

FUGA DALL'AZIENDA

Distacco e appalti: riflettori puntati
su due istituti chiave per l'organizzazione
della nuova impresa.
Quali rischi per i lavoratori?
E intanto, sulla somministrazione...

Dopo il conflitto: sindacati e Governo su
conciliazione tempi di vita/ tempi di lavoro
p. 2

Collegato lavoro: il caso somministrazione
p. 3

Tutto sugli appalti
p. 4

Il distacco tra rischi e tutele
p. 7

Diritto penale e mobbing
p. 9

Decreto mille proroghe
p. 5

Poste: nuovo rinvio alla CGCE
p. 9

Pubblico impiego: il Tribunale di
Firenze sul termine
p. 10

DOPO IL CONFLITTO

ANDREA RANFAGNI

Sindacati (CGIL compresa) e Governo: alla contrattazione decentrata gli strumenti per la conciliazione vita lavoro

Il 7 marzo 2011 Governo e sindacati (stavolta con l'adesione della CIGIL) hanno firmato un'Intesa in materia di conciliazione vita/lavoro, con l'impegno ad attivare, a livello di contrattazione collettiva aziendale e territoriale (non nazionale), una serie di strumenti che il nostro ordinamento legislativo già mette a disposizione.

Le parti prendono atto, nella premessa dell'accordo, di come l'attivazione degli strumenti di conciliazione vita/lavoro, costituisca uno snodo fondamentale per sviluppare maggiormente la contrattazione collettiva, la quale deve necessariamente *"farsi carico delle esigenze della famiglia ricercando e implementando soluzioni innovative, tanto di carattere organizzativo che di tipo normativo"*.

L'Intesa sembra così perseguire un duplice scopo: da un lato, tentare di migliorare gli strumenti di conciliazione vita/lavoro; dall'altro lato, utilizzare lo stesso argomento per la creazione di un sistema di relazioni sindacali maggiormente collaborativo e meno conflittuale di quanto lo sia oggi.

L'incentivo allo sviluppo di tali pratiche di conciliazione viene, poi, individuato in quella che è stata, sotto il profilo del costo del lavoro, una delle più importanti novità delle ultime manovre finanziarie: la detassazione del salario di produttività.

In altre parole, Governo e sindacati rilevano come le somme che verranno erogate dai datori di lavoro per le prestazioni di lavoro rese nell'ambito ed in attuazione di accordi territoriali e aziendali che attivano vari strumenti di conciliazione vita lavoro, costituiranno salario di produttività quindi, come tali, usufruiranno dell'aliquota sostitutiva e ridotta pari al solo 10% (già prevista dal Governo Prodi nell'ambito della cosiddetta detassazione degli straordinari).

Recentemente, il Governo Berlusconi con la l. n. 122/2010, di conversione del d.-l. n. 78/2010 (cosiddetta Manovra Finanziaria d'estate; vedi Bollettini nn. 6 e 7/8 del 2010), ha reintrodotto tale regime fiscale agevolato limitatamente al cosiddetto salario di produttività ovvero a tutte quelle somme, appunto, erogate in riferimento all'aumento della produttività aziendale, nel limite di 6.000 euro.

Gli strumenti di flessibilità nell'Intesa

Nell'Intesa le parti provvedono poi ad individuare concretamente quali sono gli strumenti che la legge attualmente già prevede e sui quali, dunque, dovranno concentrarsi i futuri accordi aziendali e territoriali al fine di attivarli.

Si cita, innanzitutto, l' *"introduzione di regimi di orario modulati su base semestrale o annuale a fronte di impegni contrattuali per la conciliazione"*. Il riferimento è al d.lgs. n. 66/2003 sull'orario di lavoro, il quale prevede all'art. 4, comma 4, la possibilità per i contratti collettivi di elevare a 6 mesi o a 12 mesi la base sulla quale calcolare la durata media dell'orario di lavoro, che, ai sensi del comma 2, non può in ogni caso superare le 48 ore settimanali, comprese le ore di straordinario. Ciò significa che in una settimana il lavoratore può anche lavorare più di 48 ore, basta che poi al termine dei 6 mesi o di un anno in media non abbia lavorato più di 48 ore settimanali.

Alla luce dell'espressione utilizzata nell'accordo, sembra che si realizzi un vero e proprio scambio: i sindacati s'impegnano a concedere negli accordi decentrati il sistema di calcolo dell'orario di lavoro su base multiperiodale, attuando l'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 66/2003; le aziende s'impegnano a concedere flessibilità a favore dei lavoratori in riferimento ad altri aspetti.

Tra quest'ultimi, si citano così le possibilità per il lavoratore padre e la lavoratrice madre di beneficiare, entro i primi tre anni di vita del bambino, di particolari forme di flessibilità di orario in entrata e in uscita fermo restando il monte orario complessivo previsto dalla contrattazione collettiva di riferimento; la costituzione di asili nido aziendali ovvero l'attivazione dei servizi collettivi di trasporto da e per gli asili pubblici; la possibilità di trasformare temporaneamente il rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale per il periodo corrispondente ai primi 5 anni di vita del bambino ovvero per oggettive e rilevanti esigenze di cura di genitori e/o altri familiari; la possibilità di impiegare il lavoratore nel telelavoro (ovvero l'attività lavorativa svolta fuori dalla sede di lavoro con l'impiego di tecnologie dell'informazione e della comunicazione) in alternativa ai congedi facoltativi o al congedo parentale.

Nell'Intesa non mancano poi riferimenti a cavalli di battaglia dell'attuale Governo. E' il caso della possibilità di erogazione da parte del datore di lavoro ai propri dipendenti di buoni lavoro per lo svolgimento da parte di terzi di prestazioni di lavoro occasionale di tipo accessorio per attività domestiche e di cura. In altre parole, i futuri accordi aziendali e territoriali potranno prevedere che l'azienda eroghi ai propri dipendenti dei buoni che gli stessi verseranno poi al proprio badante o alla propria babysitter per compensare le attività svolte da quest'ultime.

Si tratta evidentemente di una misura che poco ha a che vedere con la conciliazione vita/lavoro, adottata per rilanciare ulteriormente un istituto che ha avuto scarsa diffusione e su cui dalla Legge Biagi in poi l'attuale Governo sta insistendo (si vedano, ad esempio, le novità che furono introdotte con la Finanziaria 2010; Bollettino n. 4/2010).

