



## Riforma Brunetta **STANDBY**

**Difficoltà applicative e ritardi.  
Il Governo firma un'intesa con i  
sindacati (senza la Cgil).  
Si rivedono pagelline e relazioni  
sindacali. Cronaca di un  
fallimento?**

**Termine e Poste:  
la Corte di Giustizia  
sull'assunzione  
senza causale  
p. 2**

**Termine e P.A.  
non solo risarcimento  
p. 4**

**Sciopero:  
tempi duri per il conflitto  
p. 10**

**Finanziaria 2011:  
le novità per il lavoro  
p. 11**

**Scuola  
p. 3**

**Collegato lavoro  
p. 5**

**Appalti  
p. 8**

**Unità d'Italia  
p. 12**

[dirittielavoro@gmail.com](mailto:dirittielavoro@gmail.com)

# POSTE A TERMINE

ALESSANDRO GIOVANNELLI

## Legittimi i contratti a termine senza causa nel settore postale: la CGCE sul caso italiano

Assumere a termine senza causale si può, se il datore di lavoro è Poste Italiane. Lo dice la Corte di Giustizia della Comunità europea in un'ordinanza dello scorso novembre (causa C-20/10, *Vino c. Poste Italiane s.p.a.*). Il Giudice comunitario era stato chiamato – su rimessione del Tribunale di Trani – a pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 2, comma 1 *bis* del d. lgs. 368/2001 alla direttiva CE sul contratto a termine (la famosa 99/70 CE). In particolare, si leggeva nella decisione del Giudice pugliese, il dubbio di compatibilità sorgeva laddove si consideri che la norma in questione consente alle aziende concessionarie dei servizi postali (allo stato, la sola Poste Italiane s.p.a.) di assumere personale con contratto a tempo determinato in deroga ai limiti oggettivi imposti dall'art. 1 del d. lgs. 368/2001 alla generalità delle aziende e dei lavoratori: Poste, secondo la lettera della legge, potrebbe apporre clausole temporali ai contratti di lavoro anche in assenza delle causali oggettive richieste dalla legge (le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo), dovendo rispettare soltanto alcuni limiti di carattere quantitativo e temporale: il lavoratore, infatti, potrà essere assunto a tempo determinato – per un massimo di sei mesi – soltanto tra aprile ed ottobre di ogni anno, mentre per un massimo di quattro mesi negli altri periodi dell'anno; inoltre il numero dei dipendenti assunti a termine non potrà superare la soglia del 15% dei lavoratori a tempo indeterminato.

### L'ordinanza del Tribunale: violazione del non regresso e discriminazione

L'ordinanza di rimessione, dunque, chiedeva alla Corte di chiarire se tale normativa fosse compatibile: con l'obbligo di ogni Stato – posto dalla direttiva 99/70 – di imporre misure idonee a prevenire un abuso di utilizzo del contratto a termine; con la clausola di non regresso (clausola 8.3 della direttiva), dal momento che la tutela per i lavoratori del settore postale sembrerebbe inferiore rispetto a quella garantita loro dalla normativa nazionale precedente al recepimento della direttiva 99/70 (l. 230/1960). Si chiedeva inoltre se nell'ordinamento italiano, vista la minore tutela per i lavoratori postali, non potesse ravvisarsi una violazione del principio di non discriminazione, anch'esso enunciato nella direttiva sul termine; e se, infine, detta norma non avesse introdotto nell'ordinamento interno una fattispecie *acausale* ad esclusivo beneficio di una sola azienda – di cui lo Stato, peraltro, possiede il 65% delle quote – realizzando un'ipotesi, vietata, di sfruttamento di posizione dominante.

### La Corte conferma la compatibilità della normativa italiana con la direttiva 99/70

Su tutte le questioni sollevate, la Corte conclude confermando la compatibilità tra la normativa italiana e quella comunitaria

(ritenendo soltanto l'ultima questione, quella sull'abuso di posizione dominante, del tutto irricevibile perché il Giudice del rinvio non aveva adeguatamente sostanziato la richiesta con le circostanze di fatto in cui si verificherebbe l'abuso).

### Non regresso: non si applica il divieto di minor tutela

Prima di tutto, sulla clausola di non regresso. La clausola 8.3 della direttiva 99/70 (e dell'accordo quadro tra le parti sociali comunitarie che recepisce) vieta agli Stati membri di diminuire le tutele per i lavoratori già predisposte nell'ordinamento nazionale, al momento della trasposizione della direttiva. In altri termini: il recepimento della direttiva non può essere il pretesto per introdurre nell'ordinamento interno una disciplina meno favorevole per il lavoratore. Secondo l'ordinanza del Tribunale di Trani, questo è il caso dell'art. 2, comma 1 *bis* del d. lgs. 368/2001 che, come detto, introduce nell'ordinamento italiano un'ipotesi di assunzione a termine *acausale*, laddove la l. 230/1962 – improntata ad un rigido regime di tassatività – non permetteva assunzioni al di fuori di specifiche ed elencate situazioni di fatto relative all'andamento della produzione. La CGCE conferma ciò che aveva già avuto modo di affermare in precedenza (casi *Mangold* e *Angelidaki*), ossia che “una riduzione della tutela offerta ai lavoratori nel settore dei contratti di lavoro a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'accordo quadro, ma che per rientrare nel divieto sancito dalla clausola 8, punto 3, di esso, tale riduzione, da un lato, dev'essere collegata con l'applicazione dell'accordo quadro e, dall'altro, deve avere ad oggetto il livello generale di tutela dei lavoratori a tempo determinato”.

Ora, il d. lgs. 368/2001 è la diretta applicazione nell'ordinamento italiano della direttiva 99/70 e dell'accordo quadro e questo è pacifico. Qualche dubbio sorge, invece, laddove si consideri l'art. 2, comma 1 *bis* che è stato introdotto dalla l. 266/2005 (la Finanziaria per l'anno 2006). Una riforma successiva che modifichi il testo della normativa di recepimento può ancora dirsi *applicazione* della direttiva? Ossia: entro quali limiti (temporali e oggettivi) uno Stato membro deve considerarsi vincolato al *livello generale delle tutele* e al *non regresso*?

La CGCE risponde a queste domande confermando che il divieto di regresso delle tutele per i lavoratori “non riguarda il solo iniziale recepimento della direttiva 99/70 e, in particolare, del suo allegato contenente l'accordo quadro, ma copre ogni misura nazionale intesa a garantire che l'obiettivo da questa perseguito possa essere raggiunto, comprese le misure che, successivamente al recepimento propriamente detto, completino o modifichino le norme nazionali già adottate” (sentenze *Mangold* e *Angelidaki*). Nondimeno “una normativa nazionale non può essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la *reformatio in peius* che essa comporta non sia in alcun modo collegata con l'applicazione dell'accordo

quadro”.

Secondo il giudizio della Corte, l'intervento del 2005 non ha le caratteristiche per potersi dire *applicazione* della direttiva e dunque deve rimanere estraneo alla valutazione circa il regresso o meno del livello generale delle tutele. Dice la Corte che l'art. 2, comma 2 *bis* “*perseguiva uno scopo distinto da quello consistente nel garantire l'attuazione dell'accordo quadro nell'ordinamento nazionale*” e, precisamente, “*mirava a consentire alle imprese operanti nel settore postale un certo grado di flessibilità allo scopo di garantire (...) un funzionamento efficace delle diverse operazioni postali rientranti nel servizio universale*”. In quanto non applicazione della direttiva, dunque, la norma che permette a Poste di assumere a termine in maniera *acausale* è estranea al giudizio – rimesso comunque al Giudice nazionale – circa il mantenimento o il peggioramento del livello generale di tutela. La CGCE ribadisce sostanzialmente quanto affermato nella celebre sentenza *Mangold* (ma, anche, con riferimento all'impiego pubblico, con la pronuncia sul caso *Angelidaki*), ossia che esistono obiettivi diversi da quello della tutela dei lavoratori a tempo determinato che il legislatore può legittimamente perseguire, anche intervenendo nel corpo della normativa in materia di contratti a termine.

Il medesimo principio, tra l'altro, è stato affermato nuovamente dalla CGCE nello scorso ottobre, sempre in un'ordinanza relativa ad un caso italiano (C-3/10 *Affatato c. Azienda sanitaria provinciale di Cosenza*). Anche per quanto riguarda il settore pubblico (per il quale, ricordiamo, nel nostro ordinamento vige il divieto di conversione del contratto a termine illegittimo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 36, d. lgs. 165/2001), la Corte ha confermato che laddove il legislatore persegua altri obiettivi rispetto alla tutela del lavoratore assunto a tempo determinato (nel caso, la tutela dell'accesso alla P.A. per concorso), non deve essere valutata la normativa in questione secondo i canoni del non regresso.

