deve considerarsi una condotta antisindacale ai sensi dell'art.28 dello Statuto dei lavoratori, se comporta il demansionamento dei lavoratori utilizzati. Lo afferma la Cassazione (sent. n. 12811 del 3 giugno 2009) respingendo il ricorso contro una decisione della Corte di appello di Firenze che aveva condannato Autostrade per l'Italia SPA per aver comandato, in occasione di uno sciopero, 31 dipendenti "apicali" (dirigenti e quadri) ad operare presso i caselli in sostituzione del personale addetto all'esazione del pedaggio.

La vicenda ha permesso al Supremo Collegio di fornire una serie di chiarimenti in merito ai limiti di legittimità del c.d. crumiraggio interno e soprattutto, all'esatta portata del divieto di demansionamento sancito dall'art. 2103 cod. civ.

Il crumiraggio interno non è illegittimo, per consolidata giurisprudenza, dal momento che l'adozione di misure necessarie per ridurre le conseguenze negative di uno sciopero costituisce esercizio della libertà economica del datore garantita dall'art.41 della Costituzione. E tra tali misure può

rientrare anche la sostituzione dei lavoratori scioperanti con altri non aderenti allo sciopero o impiegati in settori diversi da quello interessato dall'astensione.

Ciò che il datore non può fare è sostituire i lavoratori in sciopero con lavoratori adibiti a mansioni superiori rispetto a quelle svolte dagli scioperanti, perchè a ciò osta l'art. 2103 c.c.. E proprio in merito al divieto sancito dal disposto del codice civile la Corte di Cassazione fornisce importanti precisazioni. La norma in questione è da ritenersi violata ogni volta che i compiti richiesti ad un lavoratore siano di livello inferiore rispetto a quelli propri della sua posizione di lavoro, a nulla rilevando l'eventuale consenso prestato dallo stesso lavoratore. Secondo un recente orientamento giurisprudenziale l'ipotesi di demansionamento non può però ritenersi integrata nel caso in cui le mansioni richieste al lavoratore siano "oggettivamente marginali e funzionalmente accessorie e complementari" alle sue. Nella sentenza in esame la Corte riprende questo principio interpretativo, ma lo fa chiarendo che tale eccezione debba essere applicata in senso rigorosamente restrittivo. Da ciò la conclusione nel senso dell'illegittimità della richiesta di prestare attività che siano prive di alcune connessione con quelle abitualmente svolte, anche se ciò avviene per il breve tempo strettamente necessario a sostituire lavoratori in sciopero.

La decisione della Corte assume quindi un'importanza che va al di là del tema del crumiraggio e della condotta antisindacale che ne consegue, ponendo un preciso argine all'utilizzo di una nozione ampia di "accessorietà", potenzialmente capace di erodere il generale divieto di demansionamento, sancito da una norma imperativa di legge.

In merito alla valutazione dell'antisindacalità della condotta datoriale la Corte si colloca invece su un piano di piena continuità con la

giurisprudenza pregressa, per altro consolidata.

Dall'illegittimità della condotta datoriale i giudici di legittimità fanno conseguire la natura antisindacale della stessa ai sensi dell'art.28 St. lav., ovvero la sua capacità di ledere gli interessi collettivi dei quali il sindacato è titolare. Il datore fa ricadere sui lavoratori demansionati le conseguenze dello sciopero, mettendo in contrasto i lavoratori tra di loro e con le organizzazioni sindacali. La condotta datoriale finisce così per ledere sia i diritti dei lavoratori non scioperanti, che possono legittimamente rifiutarsi di svolgere le prestazioni richieste, sia l'interesse del sindacato ad organizzare la propria attività in maniera efficace.

Proprio da quest'ultimo passaggio argomentativo della Corte si può prendere spunto per evidenziare come una soluzione diversa potrebbe configurarsi in relazione alla valutazione di antisindacalità, in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale per il quale il crumiraggio interno resta di per sé un atto non contestabile da parte del sindacato.

Come la stessa Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare (C.Cost. n. 28/1974), ai fini del giudizio ex art.28 St. lav. è ininfluenza l'accertamento della legittimità o meno del provvedimento adottato dal datore; ovvero non è necessario che questo, per essere antisindacale, sia illegittimo in quanto adottato in violazione di una specifica e diversa disposizione di legge. Se ne potrebbe allora trarre la conclusione che, se la sostituzione dei lavoratori in sciopero lede l'interesse del sindacato perchè "impedisce o limita" oggettivamente l'attività di quest'ultimo, ciò debba essere riconosciuto indipendentemente dal fatto che il comportamento datoriale implichi o meno il demansionamento dei lavoratori utilizzati.