L'Intesa prevede, infine, l'istituzione di fondi bilaterali (ovvero assegnazione di nuove competenze agli enti bilaterali) per il sostegno alle politiche di conciliazione.

Sembra, quindi, che nelle intenzioni delle parti firmatarie vi sia l'attribuzione di un ruolo fondamentale agli enti bilaterali, quindi agli enti finanziati sia dai sindacati sia dalle aziende, in un'ottica di sempre maggiore collaborazione tra imprese e lavoratori.

Verso una sempre maggiore importanza del contratto aziendale?

Al di là del contenuto delle singole misure, in relazione alle quali, ribadiamo, le parti non fanno altro che impegnarsi ad attuare strumenti che già esistono a livello legislativo, emerge la volontà di rafforzare il contratto collettivo decentrato, soprattutto aziendale.

Non è, infatti, un caso che l'Intesa preveda quale strumento per attivare politiche di conciliazione vita/lavoro l'accordo aziendale/territoriale, senza mai citare quello nazionale, la cui importanza sta oggettivamente scemando, anche alla luce della vicenda Mirafiori (si veda Bollettino n. 1/2011) e del generale riassetto contrattuale operato con l'accordo del 22 gennaio 2009 (si veda Bollettino n. 8 aprile 2009, Vecchia Serie).

Non è del resto un caso che l'Intesa firmata sia intitolata "Nuove relazioni industriali e di lavoro a sostegno delle politiche di conciliazione". L'argomento trattato, poi, è espressione di una politica del lavoro dell'attuale Governo, la quale ha come obiettivo rendere la disciplina del rapporto di lavoro meno rigida, sganciandola dagli istituti classici, offrendo contemporaneamente al lavoratore, a compensazione, vantaggi sotto il profilo della sicurezza sociale.

E' per perseguire tale obiettivo che si attribuisce sempre minor importanza alla legge nella disciplina del rapporto, con valorizzazione dell'autonomia privata, sia collettiva di livello aziendale che individuale ■

FRANCESCA BASSETTI

il caso ANCORA SUL COLLEGATO LAVORO: SOMMINISTRAZIONE

Le prime sentenze di merito: il limite al risarcimento si applica anche ai casi di somministrazione irregolare

Alcune novità circa l'indennità prevista dall'art. 32 comma 5 del Collegato Lavoro per i "casi di conversione del contratto a tempo determinato", pari un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

In primo luogo, sembra prevalere in giurisprudenza l'interpretazione secondo cui tale indennità si sostituirebbe integralmente al pagamento delle retribuzioni dalla data della messa in mora all'effettiva reintegra nel posto di lavoro. In tal senso si sono infatti orientate le corti di merito nella maggior parte delle sentenze finora rese (nonostante le iniziali aperture in favore della tesi "aggiuntiva", Bollettino n. 11/2010, p. 9) e la stessa Cassazione, nell'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale (Bollettino n. 1/2011, p. 2) – seppur i dubbi di costituzionalità originino proprio dalla "omnicomprensività" dell'indennità medesima.

In attesa della pronuncia della Corte, si segnala inoltre l'applicazione della norma in commento anche ai casi in cui il giudice, accertata l'irregolarità della somministrazione, dichiara la sussistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra utilizzatore e lavoratore "somministrato".

L'art. 27 d.lgs. 276/2003 prevede che, qualora la somministrazione avvenga in violazione di specifiche norme ivi indicate, il lavoratore possa chiedere "la costituzione di un rapporto di lavoro" alle dipendenze dell'utilizzatore, con effetto dall'inizio della somministrazione.

Sin dall'entrata in vigore della norma, la dottrina si era interrogata circa la natura della sentenza, fosse essa dichiarativa (il giudice riconosce l'esistenza del rapporto di lavoro già in atto tra le parti), come nel caso del lavoro a termine, o costitutiva (la sentenza del giudice "crea" il rapporto con l'utilizzatore), come suggerirebbe la lettera della norma. La prima tesi è nettamente prevalsa sulla seconda, anche in giurisprudenza.

Accertata l'irregolarità della somministrazione il giudice dichiara pertanto in essere il rapporto di lavoro con l'utilizzatore, il quale si sostituisce all'agenzia nella titolarità del medesimo contratto di lavoro. A sostegno di questa ricostruzione il fatto che nessuna norma giuridica preveda la nullità del contratto di lavoro tra lavoratore ed agenzia, il quale pertanto dovrebbe imputarsi integralmente all'utilizzatore, con la sola eccezione della clausola di apposizione del termine, nulla ai sensi dell'art. 27 citato. Prima dell'entrata in vigore del collegato lavoro, l'utilizzatore, proprio come avveniva nei

casi illegittima di assunzione diretta a termine, era condannato, oltre alla riammissione in servizio del lavoratore, al pagamento in favore del medesimo di tutte le retribuzioni spettanti dalla data di messa in mora.

Il Tribunale di Padova con sentenza 4 febbraio 2011, come già il Tribunale di Roma e quello di Milano con pronunce rese tra ottobre e novembre 2010, ha statuito che "poiché l'azione di nullità del contratto di somministrazione e di costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato a carico dell'utilizzatore presuppone pur sempre la conversione di un contratto a tempo determinato (quello stipulato tra il ricorrente e l'agenzia) nella fattispecie in esame ci si deve quindi attenere all'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, ai fini della liquidazione del danno".

Anche nei casi di somministrazione irregolare, pertanto, il lavoratore a cui sarà riconosciuto il rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore avrà diritto al solo pagamento dell'indennità di cui all'art. 32 citato.

Si potrebbe forse dubitare del fatto che la ricostruzione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore costituisca un "caso di conversione del rapporto", poiché prima della nullità della clausola del termine rileva certo il cambiamento di titolarità del rapporto di lavoro dall'agenzia all'utilizzatore. Lo stesso legislatore, nel comma 4 dello stesso art. 32, descrive le conseguenze della somministrazione irregolare senza riferirsi alla conversione del rapporto ma parlando piuttosto di "costituzione o accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto". Tuttavia, poiché, come detto, si ritiene che il contratto di lavoro originariamente stipulato con l'agenzia non venga meno ma sia "spostato" in capo all'utilizzatore venendo meno la sola clausola di apposizione del termine, l'orientamento in commento sembra destinato a consolidarsi. Le sentenze da ultimo citate, infatti, non si dilungano in argomentazioni giuridiche, del che sembrano considerare la questione incontestata. Il Tribunale di Padova, contrariamente all'indirizzo dominante, emette sentenza costitutiva del rapporto di lavoro e, nonostante si dovrebbe trattare quindi di un rapporto creato *ex novo* dal giudice, ravvisa un caso di conversione di contratto a tempo determinato.