**Legittima la prima  
assunzione senza  
causale: la direttiva  
tutela soltanto contro  
gli abusi in fase di  
rinnovo**

Lo stesso criterio – individuazione dell'ambito oggettivo di applicazione della direttiva – viene utilizzato dalla Corte anche per rispondere sulla questione della compatibilità dell'assunzione *acausale* con la direttiva 99/70.

Chiede il Giudice di Trani se sia conforme alla direttiva e all'accordo quadro che la legislazione italiana ammetta in un settore quantitativamente non marginale (oltre 20mila lavoratori coinvolti) che si possa apporre una clausola temporale al contratto di lavoro senza che ciò venga subordinato alla sussistenza di specifiche ragioni oggettive che giustifichino l'assunzione temporanea in luogo di quella a tempo indeterminato.

Il dubbio del Tribunale nasceva dal testo dell'accordo quadro allegato alla direttiva 99/70, il quale obbligava gli Stati, al fine di prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di rapporti di lavoro a tempo determinato, ad introdurre misure di tutela per i lavoratori, come, tra le altre, le “*ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti*”. Com'è noto, il d. lgs. 368/2001 prevede, all'art. 1, una sorta di filtro preventivo alle assunzioni a termine, ossia, le causali oggettive (ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo) devono sussistere ogni qual volta si voglia assumere a tempo determinato, non soltanto in fase di rinnovo. Nel caso delle aziende postali, invece, questo filtro preventivo viene meno e il lavoratore conserva le sole tutele previste

in relazione ai rinnovi e alle proroghe.

Orbene, la Corte, come anche in *Mangold*, conferma che l'ambito oggettivo della direttiva non comprende il primo o unico contratto di lavoro a termine (come era quello del caso di specie che aveva dato luogo al rinvio), essendo rivolta – come si evince dal dato testuale – alla sola prevenzione e sanzione di eventuali abusi in fase di rinnovo e di proroga dei contratti. Ben può sussistere, dunque, nell'ordinamento italiano, una norma che preveda – anche solo per un determinato settore – un'assunzione a termine, per così dire, *libera*, senza il vincolo delle causali oggettive, purché l'ordinamento predisponga adeguati strumenti antiabusivi per quanto riguarda la successione di contratti.

Anche su questo profilo, dunque, la CGCE non smentisce il proprio orientamento dominante.

*flash*

**Scuola: la Consulta bocchia  
la Gelmini, illegittima la  
norma sulle graduatorie**

Con la sentenza n. 41 del 7-9 febbraio 2011, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 4-ter dell'art. 1, d.-l. n. 134/2009. Tale disposizione aveva impedito a coloro inseriti nelle graduatorie permanenti relative ai docenti del Comparto scuola di conservare il punteggio nel caso di passaggio da una graduatoria di una determinata Provincia ad un'altra. La norma aveva l'obiettivo di impedire il cosiddetto “*inserimento a pettine*” da parte del personale precario del Meridione nelle graduatorie più appetite del Nord. La Consulta, a seguito della rimessione fatta dal TAR Lazio con ordinanza del 5 febbraio 2010, ha bocciato tale disposizione, ritenendola in palese contrasto con l'art. 3 della Costituzione e con il principio di uguaglianza ivi indicato. La norma, pertanto, scompare dall'ordinamento e ritorna la possibilità per i precari della scuola di ottenere il trasferimento presso graduatorie ad esaurimento di altre province, con mantenimento del punteggio accumulato presso quella di origine.

**Rispettato il principio  
di non discriminazione:  
la parità di trattamento  
vale solo tra ctd  
e tempo indeterminato**

Sulla questione della non discriminazione, poi, la Corte è quanto mai lapidaria. Il Giudice del rinvio, infatti, aveva adombrato la possibilità che una disparità di trattamento tra lavoratori assunti dalle aziende del settore postale e la generalità degli impiegati a termine potesse integrare gli estremi della discriminazione e quindi porsi in contrasto con la direttiva 99/70. La Corte, semplicemente, ribadisce anche in questo caso il dato testuale della direttiva e dell'accordo quadro: la 99/70 si preoccupa di garantire la non discriminazione del lavoratore a tempo determinato rispetto al lavoratore a tempo indeterminato comparabile (impiegato nello stesso settore, con le stesse mansioni). Rimane dunque fuori dalla direttiva 99/70 la comparazione di trattamento tra lavoratori a tempo determinato impiegati in diversi settori. Di più, sulla questione la Corte si dichiara manifestamente incompetente a pronunciarsi, dal momento che i principi di parità di trattamento e non discriminazione si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 2 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Ue, ossia soltanto nell'ambito oggettivo coperto dalla direttiva ■

# TERMINE E PUBBLICO IMPIEGO: NON SOLO RISARCIMENTO

ANDREA RANFAGNI

## Due sentenze toscane convertono il contratto a termine nullo

Recentemente sono state pronunciate due importanti sentenze (Tribunale di Siena del 15 ottobre 2010 e Tribunale di Livorno del 25 gennaio 2011) relative alle sanzioni da applicare in caso di contratti a termine illegittimi nel Pubblico Impiego.

Entrambi i tribunali hanno affermato che nel Pubblico Impiego l'illegittimità del contratto a termine comporta non il mero diritto al risarcimento del danno, bensì la conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato, analogamente a quanto riconosciuto nel settore privato.

Si tratta di decisioni "rivoluzionarie" in quanto si scontrano con una lettera della legge chiara nel non riconoscere ciò, nonché con una giurisprudenza costituzionale, comunitaria e di merito che, più volte pronunciatasi sulle disposizioni di legge in questione, sembra porsi di ostacolo.

Sono, quindi, due sentenze da prendere con le molle, ma comunque da non sottovalutare, soprattutto alla luce dei numerosi ricorsi che a breve, con l'entrata in vigore del Collegato lavoro, verranno proposti nelle aule giudiziarie.

### Il quadro normativo

La norma principale che disciplina i contratti a termine nel pubblico impiego è rappresentata dall'art. 36, d.lgs. n. 165/2001 (cosiddetto Testo Unico sul Pubblico Impiego).

Tale disposizione, dopo varie modifiche legislative (l'ultima quella del d.l. n. 112/2008), oggi afferma che per le esigenze connesse con il proprio fabbisogno ordinario le pubbliche amministrazioni assumono esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato. L'utilizzo dei contratti a termine è, invece, ammesso solo per esigenze temporanee ed eccezionali.

La stessa norma, poi, rinvia ai contratti collettivi per ciò che riguarda la disciplina specifica dell'utilizzo del contratto a termine, precisando però che ciò deve avvenire in conformità al d.lgs. n. 368/2001.

In altre parole, si dispone implicitamente un'applicazione anche al settore pubblico della normativa valevole nel settore privato.

Del resto, ciò era stato riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia europea (Corte di giustizia n. 212/04, Adeneler), la quale ha affermato che la Direttiva n. 70/1999, contenente il recepimento dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso a livello europeo e a cui ha dato attuazione nel nostro paese appunto il d.lgs. n. 368/2001, trova applicazione anche alle Pubbliche Amministrazioni.

Dalla contemporanea applicazione del d.lgs. n. 165/2001 e del d.lgs. n. 368/2001 deriva una disciplina del contratto a termine nel Pubblico Impiego particolarmente garantista per ciò che riguarda i presupposti in presenza dei quali è possibile per una PA assumere a tempo determinato.

Analogamente al privato, la legge afferma espressamente la possibilità di poter assumere a tempo determinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, sostitutivo e/o organizzativo (art. 1, d.lgs. n. 368).

Diversamente dal privato, viene, altresì, riconosciuto il principio per cui l'assunzione a termine è legittima solo se fatta per soddisfare "esigenze temporanee ed eccezionali" (art. 36, 2° comma, d.lgs. n. 165/2001).

In altre parole, viene riconosciuto espressamente e cristallizzato nella legge ciò che nel privato è affermato solo in via giurisprudenziale: il fatto che le esigenze organizzative, sostitutive, produttive o tecniche che determinano l'assunzione a tempo determinato devono rivestire i caratteri della "temporaneità" (cioè avere un inizio ed una fine) e della "eccezionalità" (devono cioè essere legate ad eventi eccezionali verificatisi in seno all'organizzazione del lavoro o al processo produttivo).

Tale assetto garantistico non trova, però, riscontro per quanto riguarda le conseguenze sanzionatorie nel caso di contratto a termine illegittimo. E qui si individua la grossa differenza tra privato e pubblico.

L'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, afferma, infatti, che la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori a tempo determinato da parte delle PA non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato e il lavoratore interessato ha diritto solo al risarcimento del danno.

A differenza del settore privato, dunque, dove l'illegittimità del termine inserito nel contratto a termine determina la trasformazione dello stesso in contratto a tempo indeterminato, nel Pubblico Impiego è riconosciuta solo una tutela risarcitoria.