Ma la Corte si ferma sulla soglia della consolidata giurisprudenza pregressa e ritiene che esista una differenza sostanziale, sotto il profilo della lesione dell'interesse collettivo del sindacato, tra l'ipotesi in cui le prestazioni svolte dai non scioperanti siano legittimamente richieste e l'ipotesi in cui ciò non accada. Solo nel secondo caso si verificherebbe l'effetto di dividere *"gli interessi dei lavoratori ...ponendoli in contrasto tra loro e con le loro organizzazioni"*. Un'affermazione che non convince fino in fondo, dal momento che è evidente come il vincolo di solidarietà tra lavoratori venga violato tutte le volte che uno scioperante viene sostituito da un altro lavoratore, indipendentemente dalla qualifica di quest'ultimo.

L'importanza della sentenza della Corte in commento va dunque colta più sotto il profilo della rigorosa interpretazione dell'art.2013 c.c., capace di fugare ogni dubbio circa la sua inderogabilità, che sul piano dell'applicazione dell'art.28 dello Statuto dei lavoratori, che resta inutilizzabile per contrastare il crumiraggio interno attuto con mezzi non altrimenti illegittimi.

*

Responsabilità dell'azienda anche in caso di errore imputabile al prestatore di lavoro autonomo

CECILIA VALBONESI

Il soggetto che cumula su di sé le funzioni di direttore e di delegato alla sicurezza di un'azienda è penalmente responsabile per la morte di un lavoratore autonomo, legato all'azienda da un contratto di appalto anche qualora la prestazione che dia

luogo all'evento morte sia disomogenea rispetto ai compiti contrattualmente previsti e sia eseguita dal lavoratore con modalità non conformi ai canoni di sicurezza. La Quarta Sezione Penale della Corte di Cassazione, con sentenza n. 18998 del 6.5.2009, ha statuito che a nulla vale argomentare il contrario, qualora la prestazione che ha dato luogo all'incidente mortale non solo sia eseguita regolarmente dal lavoratore, ma sia stata altresì e direttamente disposta dal committente. Questi, infatti, risulta essere gravato dall'obbligo di informare il lavoratore dei rischi e di predisporre le adeguate cautele per neutralizzarli.

Il direttore - delegato per la sicurezza non può invocare, quale argomento della propria estraneità ai fatti, l'esclusiva riconducibilità dell'evento morte al comportamento imprudente del lavoratore infortunato. Dunque, a prescindere dalla modalità di esecuzione della prestazione da parte del lavoratore, ciò che fonda la responsabilità penale del direttore è la mancanza o insufficienza di quelle cautele che, se adottate, sarebbero valse a neutralizzare il rischio del comportamento mortale.

*

Con un raffinato, quanto ardito, iter logico - argomentativo, che involge le più questioni più problematiche relative ai temi della responsabilità per omissione, per colpa, nonché aspetti concernenti la teoria della causalità del rischio, la Corte di Cassazione arriva a fondare la responsabilità degli organi apicali aziendali per la morte di un lavoratore autonomo sul presupposto che questi abbiano, per negligenza, omesso di informare il lavoratore sui rischi che questi avrebbe corso nell'esecuzione della prestazione ordinata, ed abbiano mancato di fornirgli le attrezzature necessarie alla neutralizzazione dei suddetti rischi.

Infatti, alla vittima era stato ordinato di salire sul tetto

FLASH * Crisi: i provvedimenti della Regione Toscana a sostegno dei lavoratori

Dal 4 maggio scorso è possibile fare domanda per ottenere il contributo di 1650 euro messo a disposizione dalla Regione Toscana per il sostegno al reddito dei lavoratori che hanno perso il posto di lavoro e non sono titolari di ammortizzatori sociali concessi dallo Stato. Di tale beneficio possono usufruire le persone residenti in Toscana e che hanno lavorato con unità produttive o operative con sede in Toscana. Il reddito nel 2008 non deve aver superato i 12.500 euro e deve altresì trattarsi di lavoratori che nel periodo tra il dicembre 2008 ed il dicembre 2009 sono stati licenziati ed hanno maturato presso la stessa impresa un'anzianità lavorativa di almeno 6 mesi complessivi. Sono esclusi i lavoratori licenziati per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo, per dimissioni volontarie e per mancato superamento del periodo di prova. Si prevede poi che anche i lavoratori precari possano beneficiare del contributo in questione. Possono infatti richiederlo anche i titolari di contratti di collaborazione che abbiano avuto un unico committente per una durata minima di 6 mesi, consecutivi o, in alternativa, nell'arco di 10 mesi complessivi. Ne sono destinatari, infine, anche i lavoratori a termine provenienti da aziende assoggettate a procedura concorsuale che abbiano cessato l'attività o che abbiano attuato una riduzione dell'organico aziendale dovuta alla situazione di crisi, con un'anzianità presso la stessa impresa di almeno 180 giorni solari complessivi.

dell'azienda dove era presente un lucernario. Camminandovi sopra, questi aveva rotto il vetro ed era precipitato a terra dopo un volo di otto metri, riportando lesioni gravissime che lo conducevano al decesso.

A seguito di tale evento, il direttore e delegato alla sicurezza dello stabilimento è chiamato a rispondere del delitto di omicidio colposo e della contravvenzione di cui agli articoli 70 e 77 del DPR 164 del 1956 per aver omesso di avvertire il lavoratore delle disposizioni antinfortunistiche di cui alle succitate norme.