Anche per i lavoratori tramite agenzia, pertanto, rileverà la decisione della Corte Costituzionale in merito alla natura e alla legittimità dell'indennità "omnicomprensiva" ■

TUTTO SUGLI APPALTI

ANDREA RANFAGNI

Una circolare del Ministero prova a fare luce in una materia intricata: con una precisa chiave di lettura

Con la Circolare n. 5 del 10 febbraio 2011, il Ministero del Lavoro si è occupato di appalti e rapporto di lavoro, riassumendo il quadro giuridico di riferimento in materia.

La Circolare costituisce un'ottima occasione per ricapitolare ed analizzare la disciplina in materia, anche se non mancano spunti di criticità nei confronti di quanto affermato dal Ministero, che esprime un preciso indirizzo legislativo e politico, già emerso nella Riforma Biagi (nonché nelle altre riforme attuate da questo Governo) e che certamente non può essere letto come favorevole al lavoratore.

Ad ogni modo non mancano neanche affermazioni del Ministero da leggere positivamente, in quanto vanno ad esprimere concetti non scontati nella ricostruzione fino ad oggi affermatasi in materia e certamente positivi per il lavoratore.

Prima di analizzare nello specifico i contenuti della Circolare, pare opportuno ricordare brevemente l'impianto normativo di riferimento.

La disciplina dell'appalto: dal divieto di interposizione alla Riforma Biagi

Il contratto di appalto costituisce il principale strumento giuridico per realizzare un decentramento o una esternalizzazione del processo produttivo, fenomeni, com'è noto, assai diffusi nell'odierna realtà economica.

Siamo di fronte ad un contratto di natura commerciale e non di lavoro, il quale tuttavia ha poi dei risvolti direttamente sul piano lavoristico. Esso trova così prima di tutto una disciplina nel Codice civile tra i contratti in generale, salvo poi trovare una disciplina speciale nell'ambito dei rapporti di lavoro.

In particolare, una delle principali preoccupazioni del legislatore è sempre stata quella di offrire tutele nei confronti dei lavoratori coinvolti in tali processi contro possibili forme di sfruttamento, prime fra tutte quelle riconducibili al fenomeno sociale del caporalato ovvero della interposizione nel rapporto di lavoro.

Con tali termini si fa riferimento ai casi in cui il datore di lavoro anziché assumere direttamente il personale necessario per la propria attività si serve di un soggetto interposto, il quale assume la manodopera, redistribuendola direttamente e lucrando sulla differenza fra il compenso corrispostogli dall'imprenditore per la complessiva opera pattuita e quello da lui corrisposto ai lavoratori.

Inizialmente, la nostra legislazione vietava qualsiasi forma di interposizione nel rapporto di lavoro e ciò per effetto di quanto affermato nella l. n. 1369/1960.

Tale disciplina perseguiva un duplice obiettivo: repressivo nei confronti delle forme illecite di interposizione nei rapporti di lavoro, con la previsione della sanzione civile della costituzione, a favore degli assunti dall'interposto, di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze dell'utilizzatore; regolatore nei confronti di forme contrattuali lecite (appalti), di cui si individuavano gli elementi di

legittimità ovvero i presupposti in presenza dei quali si poteva parlare di un appalto lecito.

Successivamente, con il c.d. Pacchetto Treu (l. n. 196/1997) venne introdotta la possibilità per le imprese di ricorrere a prestazioni di lavoro interinale. Il lavoro interinale si poneva così come ipotesi eccezionale e derogatoria rispetto alla regola generale rappresentata dal divieto di interposizione.

L'ultima tappa è stata, poi, rappresentata dalla Riforma Biagi (d.lgs. n. 276/2003), la quale ha disposto espressamente l'abrogazione della l. n. 1369/1960 e del Pacchetto Treu, senza però far venir meno, secondo l'orientamento prevalente, il divieto di interposizione. E ciò grazie: 1) ad una maggiore e più precisa delimitazione dei confini della interposizione illecita, attraverso un altrettanto più dettagliata disciplina delle ipotesi lecite di appalto e somministrazione di manodopera (il nuovo lavoro interinale), cui si aggiunge l'ipotesi del distacco (altro caso in cui colui che usufruisce della prestazione lavorativa non è il datore di lavoro formale di colui che la offre); 2) la conferma del regime sanzionatorio della costituzione di un rapporto alle dirette dipendenze dell'appaltante nel caso di appalto illecito.

In particolare, l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 la disposizione di riferimento, in cui sono oggi dettati i criteri distintivi dell'appalto lecito o genuino, che consentono di distinguerlo dalla somministrazione di manodopera autorizzata e, da ultimo, appunto, dall'interposizione illecita.

Del resto, il rapporto interposizione illecita - somministrazione di manodopera - appalto genuino è strettissimo: l'interposizione di manodopera è, in generale, vietata; in via eccezionale può essere posta in essere attraverso il ricorso alla somministrazione di manodopera nei limiti indicati dalla legge; l'appalto, perché non sia interposizione, deve anch'esso avere dei requisiti di legittimità, se questi non sussistono, sarà illecito configurando una ipotesi di interposizione, vietata, altresì perché non autorizzata secondo lo schema della somministrazione (Agenzia, controllo della PA, autorizzazione).

I requisiti di legittimità

Il primo aspetto trattato dalla Circolare del Ministero del Lavoro è proprio quello centrale dell'individuazione dei presupposti in presenza dei quali possibile parlare di un appalto genuino e non mascherante una mera interposizione di manodopera non autorizzata e, pertanto, illecita.

La Circolare richiama espressamente l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003, secondo il quale "il contratto di appalto stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 c.c., si distingue dalla somministrazione di lavoro per l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati

nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Nel commentare tale disposizione il Ministero del lavoro pone l'attenzione sul fatto che il requisito della presenza di una organizzazione di mezzi in capo all'appaltatore (che si aggiunge all'altro requisito del rischio d'impresa), debba trovare diversa interpretazione a seconda della tipologia di appalto.