### Gli orientamenti della CGCE e della Corte Costituzionale

La suddetta differenza di trattamento tra pubblico e privato in punto di sanzioni ha sollevato diversi dubbi ed è già stata portata di fronte tanto alla Corte di giustizia europea, quanto alla nostra Corte costituzionale.

La Consulta, con sentenza n. 89 del 27 marzo 2003, ha affermato che il divieto di trasformazione a tempo indeterminato sancito dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, non viola l'art. 3 della Costituzione, quindi il principio di uguaglianza, non creando alcuna irragionevole disparità tra lavoratori illegittimamente assunti nel pubblico impiego e i "cugini" dell'impiego privato.

Alla base di tale assunto, la considerazione che il principio fondamentale in materia di instaurazione mediante pubblico concorso ex art. 97 Costituzione è del tutto estraneo al settore privato. Conseguentemente, l'esistenza di tale principio posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, di cui al primo comma dello stesso art. 97, rende di fatto non uguali le situazioni in analisi.

Analogamente la Corte di giustizia europea, con le sentenze *Marrosu* e *Vassallo*, ha affermato che non osta al diritto comunitario una normativa nazionale che non prevede la trasformazione a tempo indeterminato di contratti a termine illegittimi, a patto però che la stessa preveda comunque sanzioni in grado di garantire un tutela nei confronti del lavoratore e che abbia i caratteri della dissuasività, delle effettività e della proporzionalità.

Ai giudici nazionali (quindi a quelli italiani) il compito di valutare il rispetto o meno di tali parametri. Se si riterranno rispettati non si configurerà alcuna violazione del diritto comunitario, altrimenti sì.

Ed i giudici italiani, nella stragrande maggioranza dei casi, hanno ritenuto coerente la normativa italiana con il diritto comunitario, intendendo il diritto al risarcimento di cui all'art.36 come diritto a vedersi risarcito il danno derivante dalla perdita di un'occupazione a

tempo indeterminato; ed hanno calcolato tale danno ricorrendo a diversi e non omogenei criteri (vd Bollettino n. 4 – dicembre 2009).

## Le decisioni di Siena e Livorno: l'art. 36 d. lgs. 165/2001 è contrario al diritto comunitario

In controtendenza rispetto al suddetto orientamento prevalente si pongono le decisioni dei Tribunali di Siena e Livorno (che hanno, a quanto consta, come unico precedente una sentenza del Tribunale di Reggio Emilia del 18.04.2007).

Nel valutare, infatti, la conformità del comma 5, art. 36, d.lgs. n. 165/2001, rispetto ai principi di effettività, dissuasività e proporzionalità affermati dalla Corte di giustizia europea, i due giudici toscani sono giunti a conclusioni diverse, ritenendo che l'unica sanzione effettiva, dissuasiva e proporzionale per l'illegittimo utilizzo di contratti a termine sia rappresentata dalla conversione degli stessi in contratti a tempo indeterminato.

Hanno così disapplicato il comma 5 dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001, ritenendolo in contrasto con il diritto comunitario ed esercitando così uno dei poteri del giudice nazionale tutte le volte in cui ravvisi una difformità tra normativa nazionale e quella comunitaria.

flash

## Milleproroghe: cosa cambia sul collegato lavoro

Approvata *in extremis* la legge di conversione del decreto Milleproroghe (l. 10/2011). Confermato l'emendamento al Collegato lavoro già approvato dal Senato (di cui abbiamo dato notizia nel n. 1/2011 del Bollettino). Nelle intenzioni dei proponenti, il comma 1 *bis* aggiunto all'art. 32 della l. 183/2010 dovrebbe far slittare al 31 dicembre di quest'anno le nuove decadenze in materia di impugnazione del licenziamento, della clausola appositiva del termine e delle altre tipologie di lavoro atipico cui si riferiva il Collegato lavoro. La legge 183/2010, come si ricorderà, aveva innovato la disciplina delle impugnazioni in materia di lavoro, stabilendo che, tanto in caso di licenziamento, quanto nelle altre fattispecie a questo equiparate, il lavoratore avrebbe avuto davanti a sé un doppio ordine di decadenze: sessanta giorni per l'impugnazione stragiudiziale; 270 giorni per la presentazione del ricorso davanti al Tribunale. Il regime transitorio prevedeva che i licenziamenti o i termini scaduti (così anche come il recesso dal contratto a progetto o la scadenza della somministrazione) intervenuti prima del 24 novembre 2010 (data di entrata in vigore del collegato lavoro) dovessero essere impugnati, pena la decadenza dall'azione giudiziaria, entro 60 giorni, ossia entro il fatidico termine del 23 gennaio scorso. Orbene, l'emendamento al decreto Milleproroghe appena approvato (e che è entrato in vigore il 26 febbraio) prevede che *"In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011"*. Si tratta, con tutta evidenza, di una norma non chiara e la cui interpretazione – nel senso favorevole al lavoratore come nelle intenzioni dei proponenti – non sarà senz'altro semplice. In primo luogo perché non c'è traccia di una espressa rimessione in termini. La legge, infatti, entra in vigore ben oltre il limite del 23 gennaio, data in cui si sono verificate le decadenze prescritte dal collegato lavoro. Perché a chi non ha impugnato entro quella data venga restituita la possibilità di farlo, secondo le regole più elementari del diritto civile, servirebbe un'espressa indicazione della legge che annulli gli effetti delle intervenute decadenze. Il testo dell'emendamento, invece, si esprime con un non chiaro *"in sede di prima applicazione"*, senza dettare alcunché per il regime transitorio. Ancora, il riferimento al solo termine dei sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento fa sorgere immediatamente un doppio interrogativo: la proroga del termine riguarda soltanto i licenziamenti o anche tutte le altre fattispecie a questo equiparate dai commi successivi dell'art. 32 del collegato lavoro? E poi, che ne è del termine dei 270 giorni per la proposizione del ricorso giurisdizionale, dal momento che questo – in tema di licenziamento – era la vera novità introdotta dalla l. 183/2010? La lettura più probabile della nuova disposizione sembra essere quella di veder posticipato al 31.12.2011 l'entrata in vigore delle sole modifiche alla legge n. 604/1966 che estendono alle fattispecie dei lavori atipici l'obbligo di impugnazione entro 60 giorni e il termine di 270 giorni per la presentazione del ricorso. Per tutto il 2011, dunque, rimarrebbe in vigore la disciplina vigente prima dell'entrata in vigore del Collegato lavoro. Ciononostante, non sembra possibile in alcun modo sostenere che l'emendamento sani le eventuali decadenze già intervenute dopo il 23 gennaio e prima dell'entrata in vigore della legge di conversione del decreto Milleproroghe. La vecchia disciplina, dunque, torna in vigore per i prossimi dieci mesi soltanto per i licenziamenti o le scadenze del termine che avverranno da qui a fine anno.

A fondamento della suddetta conclusione, viene osservato, in primo luogo, come siano i dati empirici ad escludere la “dissuasività” della tutela risarcitoria. Osserva in particolare il Tribunale di Siena che la storia degli ultimi anni, quindi il massiccio ricorso alle tipologie contrattuali flessibili, dimostra come le PA non siano state affatto dissuase dall'apparato sanzionatorio, che può essere tranquillamente definito come debole e pertanto non conforme al diritto comunitario.

In secondo luogo, viene osservato come la valutazione da parte del giudice italiano della adeguatezza delle sanzioni previste debba essere effettuata anche alla luce di quello che è il quadro sistematico in cui si opera ed, in primi, i valori costituzionali.

A tal proposito, viene richiamato l'orientamento giurisprudenziale espresso nella sentenza n. 141/2006 delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo il quale, in caso di violazione di un diritto, la tutela ordinaria e primaria è rappresentata dalla tutela in forma specifica, ovvero dall'ottenere la restituzione della situazione di fatto anteriore alla lesione del credito. Soltanto in via eccezionale, qualora sia materialmente impossibile fare ciò, è ammessa la tutela per equivalente.

E tale rapporto regola-eccezione sarebbe diretta applicazione dell'art. 24 Costituzione, secondo cui il processo deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale violata (Corte costituzionale 24 giugno 1994, n. 253, 10 novembre 1995, n. 483).

Nel diritto del lavoro poi, osservano le Sezioni Unite richiamate, la considerazione della tutela in forma specifica come la regola sarebbe rafforzata dai precetti di cui agli artt. 1, 4 e 35 della Costituzione, ovvero dagli articoli che riconoscono il diritto del lavoratore al proprio posto.

Insomma, ad avviso dei Tribunali di Siena e Livorno, l'orientamento prevalente secondo il quale la tutela risarcitoria per equivalente è ammissibile solo in via eccezionale dovrebbe portare il giudice italiano a non considerare il diritto al risarcimento del danno del dipendente pubblico illegittimamente assunto a termine come sanzione adeguata, quindi a considerarla non conforme al diritto comunitario poiché non dissuasiva, effettiva e proporzionale.