Il fondamento di tale responsabilità omissiva risiede nel fatto che il direttore, che sia anche delegato alla sicurezza dello stabilimento, risulta titolare di una posizione di garanzia. Ciò significa che l'ordinamento individua in capo a tale figura aziendale un preciso obbligo di proteggere il lavoratore dalle fonti di rischio che sono connaturate alla prestazione svolta.

Se ciò accade in modo necessario ed imprescindibile nella relazione che intercorre fra datore di lavoro (o responsabile per la sicurezza) e dipendenti, il caso affrontato dalla giurisprudenza presenta un aspetto peculiare cui si riconduce il pregio della soluzione accolta.

Tale aspetto risiede nella circostanza che la vittima dell'infortunio fosse un lavoratore autonomo, legato all'azienda con un contratto di appalto. Dunque, occorre domandarsi sulla base di quale presupposto la Suprema Corte abbia inteso estendere la posizione di garanzia del datore di lavoro, normalmente riconosciuta nei confronti dei propri dipendenti, nonché di soggetti esterni legati all'azienda con contratto d'appalto in relazione alle mansioni previste da tali contratti, ai casi nei quali il prestatore svolga mansioni disomogenee rispetto a quelle contrattualmente disciplinate.

Sulla base di una ricostruzione che si fonda su aspetti fattuali, sul rilievo, per così dire, attribuito alla realtà concreta che anima le dinamiche aziendali, la Corte ha analizzato i fatti così come si sono svolti ed ha accertato che la vittima svolgeva pressoché quotidianamente quella

attività difforme dal contratto d'appalto, che ne ha causato il decesso.

Ancora, il giorno dell'incidente era stato proprio il datore di lavoro ad ordinare alla vittima di svolgere quel compito.

Tali presupposti di fatto fondano in concreto l'obbligo, in capo al datore di lavoro, di proteggere il lavoratore fornendogli tutti gli strumenti affinché possa svolgere i propri compiti in sicurezza, neutralizzando i rischi insiti negli stessi.

Ma una tale ricostruzione non basterebbe, in relazione al caso in esame, a fondare la responsabilità del datore di lavoro per omicidio colposo. La difesa di parte datoriale ha infatti sottolineato la sussistenza di un argomento che da sempre costituisce un nodo fondamentale nelle questioni concernenti la responsabilità sia civile che penale.

Occorre infatti rispondere sempre preliminarmente alla domanda su quale efficacia causale abbia avuto il comportamento della vittima rispetto all'evento morte. In sintesi: può un comportamento imprudente della vittima, del tutto contrario ai canoni di ragionevolezza escludere la responsabilità di un datore di lavoro che nulla poteva fare per impedirlo? Presumibilmente sì.

Ma ciò non accade nel caso di specie ove una condotta, pur imprudente, del lavoratore si inserisce in un contesto di manchevolezze del datore di lavoro radicate in un duplice aspetto: nella disinformazione nella quale era stato lasciato il lavoratore rispetto ai rischi della propria opera e nella circostanza di non avergli fornito strumenti idonei per eseguire i propri compiti in sicurezza.

Il datore di lavoro dunque sarà penalmente responsabile della morte del lavoratore per non aver impedito l'evento lesivo nella misura in cui non ha messo in condizioni il prestatore di conoscere il rischio ed adeguatamente gestirlo. Si tratta di una responsabilità per colpa che risiede nella circostanza della prevedibilità, da parte del datore di lavoro, dell'evento lesivo occorso al lavoratore in seguito alla sua condotta pericolosa.

La Cassazione ritiene infatti che a un lato la normativa antinfortunistica

miri a salvaguardare l'incolumità del lavoratore non solo da rischi derivanti da incidenti o fatalità, ma anche da quelli che possono scaturire dalle sue stesse disattenzioni imprudenze o disubbidienze alle istruzioni raccomandate, purché connesse allo svolgimento dell'attività lavorativa. Dunque, in caso di infortunio sul lavoro, l'assenza o l'inidoneità delle misure di prevenzione, è sufficiente da sola a fondare la responsabilità del datore di lavoro per la morte del prestatore, senza che rilevi la natura della sua condotta.

Il messaggio della Suprema Corte è suscettibile quindi di essere sintetizzato nella seguente argomentazione: il datore di lavoro è penalmente responsabile a titolo di colpa per il decesso del lavoratore autonomo che svolga finanche mansioni disomogenee rispetto a quelle contrattualmente previste, ove sia stato lo stesso datore di lavoro ad impartire tali ordini ed abbia omesso di fornire al prestatore tutte le informazioni sulla sicurezza idonee a scongiurare il pericolo per il bene della vita, che qui viene irrimediabilmente leso.

DIRITTI & LAVORO
flash
idee e strumenti per il sindacato
LUGLIO 2009* NUMERO 1* 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
Cecilia Valbonesi
info: dirittilavoro@gmail.com