Sottolinea infatti il Ministero, richiamando suoi precedenti interventi (Circolare n. 48/2001, Interpello n. 16/2009 e 77/2009), come laddove l'appalto abbia per oggetto attività che non richiedono un utilizzo di macchine e attrezzature, ma prevalentemente l'impiego di forza lavoro (ad es. nell'ambito degli appalti di servizi di facchinaggio o pulizia), la sussistenza del requisito dell'organizzazione di mezzi in capo all'appaltatore può dirsi esistente anche con il solo accertamento dell'esercizio del potere direttivo ed organizzativo sui propri dipendenti e non anche, ad esempio, della proprietà dei mezzi utilizzati.

In effetti tale elemento emerge direttamente dalla lettera della legge e, come sottolineato dai primi commentatori alla Riforma Biagi, costituisce il grande aspetto innovativo della stessa, anche se, in realtà questa non ha fatto altro che recepire precedenti e costanti orientamenti della giurisprudenza (si veda Cassaz. n. 13015/1993, n. 5087/1998, n. 8643/2001, n. 17574/2003).

Il fatto che il Ministero richiami con insistenza questo profilo della riforma è un chiaro segnale della volontà di ridimensionare la tutela anti-fraudolenta contro forme illecite di interposizione.

La Circolare non manca comunque di ricordare che oltre all'organizzazione dei mezzi in capo all'appaltatore, sia necessario un altro requisito, ovvero l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio d'impresa. Possono essere indici della sussistenza di tale elemento: il

fatto che l'appaltatore ha già in essere un'attività imprenditoriale che viene esercitata abitualmente; che l'appaltatore svolge una propria attività produttiva in maniera evidente e comprovata; che l'appaltatore opera per conto di differenti imprese da più tempo o nel medesimo arco temporale considerato. Si omette di citare un indice frequentemente richiamato in giurisprudenza: il fatto che il corrispettivo dell'appalto non sia stabilito in cifra fissa e parametrato sull'entità del servizio reso, ma risulti proporzionato solo ai costi sostenuti dallo pseudo appaltatore.

La responsabilità solidale tra appaltatore e committente

Dopo i chiarimenti in merito ai requisiti di legittimità, il Ministero passa ad approfondire l'aspetto della tutela retributiva dei lavoratori coinvolti nell'appalto, attuata rendendo responsabili solidalmente e congiuntamente dell'adempimento dei loro crediti tutti i soggetti coinvolti nella catena di appalti. E' su quest'aspetto che si notano le maggiori aperture del Ministero, il quale va ad abbracciare le interpretazioni più estensive e garantiste per i lavoratori.

La circolare esprime dunque un chiaro indirizzo di politica normativa: in materia di appalti la tutela dei lavoratori deve passare da una disciplina che garantisca la soddisfazione dei loro crediti di lavoro, senza ostacolare i processi di internalizzazione attraverso la censura di illegittimità dell'appalto. A questo indirizzo devono evidentemente attenersi gli organismi ispettivi nell'esercizio delle loro funzioni.

Per questo motivo, come premesso, il Ministero suggerisce un'interpretazione estensiva dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, ovvero della disposizione che individua una responsabilità solidale tra appaltante e appaltatore per i crediti retributivi e contributivi dei lavoratori dipendenti del secondo.

In primo luogo, il concetto di lavoratori deve essere inteso in senso ampio, quindi tale da coprire tutte le tipologie contrattuali, quindi anche quelle atipiche (co.co.pro., etc.). In secondo luogo, nel ricordare come l'eventuale azione ex art. 29, d.lgs. n. 276/2003, contro appaltante e appaltatore abbia una scadenza biennale, afferma che comunque scaduti i due anni, i lavoratori potranno agire ex art. 1676 c.c.. Quest'ultima la disposizione che consente ai dipendenti dell'appaltatore di agire direttamente nei confronti del committente per conseguire quanto loro dovuto, seppur nei limiti del debito che il committente stesso ha con l'appaltatore. L'interpretazione accolta dal Ministero non è scontata, non mancando chi nega sia esperibile l'azione ex art. 1676 c.c., una volta scaduti i due anni previsti dall'art. 29. E' pertanto un'apertura.

Sempre in materia di regime retributivo, la Circolare distingue poi tra appalti pubblici e appalti privati, affermando che per gli appalti pubblici trova applicazione solo l'art. 1676 c.c.. Non viene citato l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, il quale ad avviso del Ministero non dovrebbe trovare applicazione.

Tale orientamento (in vero deducibile dalla lettera della norma) smentisce quanto affermato in alcune pronunce di merito (Tribunale Pavia 29 aprile 2006 e Tribunale di Bolzano, commentata nel Bollettino n. 6/2010) in cui è stata riconosciuta l'operatività dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003 anche nelle ipotesi in cui l'appaltante sia una PA.

Un'ultima importante interpretazione adottata dal Ministero nella Circolare in analisi è relativa all'attività ispettiva, ed in particolare al provvedimento di diffida accertativa (di cui all'art.12 d.lgs.124/04). Si tratta di un atto adottabile dall'autorità ispettiva nel caso venga

flash Milleproroghe: convertito il decreto

Con la legge n. 10/2011 è stato convertito il d.-l. n. 225/2010, ovvero il cosiddetto decreto "mille proroghe" (si veda Bollettino n. 1/2011).

In sede di conversione, oltre alla già citata proroga del termine dell'impugnazione dei licenziamenti e dei contratti a termine (si veda Bollettino n. 2/2011), si sottolineano le seguenti novità.

In primo luogo è stata disposta la proroga anche per gli anni 2012, 2013 e 2014 della possibilità per i dipendenti pubblici, ai sensi dell'art. 72, d.-l. n. 112/2008, di chiedere di essere esonerati dal servizio nel corso del quinquennio antecedente la data di maturazione della anzianità massima contributiva di 40 anni. La stessa legge di conversione del "mille proroghe" ha, altresì, aggiunto il comma 1-bis all'art. 72, in base al quale i posti resisi vacanti dall'esonero anticipato non possono essere reintegrati negli anni in cui è consentito lo stesso esonero (fino al 2014); quindi non possono essere conteggiati per il raggiungimento del numero di cessazioni necessario per consentire nuove assunzioni, secondo le normative attualmente in vigore in materia di limiti alle assunzioni nel pubblico impiego.