Sia il Tribunale di Siena, sia il Tribunale di Livorno, infine, disapplicano l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, per contrasto con il diritto comunitario, anche sotto il profilo del mancato rispetto del principio di parità tra lavoratore a tempo determinato e lavoratore a tempo indeterminato.

Nello specifico, il suddetto principio investirebbe anche la fase terminale del rapporto di lavoro, stante la “sostanziale”, seppur non “formale”, uguaglianza tra scadenza del termine e licenziamento.

Posto ciò e posto il principio comunitario della necessaria giustificazione causale del recesso e del diritto alla tutela contro quest'ultimo, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali, deve ritenersi ammissibile la reintegra a tempo indeterminato in caso di contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego.

Diversamente si configurerebbe, infatti, ad avviso dei giudicanti, una disparità di trattamento tra il lavoratore a tempo indeterminato del Pubblico Impiego e quello a termine, poiché in caso di illegittima risoluzione del rapporto si troverebbero di fronte a sé una diversa forma di tutela: la reintegra per il licenziato, il risarcimento per il lavoratore a termine.

## Le altre argomentazioni delle sentenze

Oltre alla non conformità al diritto comunitario dell'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, i giudici di Siena e Livorno ritengono che la suddetta disposizione non possa trovare applicazione anche per altri motivi.

In primo luogo, viene sottolineato come l'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, disponga che dalla sua entrata in vigore tutte le disposizioni ad esso “incompatibili” sono da ritenersi abrogate.

Tra queste vi sarebbe anche l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001, che è entrato in vigore prima dello stesso d.lgs. n. 368 e con quest'ultimo ritenuto incompatibile appunto.

In secondo luogo, il Tribunale di Siena, seppur limitatamente al Comparto scuola (il ricorrente era infatti un precario della scuola), fa leva sul disposto del primo comma dell'art. 36, laddove si attribuisce, come visto prima, ai contratti collettivi il compito di disciplinare la materia dei contratti a termine.

Il CCNL Comparto scuola del 2006/2009 ha previsto espressamente la possibilità di trasformazione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato “per effetto di specifiche disposizioni normative”.

In ciò il Tribunale senese rinviene il canale di accesso della norma sulla conversione a tempo indeterminato nel Comparto scuola.

Merita, poi, sottolineare come il Tribunale di Siena abbia richiamato anche la recente Ordinanza della Corte di Giustizia n. C-3/10, nella quale il giudice comunitario prende atto di come il Governo italiano abbia, nelle sue memorie scritte, esplicitamente affermato che l'art. 5, d. lgs. n. 368/2001, come modificato dalla l. n. 247/2007, trovi applicazione anche alle Pubbliche Amministrazioni.

Ricordiamo come quest'ultima sia la norma che stabilisce che in caso di superamento del limite di 36 mesi il contratto si considera a tempo indeterminato.

In realtà, quest'ultima argomentazione pare davvero difficile da sostenere, visto che non si spiega il perché tale norma dovrebbe trovare applicazione, ma ci si limita a dire che trova applicazione in quanto è lo stesso Governo italiano a dirlo, per di più in un atto giudiziario, quale appunto la memoria difensiva davanti alla Corte di giustizia europea.

Entrambe le decisioni in commento, infine, affermano il principio per cui l'esigenza del rispetto della regola del concorso pubblico ex art. 97 non sarebbe disattesa in quanto anche le assunzioni a termine, seppur illegittime, sono effettuate dall'amministrazione ex art. 35, d.lgs. n. 368/2001, ovvero sulla base di procedure concorsuali.

## Quale futuro?

Le due sentenze si pongono, come già evidenziato, in netta controtendenza con l'orientamento prevalente affermatosi fino ad oggi, che invece ha ritenuto conforme al diritto comunitario l'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001. E' quindi probabile che non trovino conferma negli (eventuali) successivi gradi di giudizio. Resta il fatto che, per quanto a tratti discutibili sul piano argomentativo, esse vanno salutate positivamente perché permettono di non considerare pacifico che basti la mera tutela risarcitoria a tutelare adeguatamente chi ha prestato lavoro presso la PA con contratti a termine illegittimi ■

# BRUNETTA CRONACA DI UN FALLIMENTO?

ANDREA RANFAGNI

## In un'intesa sindacale (senza Cgil) i correttivi alla riforma

Il 4 febbraio 2011 è stata conclusa tra Governo e i sindacati Cisl, Uil, Cida, Confsal, Ugl e Usae l' "Intesa per la regolazione del regime transitorio conseguente al blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego".

Il suddetto accordo nasce dalle difficoltà applicative che si sono verificate nell'attuazione della cosiddetta Riforma Brunetta del Pubblico Impiego (d.lgs. n. 150/2009) e, in particolare, per ciò che riguarda l'entrata in vigore del nuovo sistema di relazioni sindacali e del nuovo sistema di valutazione del merito.

Il documento si caratterizza per essere estremamente sintetico e poco chiaro. Conseguentemente ha dato adito a varie interpretazioni e critiche più o meno fondate.

Sotto il profilo strettamente giuridico, anche e soprattutto a causa della sua natura (accordo presumibilmente di "concertazione", quindi presupposto per l'emaneazione di un atto normativo) non sembra in grado di risolvere le problematiche applicative, quanto meno per ciò che riguarda il sistema di relazioni sindacali ed in particolare per quanto attiene il rinnovo delle RSU nelle Pubbliche Amministrazioni. Prima di scendere nei contenuti dell'accordo, è però opportuno ricapitolare quali sono stati i principali problemi applicativi cui ha dato adito il d.lgs.150/09.

### Il quadro antecedente: blocco delle pagelline e del nuovo sistema di relazioni sindacali

Come anticipato (e come affermato dallo stesso Ministro Brunetta ai sindacati nell'espone le ragioni della loro convocazione), le principali difficoltà applicative del d.lgs. n. 150/2009 hanno riguardato il nuovo sistema di premiazione e valutazione del merito e il nuovo sistema di relazioni sindacali.

Per quanto riguarda il primo aspetto, è noto come la Riforma Brunetta abbia radicalmente modificato il sistema, introducendo il meccanismo della graduatoria (si veda Bollettino n. 3/2009), per cui diventa obbligatorio l'inserimento dei dipendenti dell'amministrazione in tre fasce di merito: alta, nella quale deve essere inserito il 25% del personale, media, nella quale deve essere inserito il 50%, bassa, nella quale deve essere inserito il rimanente 25%. Sulla base della classificazione, poi, verrebbe erogato il trattamento accessorio, riservato solo a chi si colloca in fascia alta (50%) e media (restante 50%).

Alla graduatoria ed alla classificazione si collega, poi, la corresponsione di altri premi.

L'operatività di tale nuovo sistema doveva essere quasi immediata, nel senso che dopo un periodo di sperimentazione nel corso del 2010, dal 1 gennaio 2011 tutte le Pubbliche Amministrazioni dovevano adeguarsi alle nuove regole.

Leggi successive hanno però praticamente bloccato il funzionamento o, comunque, l'entrata a pieno regime a partire dal gennaio 2011 delle nuove modalità di valutazione.

In primo luogo, l'art. 9, d. l. n. 78/2010 (cosiddetta Manovra Finanziaria 2010; si veda Bollettino n. 6/2010) ha disposto il blocco

degli aumenti stipendiali dei dipendenti pubblici dal 2011 fino al 2013. Tra tali aumenti stipendiali viene ricompreso espressamente anche il trattamento accessorio e, comunque, ogni altra voce componente il trattamento retributivo del dipendente pubblico. In altre parole, lo stipendio negli anni 2011/12/13 non può essere superiore a quello percepito nel 2010.

In perfetta coincidenza con la programmata entrata a regime del nuovo sistema di premiazione, è stato dunque fatto divieto di disporre aumenti di stipendio.

A conferma di ciò il comma 2-bis dell'art. 9, d.-l. n. 78/2010 afferma espressamente che il fondo per il trattamento accessorio non può aumentare rispetto a quello del 2010.

Siamo di fronte così ad un primo ostacolo all'attuazione della Riforma Brunetta, poiché, non potendo aumentare lo stipendio del lavoratore, l'eventuale classificazione di quest'ultimo nella fascia media o alta non produce alcun effetto.

In secondo luogo, è la stessa Riforma Brunetta, ovvero il d.lgs. n. 150/2009, ad aver, con alcune norme interne, posticipato di fatto l'entrata in vigore del sistema nel comparto Regioni ed Enti locali..

L'art. 65, d.lgs. n. 150/2009, rubricato "Adeguamento ed efficacia dei contratti collettivi vigenti", afferma, infatti, che l'adeguamento dei contratti collettivi integrativi vigenti nel suddetto comparto alle nuove norme della Riforma Brunetta, deve avvenire entro il 31 dicembre 2011, per le Regioni, entro il 31 dicembre 2012, per gli Enti locali.