In secondo luogo, è stata disposta la proroga fino al 31 dicembre 2011 dell'entrata in vigore della nuova normativa sulle spese di giustizia in Corte di Cassazione, Sezione lavoro. In particolare, la Finanziaria 2010 aveva introdotto una "tassa di giustizia" per i ricorsi in Cassazione in materia di lavoro pari a 500 euro, la quale dunque opererà solo dopo il 31 dicembre 2011.

accertato un inadempimento da parte del datore dei suoi obblighi retributivi. Il Ministero afferma che, proprio in riferimento al vincolo di solidarietà, il personale ispettivo, sia tenuto a notificare l'atto in questione a tutti i soggetti responsabili in solido. Anche questa affermazione non appare scontata visto che il disposto di legge che prevede il potere di diffida ne limita l'utilizzo nei confronti del solo datore di lavoro.

Il Ministero ricorda poi che l'art. 26 comma 4, d.lgs. 81/08 in materia di sicurezza sul lavoro che estende la responsabilità solidale del committente, dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori per i danni riportati in conseguenza di infortuni sul lavoro che non siano indennizzati dall'INAIL.

La certificazione del contratto di appalto

La rassegna del quadro giuridico in materia di appalti effettuata dal Ministero non poteva non toccare l'istituto della certificazione, alla luce soprattutto del fatto che è questo il Governo che la introdusse con la Riforma Biagi del 2003 e che l'ha ulteriormente rafforzata con le recenti modifiche introdotte con il Collegato Lavoro (l. n. 183/2010).

L'intento del Ministero del lavoro è chiaramente quello di sponsorizzare il più possibile l'istituto in questione che trova nel contratto di appalto una delle potenziali applicazioni.

La Circolare ricorda, infatti, come *“la complessità dei rapporti che scaturiscono dalla sottoscrizione di un contratto di appalto suggerisce il ricorso ad uno strumento di indubbia semplificazione”*.

La possibilità di certificare un contratto di appalto, anche e soprattutto ai fini della distinzione con il contratto di somministrazione, è prevista all'art. 84, d.lgs. n. 276/2003, il quale rinvia alla procedure di cui ai precedenti artt. 75 e ss. .

Sul punto il Ministero richiama la Circolare n. 48/2004, alla quale sono allegati le *“Linee guida alla certificazione”* ed in cui si evidenzia l'esigenza di esaminare attentamente i principali elementi del contratto: *“attività appaltata, durata presumibile del contratto, dettagli in ordine all'apporto dell'appaltatore ed in particolare precisazioni circa l'organizzazione dei mezzi necessari per la realizzazione dell'opera o del servizio dedotto in contratto”*.

Il Ministero non manca, infine, di ricordare che la certificazione può essere effettuata sia all'inizio del contratto sia in corso di esecuzione con efficacia della stessa, in quest'ultimo caso, a partire dall'inizio del rapporto, ove la Commissione abbia rilevato che l'attuazione del contratto è stata, anche nel periodo precedente la sua attività istruttoria, coerente con quanto appurato in tale sede.

Al di là della sponsorizzazione dell'istituto, il problema rimane sempre il solito e più volte evidenziato, su cui lo stesso Ministero non si sbilancia: quali effetti ha la certificazione? Certamente la certificazione impedisce al personale ispettivo di contestare la legittimità dell'appalto, visto che l'atto certificato può essere invalidato solo dall'autorità giudiziaria su ricorso del lavoratore. Ricorso che, in presenza della certificazione, diventa una strada difficile da percorrere, specie se si consolida la tendenza (come visto promossa dal Ministero) ad interpretare i presupposti di legittimità dell'appalto in maniera sempre più elastica.

Appalti e sicurezza sul lavoro

La Circolare n. 5/2011 si conclude con un lungo riepilogo delle principali norme in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro nell'ambito degli appalti.

In primo luogo, viene ricordato il Documento unico di valutazione dei rischi interferenziali (DUVRI), ovvero il documento grazie al quale viene formalizzata tutta l'attività di cooperazione, coordinamento e informazione reciproca delle imprese coinvolte, e cioè al fine di eliminare ovvero ridurre i rischi connessi alla interferenza delle diverse lavorazioni.

In tale documento il committente deve, in particolare, indicare in modo puntuale le linee guida che saranno seguite da tutti i soggetti (imprese e lavoratori autonomi) coinvolti, a qualunque titolo, nelle attività oggetto di appalto.

Il d.lgs.81/08 impone poi che nel contratto di appalto siano indicati (a pena di nullità dello stesso) i costi relativi alla sicurezza sul lavoro connessi allo specifico appalto. Sia al DUVRI che ai dati sui costi per la sicurezza hanno diritto di accedere gli organismi locali dei sindacati più rappresentativi ed i rappresentanti sindacali per la sicurezza delle imprese coinvolte nell'appalto.

In materia di pubblici appalti il Ministero evidenzia la necessità da parte delle Pubbliche Amministrazioni di porre la massima attenzione ai costi del lavoro e della sicurezza, che non devono mai essere soggetti a ribasso d'asta e tener conto dei valori economici fissati periodicamente dallo stesso Ministero del lavoro nelle apposite tabelle previste dall'art. 83, comma 3 bis, del d.lgs.163/06 (Codice degli appalti pubblici).

La Circolare contiene anche indicazioni relative alle attività lavorative che sono svolte in luoghi confinanti (silos, pozzi, cisterne, serbatoi, stive, impianti di depurazione, cunicoli, gallerie), tutti ambienti in cui si verificano maggiormente gli infortuni sul lavoro, specie nell'ambito degli appalti. Un fatto che, ad opinione del Ministero, si deve anche allo scarso scambio d'informazioni e di coordinamento tra i committenti e gli appaltatori.

Sottolinea il Ministero come il principale strumento legislativo per evitare ciò sia l'art. 66, d.lgs. n. 81/2008, il quale afferma che *“E' vietato consentire l'accesso dei lavoratori in pozzi neri, fogne, camini, fosse, gallerie e in generale in ambienti e recipienti, condutture, caldaie e simili, ove sia possibile il rilascio di gas deleteri, senza che sia stata previamente accertata l'assenza di pericolo per la vita e l'integrità fisica dei lavoratori medesimi, ovvero senza previo risanamento dell'atmosfera mediante ventilazione o altri mezzi idonei”*.

Un'ulteriore questione affrontata dalla Circolare è quella relativa alla qualificazione professionale delle imprese coinvolte nei lavori effettuati in regime di appalto.

In tal senso, si ricorda l'art. 26, comma 1, lettera a), n. 2, d.lgs. n. 81/2008, in base al quale ogni impresa appaltatrice deve autocertificare il possesso dei requisiti di idoneità tecnico-professionali. Si ricorda, altresì l'art. 27, comma 1-bis, che, seppur limitatamente al settore edile, prevede il meccanismo della cosiddetta *“patente a punti”* grazie al quale ogni impresa è sottoposta a costante verifica del rispetto della normativa. Gli viene, infatti, attribuito un punteggio iniziale, il quale di volta in volta subisce decurtazioni nel caso di accertamento di violazioni, fino all'azzeramento nel caso di reiterazione, con conseguente impossibilità di svolgere attività nel settore edile.

Tra le misure rilevanti in materia di appalti si ricorda, infine, l'art. 26, comma 8, d.lgs. n. 81/2008, che impone l'obbligo per i dipendenti di imprese appaltatrici e subappaltatrici di avere un'apposita tessera di riconoscimento corredata di fotografia, contenente le generalità del lavoratore e l'indicazione del datore di lavoro, nonché la data di assunzione e l'eventuale autorizzazione in caso di subappalto.

IL DISTACCO TRA RISCHI E TUTELE

MASSIMO RUSCONI

il Ministero risponde ad un interpello: il distaccato può essere impiegato in un luogo diverso dalla nuova azienda?

Il 2 febbraio 2011 il Ministero del Lavoro, rispondendo ad un'istanza di interpello presentata dalla Confederazione Nazionale dell'Artigianato e della Piccola e Media Impresa circa la possibilità che il lavoratore distaccato presti la sua opera in luogo diverso dall'azienda del distaccatario, ha brevemente riepilogato i requisiti di legittimità del distacco del lavoratore nel rapporto di lavoro privato. L'interpello 1/2011 del Ministero del Lavoro – con tutte le incoerenze della disciplina del distacco che esso riflette – offre un interessante spunto per riassumere, allo stato dell'arte, le caratteristiche dell'istituto.

Le principali caratteristiche del distacco

Il distacco, secondo l'art. 30 del d.lgs. 276/2003, consiste nell'invio da parte del datore di lavoro (che prende il nome di distaccante) di un lavoratore subordinato presso un terzo (distaccatario) per svolgere una specifica attività lavorativa. Il distaccatario acquisisce la disponibilità del lavoratore ed esercita nei suoi confronti il potere direttivo. L'istituto ha carattere temporaneo ed è funzionale alla realizzazione di un interesse del datore di lavoro, che rimane responsabile del trattamento economico e normativo del lavoratore.

Da tale sintetica descrizione, che sostanzialmente ricalca la prima parte dell'art. 30, possono trarsi gli elementi caratterizzanti ed i limiti di legittimità del distacco.

Esso, prima di tutto, può essere disposto solo per un interesse del datore di lavoro (non rilevando, invece, l'eventuale realizzazione di un interesse del distaccatario o del lavoratore) di carattere tecnico, organizzativo o produttivo.

A titolo di esempio può essere menzionato il caso del distacco disposto per un interesse formativo: il lavoratore è mandato ad altra impresa per fargli acquisire una specifica professionalità di cui vi è bisogno nell'azienda distaccante.

In mancanza di più specifiche indicazioni da parte del legislatore circa il requisito dell'interesse, risulta piuttosto difficile, nella pratica, escludere la legittimità di un distacco per carenza di tale elemento.

Oltre al caso in cui si riesca a dimostrare l'insussistenza (o il venir meno durante il distacco) dell'interesse posto dal datore di lavoro a fondamento del suo provvedimento, infatti, possono ritenersi illegittimi sotto tale profilo solo i casi in cui il distacco sia disposto per ragioni illecite (si pensi al distacco fondato su ragioni discriminatorie) o al fine di ottenere un corrispettivo economico (fattispecie che integrerebbe gli estremi della somministrazione illecita di manodopera, cfr. art. 20 e ss. d.lgs 276/2003).

Il carattere della temporaneità

In secondo luogo il distacco deve avere carattere temporaneo. Il requisito della temporaneità, secondo il discutibile orientamento della giurisprudenza (da ultimo Cass. 25.11.2010 n. 23933) deve essere inteso come una qualificazione dell'interesse. Il distacco, infatti, non

deve necessariamente essere breve (riscontrandosi nella prassi casi di distacco di durata anche ultraventennale o comunque coincidenti con l'intera durata del rapporto di lavoro) né di durata predeterminata, ma solo non definitivo, nel senso che, in base ad un giudizio *ex ante*, deve essere presumibile che l'interesse al distacco possa venir meno nel tempo e non abbia natura permanente. Dovrà dunque considerarsi illegittimo, per difetto del requisito della temporaneità, il distacco di un lavoratore che l'imprenditore non intenda più reimpiegare nella propria azienda, ad esempio perché in soprannumero, o quello disposto per un interesse di carattere non transitorio.

Quale terzo requisito l'art. 30 del d.lgs. 276/2003 richiede l'individuazione di una specifica attività lavorativa cui dovrà essere adibito il lavoratore durante il distacco. Tale elemento, fino ad oggi poco valorizzato dalla giurisprudenza, se interpretato correttamente dovrebbe, ad avviso di chi scrive, limitare fortemente gli effetti del distacco, come si dirà successivamente.

Il distacco disposto in presenza dei suddetti requisiti comporta l'obbligo del prestatore di lavoro di eseguire la propria opera in favore di un soggetto, il distaccatario, che, pur in assenza di un rapporto contrattuale diretto con il lavoratore, esercita nei suoi confronti il potere direttivo. Sarà quest'ultimo, pertanto, a definire l'orario di lavoro del lavoratore, il luogo di svolgimento della prestazione (fermo restando il diritto del lavoratore a percepire l'indennità di trasferta – se prevista dal contratto collettivo applicatogli – nel caso di distacco che comporti il mutamento della sede di lavoro) e le modalità di svolgimento delle mansioni assegnategli. Del potere disciplinare, così come dell'onere retributivo, rimane invece interamente titolare il datore di lavoro, sul quale (salvo casi eccezionali) ricadranno anche le conseguenze economiche dell'eventuale lesione dei diritti del lavoratore distaccato da parte del distaccatario-utilizzatore.