A chiudere il cerchio si sono poi aggiunti alcuni avvenimenti, quali le dimissioni del Presidente della neonata Commissione per valutazione, la trasparenza e l'integrità delle pubbliche amministrazioni e di un altro suo illustre componente.

Anche con riguardo alle nuove regole relative al sistema di relazioni sindacali, la riforma non ha potuto trovare attuazione. Nel comparto Regioni enti locali per il già menzionato adeguamento rinviato a fine 2011 (Regioni) e fine 2012 (enti locali). In generale perché lo stesso art. 65, al comma 5, stabilisce che "*Le disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale di cui al presente decreto legislativo si applicano dalla tornata successiva a quella in corso*".

Tale affermazione ha creato non pochi problemi interpretativi che, alla luce della giurisprudenza di merito univoca sul punto (Tribunale di Torino 2 aprile 2010, Tribunale di Pesaro 19 luglio 2010, Tribunale di Salerno 3 agosto 2010, Tribunale di Trieste 5-6 ottobre 2010), sembra risolti nel senso che per "tornata successiva a quella in corso" s'intendono i nuovi CCNL che saranno stipulati sulla base della definizione dei nuovi comparti di contrattazione (ridotti a 4), come previsto dal comma 3 dello stesso art. 65.

Conseguentemente, fino a quando non verranno definiti i nuovi comparti, rimarranno in vigore i precedenti CCNL e quindi il precedente sistema di relazioni sindacali da questi delineato.

### Il problema delle RSU

Si collega direttamente a quest'ultimo aspetto la problematica relativa alle RSU.

L'art. 65, d.lgs. n. 150/2009, al comma 3 ha disposto la proroga delle RSU già esistenti alla data di entrata in vigore della Riforma,

affermando, inoltre, che le elezioni dei nuovi organismi di rappresentanza si svolgeranno, anche se già indette, con riferimento ai nuovi comparti di contrattazione, entro il 30 novembre 2010.

Non è chiaro però se il termine del 30 novembre (tra l'altro già scaduto) sia un termine ordinatorio, come tale derogabile, ovvero perentorio, come tale non derogabile, con la conseguenza che alla scadenza del suddetto le precedenti RSU s'intenderebbero decadute. E, altresì, se dopo il 30 novembre sia possibile procedere a nuove elezioni, senza che siano stati definiti i nuovi comparti, oppure le elezioni possano avvenire solo e soltanto dopo tale definizione dei nuovi comparti, con ciò giustificando una proroga ad oltranza dei precedenti organismi di rappresentanza sindacale.

Tra l'altro, sul punto era intervenuta la l. n. 194/2009 ("Proroga dei termini previsti da disposizioni legislative"), che, all'art. 1, comma 20-bis, prevede che "ai fini della partecipazione alle trattative per i rinnovi dei contratti collettivi di lavoro relativi agli anni 2010-2012, si fa riferimento alla rappresentatività delle confederazioni e delle organizzazioni sindacali in base ai dati certificati per il biennio contrattuale 2008-2009. Conseguentemente, ai soli fini della verifica delle condizioni previste dall'art. 43, comma 3, del decreto legislativo n. 165/2001, per la sottoscrizione dei contratti la media fra dato associativo e dato elettorale è rideterminata nei nuovi comparti ed aree di contrattazione sulla base dei dati certificati per il biennio contrattuale 2008-2009".

Proprio quest'ultima disposizione è presa a fondamento dal Ministro Brunetta per sostenere la tesi per la quale il termine del 30 novembre non è un termine perentorio, ma meramente ordinatorio, e che le elezioni per le nuove RSU possono avvenire solo dopo la definizione dei nuovi comparti.

Il rinnovo dei contratti collettivi per il periodo 2010-2012 avverrebbe così sulla base dei dati di rappresentatività già certificati per il biennio 2008-2009. E solo dalla tornata contrattuale 2013-2015 opererebbe la rappresentatività calcolata sulla base dei dati desunti dalle elezioni delle nuove rappresentanze sindacali unitarie.

La questione è stata oggetto di un recente Parere del Consiglio di Stato (Parere n. 551 del 3 febbraio 2011), il quale ha affermato che il termine del 30 novembre 2010 è un termine meramente ordinatorio e non perentorio, conseguentemente oltre tale data opera la proroga delle RSU.

Allo stesso tempo, però, il Consiglio di Stato ha, altresì, affermato che l'art. 65, comma 3, d.lgs. n. 150/2009 non comporta una preclusione alla possibilità, dopo il 30 novembre 2010 e prima della definizione dei nuovi comparti previsti dalla stessa Riforma Brunetta, di indire e svolgere le elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie, che, dopo il decorso di detto termine, ben potrebbero essere indette con riferimento alla situazione dei vecchi comparti, atteso il mancato rispetto, da parte degli attori del sistema delle relazioni sindacali del pubblico impiego, della tempistica prevista dalla legge e la conseguente incertezza sui tempi di raggiungimento dell'accordo quadro, che non può andare a danno del diritto dei lavoratori alla rappresentanza sindacale.

Nello stabilire ciò, il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza costituzionale in materia. Nello specifico, viene ricordata la Sentenza n. 492/1995, nella quale la Corte costituzionale ha statuito che qualora una legge preveda il concorso delle associazioni sindacali a qualche attività, essa deve operare cercando di assicurare possibilmente a tutte le associazioni pari trattamento; e, se una selezione si renda necessaria, essa deve ricorrere al criterio della maggiore rappresentatività, da accertarsi non una volta per tutte, ma in modo da consentire una periodica verifica,

tenuto conto del suo grado di effettività. In sostanza, non sembrano legittime norme dirette a cristallizzare in modo non ragionevole od una volta per tutte, la misura della rappresentatività, per sua natura fluida.

Da ciò ne deriva il corollario interpretativo costituzionalmente orientato, per cui è impossibile pensare che l'art. 65, comma 3, d.lgs. n. 150/2009, abbia disposto una efficacia sospensiva indeterminata delle rappresentanze sindacali.

Tale disposizione deve quindi essere letta nel senso che dopo il termine del 30 novembre 2010 sorge di nuovo il diritto al rinnovo degli organismi di rappresentanza sindacale di cui all'art. 42, comma 3, d. lgs. n. 165/2001 e gli eletti secondo le regole previgenti, nei comparti in corso di revisione, rimarranno potenzialmente in carica per tre anni come da disciplina contrattuale. Tuttavia, aggiunge il Consiglio di Stato, se prima del decorso del predetto triennio si arriverà alla definizione dei nuovi comparti previsti dalla Riforma Brunetta, sarà necessario indire con immediatezza le nuove elezioni, e le rappresentanze sindacali in carica secondo le vecchie regole rimarranno fino all'insediamento dei nuovi eletti nei comparti revisionati.

A queste conclusioni, prosegue il Consiglio di Stato, non osterebbe la norma (di carattere eccezionale al pari della stessa che ha fissato il

flash

## Appalti non genuini, ecco la circolare del Ministero

Con la Circolare n. 5 dell'11.2.2011, il Ministero del Lavoro ha riepilogato quelle che sono le principali problematiche che gli operatori incontrano nell'utilizzare l'istituto dell'appalto.

Tra gli aspetti più interessanti trattati, si ricorda la questione relativa alla "genuinità" dell'appalto, ovvero ciò che differenzia l'appalto lecito dalla somministrazione di manodopera illegale. Vengono a tal proposito ripresi gran parte degli orientamenti fino ad oggi affermatasi. Per la sussistenza di un appalto genuino c'è bisogno di alcuni requisiti fondamentali: l'organizzazione dei mezzi in capo all'appaltatore, la quale può consistere anche nel mero esercizio del potere direttivo ed organizzativo nei confronti del personale e con l'utilizzo, quindi, di mezzi di proprietà del committente; il rischio d'impresa in capo all'appaltatore.

In secondo luogo, la Circolare ricorda, altresì, il regime di responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore previsto dall'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, in riferimento ai crediti retributivi, contributivi e fiscali. Tale regime ha un limite temporale di due anni, salvo comunque il limite prescrizione di 5 anni per il recupero dei contributi nei confronti del datore di lavoro inadempiente.

Il Ministero del Lavoro non manca poi di ricordare e di "sponsorizzare" l'istituto della certificazione dei contratti, rilanciato con il Collegato lavoro.