Il Ministero: il luogo della prestazione non rileva

In tale contesto è quindi indubbiamente corretta la risposta data dal Ministero del Lavoro alla domanda per cui è stato reso l'interpello: "il luogo di lavoro del lavoratore distaccato costituisce mera modalità di svolgimento della prestazione lavorativa e dunque come tale non sembra assumere particolare rilievo – potendosi individuare addirittura nella stessa sede del datore di lavoro distaccante – nel momento in cui sia già accertata la sussistenza dei requisiti indicati e, primo o fra tutti, l'interesse del datore di lavoro. Va, peraltro, sottolineato che la natura dell'attività esercitata dal distaccante può giustificare l'espletamento della prestazione lavorativa in una o più sedi diverse da quella propria dell'azienda distaccataria [...]".

Anche dall'esposizione estremamente sintetica dell'attuale disciplina dell'istituto appena offerta è facile comprendere come essa, interamente incentrata su requisiti piuttosto generici e di cui è assai arduo valutare l'effettiva sussistenza sia da parte del lavoratore che da

parte del giudice, lasci all'imprenditore ampia libertà di distaccare i propri dipendenti.

Non sorprende, pertanto, che soprattutto negli ultimi due decenni si sia assistito ad un costante moltiplicarsi di casi – tra loro sempre più eterogenei – di distacco lecito. Il “classico” distacco per esigenze formative ha ormai assunto un rilievo secondario, mentre molto più spesso si assiste, ad esempio, al distacco utilizzato come una sorta di trasferimento (temporaneo) del lavoratore tra due imprese formalmente distinte ma tra loro collegate (es. società controllante e controllata) o al distacco di uno o più lavoratori disposto, in una fase di contrazione produttiva, per risparmiare sui costi del lavoro (la retribuzione del lavoratore distaccato, necessariamente corrisposta dal datore di lavoro, è di norma rimborsata dal distaccatario).

Alcune criticità per i lavoratori

L'elasticità con cui la giurisprudenza interpreta i requisiti del distacco, del resto, dimostra una certa tendenza della stessa a sottovalutare i rilevanti disagi (che talvolta si traducono in lesione di diritti) per il lavoratore cui esso può dar luogo.

La difficoltà di esercitare i diritti sindacali durante il distacco, la progressiva estraniamento dall'impresa del datore di lavoro con le conseguenti difficoltà nella progressione di carriera, la possibilità di dover rispondere contemporaneamente a più datori di lavoro (nel caso di distacco parziale, in cui il lavoratore è distaccato solo per una parte, magari neanche ben definita, dell'orario di lavoro), il rischio che il lavoratore distaccato subisca un trattamento discriminatorio rispetto ai colleghi dell'azienda distaccataria (disparità che potrebbe derivare anche dall'applicazione da parte di quest'ultima di un contratto collettivo diverso da quello della distaccante), la difficoltà di proteggere la privacy del lavoratore che non intenda autorizzare il distaccatario al trattamento dei suoi dati personali, il disagio derivante dallo spostamento della sede di lavoro, l'incertezza circa la durata del distacco (che potrebbe essere di un giorno come di tanti anni)... sono solo alcuni dei tantissimi problemi che possono porsi per il lavoratore distaccato e cui l'attuale disciplina, specie nell'interpretazione tutt'altro che rigorosa data dalla giurisprudenza maggioritaria, non sembra in grado di fornire adeguata risposta.

Quali strumenti di tutela

Nell'assetto attuale diventa pertanto essenziale che il lavoratore sia consapevole degli strumenti a sua disposizione per controllare la legittimità del distacco e, eventualmente, opporvisi.

In primo luogo se, come detto, il distacco può essere disposto senza particolari formalità, ciò non esclude che il lavoratore possa richiedere all'azienda i motivi del suo provvedimento. In tal caso si ritiene che il datore di lavoro sia tenuto ad esplicitare il suo interesse al distacco, consentendo così al lavoratore di valutarne l'effettiva sussistenza e il suo carattere temporaneo. La legge, inoltre, è chiara nell'affermare che il distacco può essere disposto solo per un interesse specifico e concreto dell'azienda distaccante e non nell'ottica del perseguimento di un interesse del gruppo di cui, per ipotesi, essa fa parte (ad esempio l'interesse alla riorganizzazione delle risorse umane tra le aziende del gruppo). Su quest'ultimo aspetto risulta particolarmente interessante notare che lo stesso Ministero del Lavoro, che in una Circolare del 2004 (cfr. Circ. 15.1.2004 n. 3) sembrava aver ritenuto ammissibile il distacco disposto per un interesse del gruppo d'impresa, sebbene solo indirettamente riconducibile al distaccante, nel recente interpello, cambiando radicalmente orientamento, si è espresso in questi termini:

“è pertanto necessaria una puntuale individuazione delle finalità perseguite con il distacco – quindi temporalmente limitato – evitando l'utilizzo di clausole di stile ed evidenziando, anche nel caso di distacco del lavoratore verso un'impresa facente parte dello stesso gruppo, la sussistenza di uno specifico interesse dell'imprenditore distaccante”.

Nel medesimo passaggio appena riportato, inoltre, vi è un riferimento alla necessaria limitatezza nel tempo del distacco che non era presente nella precedente Circolare. Fermo restando l'orientamento giurisprudenziale di cui già si è detto circa il requisito della temporaneità, rappresenta comunque un segnale da non sottovalutare il fatto che il Ministero del Lavoro abbia inteso – finalmente – quantomeno prendere in considerazione un elemento (la durata del distacco) davvero in grado di mettere in crisi l'attuale disciplina normativa dell'istituto in esame. Nel distacco di lunga durata, infatti, si manifestano una pluralità di incongruenze, soprattutto nella regolazione dei rapporti tra distaccante, distaccatario e lavoratore distaccato, difficilmente superabili e che certo dovrebbero indurre il legislatore a trattare in modo differenziato le fattispecie del “distacco breve” e del “distacco lungo”.

Al pari del requisito dell'interesse dovrebbe essere oggetto di particolare attenzione da parte del lavoratore distaccato l'elemento della “specifica attività lavorativa”, dovendosi considerare illegittimo tanto il distacco consistente nella semplice cessione di un lavoratore (senza l'indicazione dell'attività da eseguire in favore del terzo) quanto quello in cui sia richiesta al lavoratore stesso una prestazione diversa da quella espressamente indicata nella comunicazione di distacco. In proposito occorre sottolineare che il fatto che il distacco possa avvenire solo per l'esecuzione di una specifica attività lavorativa dovrebbe portare a ridimensionare notevolmente l'estensione del potere direttivo delegabile al distaccatario.