Proprio alla l. n. 183/2010 e alle novità introdotte da quest'ultima rinvia la Circolare, ricordando come la complessità dei rapporti che scaturiscono dalla sottoscrizione di un contratto di appalto suggerisce il ricorso alla certificazione che può essere utilizzata sia in sede di stipula del contratto che nelle fasi di attuazione del programma negoziale, anche ai fini della distinzione tra appalto e somministrazione. Nello specifico, viene poi sottolineato come alla luce del Collegato lavoro gli effetti dell'accertamento della Commissione di certificazione, in caso di contratti in corso di esecuzione, si producono dall'inizio del rapporto qualora l'attuazione dello stesso sia stata coerente con quanto appurato in sede di certificazione anche nel periodo antecedente l'attività istruttoria.

termine del 30 novembre 2010) di cui all'art. 1, comma 20-bis, l. n. 194/2010, poiché anche ad ammettere che essa abbia cristallizzato il calcolo del peso specifico dei sindacati, nelle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi 2010-2012, ai dati di rappresentatività certificati nel biennio 2008-2009, essa non incide sulle altre ragioni sistematiche che rendono incompressibile il diritto ad esprimere la

rappresentanza sindacale, che ha molteplici valenze nel sistema che trascendono quella relativa alla legittimazione negoziale.

In realtà, quest'ultimo problema non si pone stante il blocco dei rinnovi disposto dalla manovra finanziaria d'estate (d.-l. n. 78/2010).

Ad ogni modo, in conclusione, a parere del consiglio di Stato, in attesa della definizione dei nuovi comparti, si può procedere, qualora fosse ritenuto necessario per qualsiasi motivo dalle associazioni sindacali interessate, al rinnovo, tramite elezioni, delle RSU secondo le vecchie regole e secondo i vecchi comparti.

## I contenuti dell'Intesa del 4 febbraio 2011

Nel quadro sin qui descritto si inserisce l'Intesa del 4 febbraio 2011, la quale si caratterizza, ancora una volta, per l'assenza della firma della CGIL.

L'Intesa si articola in 5 punti ed intende offrire una soluzione alle problematiche applicative appena descritte.

Al punto 1, si ha una mera constatazione delle parti e, dunque, un mero slogan politico, poco interessante sotto il profilo giuridico.

Si afferma, infatti, che le parti si danno reciprocamente atto della necessità di *“realizzare un sistema di relazioni sindacali che persegua condizioni di produttività ed efficienza del pubblico impiego tali da consentire il rafforzamento del sistema produttivo, il miglioramento delle condizioni lavorative e alla qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche, nonché la crescita della competenza professionale”*.

Vengono sostanzialmente ribaditi gli obiettivi che si era prefissata la Riforma Brunetta e che si possono leggere nella legge delega n. 15/2009, cui ha dato attuazione il d.lgs. n. 150/2009.

La novità è che i sindacati che hanno firmato l'Intesa concordano con tale programma. Nulla di giuridicamente rilevante, ribadiamo, realizzandosi in ciò una sorta di *“mini concertazione ribaltata”*, in quanto arriva dopo l'emanazione della legge e non prima.

Più interessanti i punti successivi, con i quali si va a toccare l'art. 19, d.lgs. n. 150/2009, ovvero quello relativo al sistema delle *“pagelline”*. In primo luogo (punto 2), si conviene sul fatto che le retribuzioni complessive, comprensive della parte accessoria, conseguite dai lavoratori nel corso del 2010, non devono diminuire per effetto dell'applicazione dello stesso art. 19.

In altre parole, le parti si sono accordate perché dall'applicazione del nuovo sistema premiale delineato dalla Riforma Brunetta non derivino diminuzioni della retribuzione del dipendente pubblico.

Il riferimento è a coloro, costituente obbligatoriamente il 25% del personale dell'amministrazione, che dovrebbero classificarsi nella fascia bassa e che non percepirebbe alcuna quota del trattamento accessorio, con conseguente diminuzione della retribuzione rispetto al 2010.

Bene, le parti si sono impegnate perché ciò non avvenga, quindi coloro che si classificheranno nell'ultima fascia percepiranno comunque il trattamento accessorio (nella misura pari a quello percepito nel 2010), e ciò *“in deroga”* all'art. 19, d.lgs. n. 150/2009.

Al punto 3, poi, si afferma che per l'applicazione dell'art. 19, comma 1, d.lgs. n. 150/2009, potranno essere utilizzate solo le risorse aggiuntive derivanti dall'applicazione del comma 17 dell'art. 61 del d.-l. n. 112/2008. Il riferimento è alle risorse derivanti dalla riduzione di spesa attuata dalle amministrazioni.

In particolare, il comma 17 dell'art. 61, d.-l. n. 112/2008, prevede la costituzione di un fondo presso ciascuna amministrazione nel quale devono confluire tutti i risparmi di spesa conseguiti dalla PA in ottemperanza alle varie disposizioni finanziarie che introducono limiti finanziari.

Sembrerebbe che la parti si siano impegnate per dare quanto meno una *“parziale”* attuazione all'art. 19, per cui, posto che chi si classifica nella terza fascia non subisce alcuna decurtazione, coloro che si classificano nella media e in quella alta possono vedersi erogare il

trattamento accessorio, nel limite delle risorse confluite nel suddetto fondo.

Il problema è che ciò si scontra con quanto abbiamo visto afferma il d.-l. n. 78/2010, il quale ha stabilito il blocco degli aumenti stipendiali fino al 2013, compreso l'aumento derivante dall'erogazione del trattamento accessorio, il cui fondo, tra l'altro, non può essere incrementato.

Non è ben chiaro, quindi, se tale accordo possa trovare applicazione e quindi le amministrazioni possano procedere nel modo ivi definito, stante anche il fatto che il d.-l. n. 78/2010 è successivo rispetto all'art. 61, comma 17, d.-l. n. 112/2008, quindi prevale su quest'ultimo, oltre che porsi come norma generale ed assoluta.

Altro aspetto critico di tale punto è che, come sottolineato dal comunicato stampa della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, datato 10 febbraio 2011, le risorse di cui all'art. 61 non possono essere utilizzate da Regioni e Servizio Sanitario Nazionale. Si determinerebbe, pertanto, una PA a doppia velocità: lo Stato con risorse aggiuntive e nuovi sistemi premianti; le Regioni e il SSN senza risorse incentivanti e al di fuori del processo di Riforma fino al 2013.

Vi è poi il punto 4, con il quale le parti si sono date atto che saranno costituite in sede nazionale apposite commissioni paritetiche con il compito di monitorare e analizzare i risultati prodotti.

Le commissioni in questione avrebbero il compito di monitorare l'andamento di attuazione della Riforma. Se però quest'ultima non riuscirà ad avere attuazione, sembra inutile la costituzione delle stesse.

L'Intesa si conclude, infine, con il punto 5 che attiene all'altra questione critica della Riforma Brunetta: il sistema di relazioni sindacali.

Con tale clausola le parti si sono impegnate affinché il Governo provveda entro 15 giorni dall'Intesa stessa all'emanazione nei confronti dell'ARAN di un atto d'indirizzo finalizzato alla stipulazione con i sindacati di un accordo quadro che regoli il sistema di relazioni sindacali previsto dal d.lgs. n. 165/2001, alla luce dell'accordo di riforma degli assetti contrattuali firmato il 30 aprile 2009 e delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150/2009.

Anche quest'ultimo punto non è chiaro. Un accordo quadro sui nuovi assetti contrattuali vi è già stato, quello appunto del 30 aprile 2009, il quale ha esteso anche al settore pubblico le novità che erano state introdotte nel privato con l'accordo separato del 22 gennaio 2009: durata triennale dei contratti, etc. (si veda Bollettino n. 6-7, febbraio - marzo 2009, Vecchia Edizione). La Riforma Brunetta si era, poi, inserita nel solco di tale accordo.

Ad ogni modo, l'atto d'indirizzo è già stato predisposto ed inviato. Sostanzialmente sembra ribadire quanto scritto nel d.lgs. n. 150/2009, ovvero l'individuazione di quali sono le materie di competenza della contrattazione e quali quelle di competenza della legge.

Come richiede la stessa Riforma Brunetta, occorrerà ora procedere all'accordo quadro che ridefinisca i comparti.

## Quali effetti avrà l'Intesa?

In generale, l'Intesa in analisi presenta un problema di metodo. Quello che è stato stipulato il 4 febbraio è un accordo tra Governo e Parti sociali, tipico delle attività di concertazione. Esso viene normalmente stipulato prima dell'emanazione di una legge e viene poi recepito in quest'ultima.

Non si può parlare di *“contratto collettivo”*, poiché non stipulato con l'ARAN, ovvero l'agenzia che, a norma del d.lgs. n. 165/2001, rappresenta la PA nei processi di contrattazione collettiva. Non sembra, infine, che nelle intenzioni del Governo vi sia mettere le mani di nuovo sulla Riforma Brunetta attraverso una nuova legge che recepisca l'Intesa stessa. Essa, dunque, rischia di non servire a nulla se non in termini politici e/o politici-sindacali. Come visto, poi,

(Segue da pag. 9)

l'unico punto dell'Intesa che può concretamente operare è quello dell'impegno a non applicare l'art. 19, d.lgs. n. 150/2009, nel senso di impedire una diminuzione dello stipendio nei confronti di coloro che si classificano nella fascia bassa della graduatoria. Se, da una lato, sarebbe un impegno certamente da sollecitare, dall'altro lato, però, non avendo l'atto in analisi forza di legge, non è ben chiaro come quest'ultimo possa vincolare le singole PA a non applicare l'art. 19. Teoricamente, infatti, quest'ultime potrebbero applicarlo, ovviamente senza aumenti stipendiali per effetto del d.-l. n. 78/2010. Probabilmente, l'impossibilità di disporre aumenti stipendiali, porterà le PA comunque, a prescindere dall'Intesa, a non attuare la Riforma Brunetta, senza cioè operare diminuzioni di stipendio nei confronti dei meno meritevoli. E ciò per evitare attuazioni irragionevoli della stessa. Quindi, a prescindere dall'Intesa, non si avrebbero avute comunque diminuzioni di stipendio per effetto dell'art. 19, d.lgs. n. 150/2009.

In conclusione, al di là del tono utilizzato, l'Intesa siglata lo scorso 4 febbraio, analizzata nei suoi contenuti, sembra più che altro una constatazione del fallimento della Riforma Brunetta, più che un rilancio della stessa. E non sembra, dunque, risolvere i problemi applicativi più sopra evidenziati. Per il discorso sulle "pagelline", perché esse oltre che essere stilate (cosa che può essere fatta comunque) producano i suoi effetti (e quindi abbassino o aumentino le retribuzioni a seconda del merito, quindi della classificazione nelle fasce), occorrerà per forza di cose aspettare il 2013 e la fine del blocco degli aumenti stipendiali, a meno che davvero le risorse aggiuntive derivanti dai risparmi di spesa ex art. 61, d.-l. n. 112/2008, ci siano (cosa non scontata) e, soprattutto possano essere utilizzate per disporre aumenti di stipendio (cosa, ribadiamo, altrettanto non scontata stante il taglio lineare disposto dalla Manovra estiva). Per il discorso relativo alle nuove relazioni sindacali, è evidente come tutto passi per la stipula del nuovo accordo quadro che ridefinirà e ridurrà i comparti di contrattazione. Senza quest'ultimo, infatti, non potranno operare le nuove disposizioni, né tanto meno si potrà impedire di eleggere le RSU secondo le vecchie regole (come ha chiarito il Consiglio di Stato) ■

## TEMPI DURI PER IL GIOVANNI ORLANDINI **CONFLITTO SINDACALE**

### Segnali preoccupanti dalla Cassazione

Con la sentenza n.547 del 12 gennaio 2011 la Corte di Cassazione ha escluso che il rifiuto di eseguire una parte delle prestazioni di lavoro possa costituire esercizio del diritto di sciopero. Per questo motivo ha ritenuta legittima e non integrante condotta anti-sindacale l'irrogazione da parte di Poste italiane di sanzioni disciplinari nei confronti di due portalettere che si erano rifiutati di sostituire i colleghi assenti, secondo quanto previsto dall'accordo aziendale del 29 luglio 2004. In particolare l'accordo in questione prevede che tutti i lavoratori rientranti nella medesima "area territoriale" abbiano l'obbligo di sostituire i colleghi in caso di loro assenza dal servizio, entro determinati limiti orari giornalieri e mensili. Proprio contro questo accordo era stata proclamata l'astensione collettiva: da ciò il rifiuto di eseguire le prestazioni aggiuntive ivi previste.

**Per la Suprema Corte il rifiuto di eseguire una parte delle prestazioni non è diritto di sciopero. Legittime le sanzioni disciplinari**

La sentenza tocca il cruciale problema della definizione del diritto di sciopero, ovvero di quali azioni sindacali possano ricondursi ad esso in assenza di indicazioni ricavabili dall'articolo 40 della Costituzione che lo riconosce. Se l'azione posta in essere dai lavoratori viene qualificata come sciopero, essa ricade nell'ambito di tutela della norma costituzionale e non può comportare per il lavoratore conseguenze negative ulteriori alla mera perdita della retribuzione. Altrimenti deve considerarsi inadempimento degli obblighi contrattuali, con conseguente esposizione al potere disciplinare del datore.

Secondo la Cassazione la nozione di sciopero comprende quei comportamenti consistenti nell'astensione collettiva dal lavoro che si estende per una determinata unità di tempo. Nell'unità di tempo considerata, che può anche essere inferiore alla giornata, il comportamento omissivo deve riguardare "tutte le attività richieste al lavoratore" identificandosi lo sciopero con l'astensione "totale" dal lavoro. Ciò consente di far rientrare nell'esercizio del diritto di sciopero ad esempio l'azione di lotta consistente nel rifiuto dello straordinario, ma lascia fuori il c.d. sciopero delle mansioni, con il quale appunto il lavoratore rifiuta di svolgere solo una parte dell'attività lavorativa oggetto del contratto di lavoro.

La decisione dei giudici di legittimità non convince in primo luogo proprio per l'asserita riconduzione del rifiuto di sostituire i colleghi assenti all'ipotesi di sciopero delle mansioni. In realtà, in base alla definizione di sciopero fornita dalla stessa Corte, detto comportamento potrebbe considerarsi come astensione dal lavoro per una determinata unità temporale, ovvero quella corrispondente al tempo richiesto per garantire la sostituzione.

Ma al di là della discutibile delimitazione della fattispecie (di per sé sfuggente, perché priva di qualsiasi base legale), ciò che più preoccupa della sentenza in esame è la decisa presa di posizione in merito all'illegittimità dello sciopero delle mansioni. Quanto afferma a riguardo la Corte non rappresenta una novità, ma si iscrive in un filone giurisprudenziale che i giudici di legittimità non mancano di richiamare a sostegno della loro decisione (sentenze n.2214/86 e n.17995/03). Gli stessi giudici omettono però di ricordare che in tema di sciopero delle mansioni esistono sentenze della stessa Cassazione di diverso orientamento (n.2840/84 e n. 11147/99). In esse si riconosce come priva di fondamento la pretesa di qualificare come sciopero la sola "astensione totale" dal lavoro, non essendo ciò deducibile né dalla Costituzione né dalla legge (che, in materia di sciopero, non esiste). Anche alla luce della regola di buon senso per la quale "nel più sta il meno", non sarebbe poi ragionevole considerare un'astensione parziale più grave di una totale, recando quest'ultima di norma maggior danno all'azienda.

## Secondo un diverso orientamento, invece, lo sciopero di alcune mansioni sarebbe legittimo

L'orientamento ignorato nella sentenza in commento è senz'altro più coerente con i generali principi in materia di sciopero elaborati dalla stessa Corte di Cassazione a partire dalla celebre sentenza n.711 del 1980, con la quale si è chiarito (o almeno così sembrava...) che non è permesso all'interprete sostituirsi alla legge né tanto meno alla Costituzione per fornire una definizione di sciopero che prescindendo da ciò che, per esso, s'intende "nell'ambiente sociale", ovvero dal significato ricavabile dalla prassi sindacale. Ora, se può avere una qualche ragionevolezza l'esclusione dalla nozione di sciopero di quelle azioni consistenti in comportamenti "attivi" e non "omissivi" (dai cortei interni, al picchettaggio, all'occupazione d'azienda, ai blocchi stradali e delle merci), non si vede perché l'astensione dal lavoro, per definirsi sciopero, debba considerarsi necessariamente "totale"; è anzi proprio la prassi sindacale a segnalare che lo sciopero delle mansioni rappresenta una tipica modalità di azione collettiva, in particolare quando con il comportamento omissivo s'intende contestare (come nel caso oggetto della sentenza) un accordo sindacale non firmato dai soggetti proclamanti.

La sentenza in commento è dunque un segnale preoccupante sotto un duplice profilo. In primo luogo con essa si consolida un orientamento restrittivo in materia di sciopero e si smentiscono le aperture che pur erano emerse nella stessa giurisprudenza di Cassazione di qualche lustro fa. Il che conferma un clima generale di crescente intolleranza verso il conflitto sociale. Con essa poi si chiude la strada ad azioni di lotta finalizzate a contrastare l'applicazione di accordi aziendali "separati", che non hanno cioè trovato il consenso di parte delle organizzazioni sindacali presenti in azienda. Letta in quest'ottica, la sentenza fornisce uno strumento in più alle imprese per contrastare il conflitto sindacale nel contesto delle relazioni industriali dell'era Marchionne ■

# FINANZIARIA ALESSANDRO GIOVANNELLI 2011

## Straordinari, ammortizzatori sociali e pensioni. Ecco le novità per il lavoro

Proroghe e conferme degli interventi economici già stabiliti per il 2009 e il 2010. In questo, di fatto, si sostanzia l'impatto sull'universo lavoro della Finanziaria per il 2011. Nessuna novità strutturale agli istituti lavoristici, né interventi sulle regole del mercato. Allora, con un po' di pazienza, cerchiamo di districarsi tra la congerie di provvedimenti contenuti nella legge n. 220/2010, tentando di individuare quelli in materia di lavoro.

### Tassazione al 10% degli straordinari e dei premi produzione

Anche per il 2011 è confermata la tassazione al 10% degli elementi accessori della retribuzione corrisposti per incrementi di produttività. La proroga al regime agevolato di imposta – già previsto fin dal 2008 – si unisce, per quest'anno, a due modifiche di non scarso rilievo introdotte dal comma 47 dell'art. 1 della legge di stabilità. Innanzitutto, i limiti quantitativi: il regime agevolato si applicherà ai lavoratori dipendenti che, nel 2010, abbiano percepito un reddito lordo non superiore ai 40.000 euro (invece dei 35.000 previsti in precedenza), e lo sgravio non dovrà superare il limite massimo complessivo (questo confermato) di 6.000 euro. La norma introduce poi un altro limite: saranno soggetti al regime di tassazione agevolata soltanto i redditi di produttività erogati in attuazione di contratti collettivi decentrati (territoriali o aziendali), escludendo, dunque, i premi derivanti da accordi nazionali o dal contratto individuale di lavoro.

In ragione della proroga, dunque, e entro i limiti ora indicati, saranno soggetti alla tassazione agevolata tutti i redditi riconducibili ad incrementi di produttività, innovazione, efficienza e competitività. Oltre che i premi in senso stretto, saranno tassati al 10%: gli

straordinari, il lavoro supplementare nel part-time, il lavoro notturno, il lavoro festivo e le indennità di turno.

Resta salva per il lavoratore la possibilità di rinunciare al regime di tassazione ordinaria e di sottoporre, quindi, anche i redditi in questione al regime di imposta ordinaria.

### Ammortizzatori sociali e incentivi per l'occupazione

Proroghe anche per le misure a sostegno del reddito da lavoro e delle imprese in crisi già messe in campo a partire dal 2008, con un finanziamento straordinario di un miliardo di euro al Fondo sociale per l'occupazione e la formazione (art. 1, comma 29). Sono confermati per il 2011, dunque, gli strumenti integrativi previsti dal d. l. 185/2008 (poi l. 2/2009): cassa integrazione in deroga, mobilità in deroga, contratti di solidarietà durante le procedure di mobilità, integrazioni salariali per lavoratori temporanei.

Anche per il 2011, dunque, sempre nell'attesa della riforma degli ammortizzatori sociali, il Ministero del lavoro e delle politiche sociali potrà continuare ad erogare, in deroga alla normativa vigente, trattamenti di Cig, di mobilità e di disoccupazione speciale (art. 1, comma 30).

La legge (art. 1, comma 31), per garantire criteri omogenei di accesso a tutte le forme di integrazione del reddito, prevede che, per beneficiare della Cig in deroga, il lavoratore debba aver lavorato presso l'impresa in crisi per almeno 90 giorni alla data della richiesta del trattamento di integrazione salariale.; per la mobilità – cui hanno diritto i lavoratori disoccupati in conseguenza di un licenziamento per riduzione del personale – il beneficiario dovrà dimostrare un'anzianità aziendale di almeno 12 mesi, di cui almeno 6 di lavoro

effettivamente prestato (compresi periodi di sospensione del lavoro derivanti da ferie, festività e infortuni) con un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Confermato anche l'incentivo ai datori di lavoro che assumono lavoratori destinatari di ammortizzatori sociali in deroga, licenziati o sospesi per cessazione dell'attività, totale o parziale, o dipendenti da aziende sottoposte a procedure di fallimento.

Nello specifico, gli ammortizzatori sociali previsti anche per il 2011 sono: l'estensione anche ai lavoratori licenziati che non siano destinatari del trattamento di mobilità, di un'indennità pari alla stessa mobilità (di fatto, un ampliamento dell'ambito soggettivo della stessa mobilità); conferma ed estensione della Cigs (con trattamento di mobilità) a favore delle imprese commerciali con più di 50 dipendenti; conferma e proroga dei contratti di solidarietà, compresa la possibilità di beneficiare dei relativi sussidi. Infine, sono stanziati 100 milioni di euro per il 2011 per gli interventi in materia di formazione professionale (art. 1, comma 35).

## Pensioni

In materia pensionistica, la legge finanziaria cerca di tutelare i lavoratori beneficiari dei trattamenti di integrazione al reddito, anche alla luce delle novità sulle finestre di accesso introdotte dalla l. 122/2010, prolungando il trattamento di mobilità anche dopo la maturazione dei requisiti per l'accesso alla pensione.

Quest'ultima norma, infatti, aveva completamente innovato la disciplina di accesso al trattamento pensionistico (anzianità e vecchiaia) per i lavoratori che avrebbero maturato i requisiti previsti dalla legge a partire dal 1 gennaio 2011. Le nuove finestre non sono più stabilite a data fissa, ossia a scaglioni in relazione al trimestre di maturazione del diritto alla pensione, ma si aprono in relazione alla maturazione dei requisiti della singola pensione, con un differimento predeterminato di dodici mesi (per i dipendenti) o diciotto mesi (per gli autonomi). Ossia, con un esempio: fino alla fine del 2010, chi avesse maturato i requisiti per la pensione il 1 gennaio 2011, avrebbe avuto accesso al trattamento a partire dalla finestra del trimestre, predeterminata dalla legge, poniamo nel marzo dello stesso anno. Della finestra di marzo, assieme a chi aveva maturato i requisiti in gennaio, avrebbero potuto usufruire anche i lavoratori che avrebbero maturato i requisiti in febbraio e in marzo. Con il nuovo sistema, l'accesso al trattamento pensionistico è differito per tutti di dodici mesi (o diciotto per i lavoratori autonomi) dal momento della maturazione dei requisiti. In poche parole: l'Inps realizza un'economia perché ritarda i pagamenti, tutti aspettano qualche mese in più, ma tutti aspettano lo stesso lasso di tempo.

Al fine di armonizzare la riforma pensionistica con le misure anticrisi, la Finanziaria prevede che il Ministero possa concedere ai lavoratori posti in mobilità (in base ad accordi collettivi anteriori al 30 aprile 2010) un prolungamento del trattamento di integrazione del reddito fino al momento di percezione effettiva della pensione. Anche questa tutela economica, però, dovrà essere finanziata dal Fondo sociale per l'occupazione e la formazione ■

flash

## Unità d'Italia e giorno festivo

Com'è noto, il 17 marzo 2011 è stato decretato (vedi art. 7-bis, d.l. n. 64/2010) *Festa nazionale* per celebrare la ricorrenza del 150° anniversario dell'Unità d'Italia. La disciplina del trattamento spettante ai lavoratori nel corso di tale giornata è stata prevista dal Governo con il d.l. n. 5/2011, nel quale se, da un lato, si afferma che il 17 marzo è da considerarsi giorno festivo a tutti gli effetti di legge, dall'altro lato, si dice che *“al fine di evitare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e delle imprese private ... per il solo 2011 gli effetti economici e gli istituti giuridici e contrattuali previsti per la festività soppressa del 4 novembre non si applicano a tale ricorrenza, ma, in sostituzione, alla festa nazionale per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia proclamata per il 17 marzo 2011”*.

I giorni festivi stabiliti dal legislatore nell'immediato dopoguerra, sono stati ridotti nel 1977. Non è più considerato giorno festivo ad esempio il 4 novembre. Per compensare tali soppressioni, gran parte dei CCNL hanno introdotto il meccanismo dei riposi e/o dei permessi per le ex festività sopresse. In altre parole, siccome la legge ha tolto al lavoratore giorni di festa in cui era legittimato a non lavorare percependo comunque la retribuzione, le parti sociali hanno deciso di sopperire a tali mancanze, introducendo permessi o giornate di ferie in più rispetto a quelle ordinarie. Il Governo ha così deciso che per quest'anno il 4 novembre non potrà essere considerata ex festività soppressa e il suo posto sarà preso dal 17 marzo. In questo modo, le imprese e le PA potranno contare sempre sui soliti giorni di assenza giustificata e comunque retribuita dei propri dipendenti. Ciò che appare di dubbia legittimità è il fatto che una legge dello Stato possa modificare, seppur in via eccezionale e temporanea, la disciplina dei CCNL, andando a modificare un istituto (quello delle ex festività sopresse) che non è di fonte legale, ma solo e soltanto di fonte contrattuale.

Diritti&Lavoro  
a cura di flash

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  
Andrea Ranfagni  
Alessandro Giovannelli

dirittilavoro@gmail.com