Lungi dall'essere una temporanea cessione di un lavoratore, infatti, il distacco dovrebbe comportare soltanto l'obbligo del lavoratore distaccato di eseguire a favore di un terzo (e secondo le modalità da questi definite) la prestazione lavorativa – e solo quella - per il cui espletamento il distacco è stato disposto. In tal senso è condivisibile l'affermazione contenuta nell'interpello del Ministero del Lavoro già più volte menzionato: “terzo ed ultimo requisito dell'istituto è costituito dallo svolgimento di una determinata attività lavorativa; ciò significa che il lavoratore distaccato deve essere adibito ad attività specifiche e funzionali al soddisfacimento dell'interesse proprio del distaccante”.

Un ulteriore limite al potere di disporre il distacco è previsto dal terzo comma dell'art. 30, secondo il quale il distacco che comporti un mutamento di mansioni può essere disposto solo con il previo assenso del lavoratore. Nel caso in cui al lavoratore distaccato siano assegnate mansioni che, pur equivalenti a quelle precedentemente svolte, siano da esse diverse, pertanto, egli potrà impedire il distacco con il semplice dissenso.

Il lavoratore distaccato dovrà infine assicurarsi che nell'azienda distaccataria siano rispettate, anche nei suoi confronti, tutte le misure necessarie per la tutela della sua salute e sicurezza e si ritiene possa legittimamente opporsi al distacco presso aziende che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi di cui al d.lgs. 81/2008.

In caso di distacco disposto in assenza dei requisiti dell'interesse del datore di lavoro, della temporaneità e della specifica attività lavorativa il lavoratore (oltre che ottenere la revoca dell'illegittimo provvedimento datoriale) potrà chiedere, mediante ricorso giurisdizionale, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del distaccatario ■

flash

La speranza è l'ultima a morire: nuovo rinvio di Trani alla CGCE

Com'è noto, la Corte di Giustizia Europea ha sul finire dell'anno deciso in senso negativo la questione sollevata davanti ad essa circa la compatibilità dell'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/2001, con l'ordinamento comunitario (si veda Bollettino n. 2/2011).

Le speranze circa la vittoria dei ricorsi promossi dai lavoratori a termine di Poste Italiane s.p.a. assunti sulla base di tale disposizione sembrano pertanto archiviate.

In realtà, il Tribunale di Trani, lo stesso che aveva fatto il rinvio da cui è scaturita la decisione della Corte di Giustizia Europea appena ricordata, ha effettuato un nuovo rinvio (Ordinanza del 7.2.2011). Ritiene, infatti, il giudice italiano che la Corte di Giustizia non si sia pronunciata su tutti gli aspetti che erano stati in precedenza evidenziati.

Vedremo se questo nuovo rinvio porterà ad una decisione in grado di riaprire il caso Poste.

Nel frattempo, però, i giudici italiani sembrano aver recepito a pieno la decisione della Corte, respingendo i ricorsi promossi dal 2006 (data dell'introduzione del comma 1-bis dell'art. 2, d.lgs. n. 368/2001) ad oggi. Le uniche speranze rimangono quelle relative al rispetto da parte di Poste Italiane s.p.a. del limite quantitativo di assunzioni a termine rispetto al numero di lavoratori a tempo indeterminato, fissato nella percentuale del 15% dal CCNL ai sensi dell'art.10 comma 7 d.lgs.368/01.

Sul punto stanno emergendo forti divisioni. Il Tribunale di Roma (24 gennaio 2011), in riferimento a contratti stipulati nel 2007 e 2008, ha accolto il ricorso, affermando il mancato rispetto di tali limiti. Per cui, al di là della decisione della Corte di Giustizia, si è comunque disposta la reintegra a tempo indeterminato.

Il Tribunale di Firenze (1 marzo 2011) sta, invece, respingendo i ricorsi.

Alla base di tali divisioni una diversa interpretazione di come conteggiare il numero dei lavoratori a tempo indeterminato, rispetto a cui riparametrare, poi, le assunzioni a termine, al fine del rispetto del limite del 15%.

Secondo il Tribunale di Roma, l'organico aziendale a tempo indeterminato dovrebbe essere inteso sommando i lavoratori a tempo indeterminato in regime di part-time fra di loro (ad esempio, due lavoratori part-time al 50% fanno un lavoratore a tempo indeterminato e non due). Secondo Firenze, invece, i lavoratori a tempo indeterminato vanno conteggiati per teste, a prescindere dall'orario part-time.

Ricordiamo come il d.lgs. n. 61/2000, in materia di contratto a tempo parziale, affermi che *"in tutte le ipotesi in cui ... si renda necessario l'accertamento della consistenza dell'organico, i lavoratori a tempo parziale sono computati nel complesso del numero dei lavoratori dipendenti in proporzione all'orario svolto, rapportato al tempo pieno ..."*.

DIRITTO PENALE E MOBBING: QUALE TUTELA?

CECILIA VALBONESI

Sembra non aver fine l'ormai annosa *querelle* sulla tutelabilità in sede penale della vittima del mobbing.

La Suprema Corte torna a pronunciarsi sul tema con la Sentenza n. 685 del 13 gennaio 2011, statuendo la non punibilità dei comportamenti vessatori ascritti al Caposquadra dello stabilimento Fiat di Mirafiori.

La Cassazione sottolinea infatti l'atipicità della condotta di mobbing rispetto a qualsivoglia fattispecie penalistica codificata, circostanza che impedisce di sanzionarla con gli strumenti offerti dal diritto penale.

La statuizione, pur rispettosa del superiore principio di legalità, il quale impedisce di sanzionare penalmente un fatto ove questo non sia espressamente previsto dalla legge come reato nel momento in cui esso è stato commesso, pone all'attenzione del lavoratore, prima che del giurista, una questione di non poco conto.

Occorre infatti domandarsi, nel silenzio del legislatore, quale dei due valori debba prevalere: il rispetto dei principi di legalità o la tutela del lavoratore vittima dei comportamenti vessatori?

Il problema, invero, risiede nell'inerzia del legislatore, il quale, nonostante una delibera del Consiglio d'Europa del 2000 che imponeva a tutti gli Stati membri di adottare una normativa adeguata volta a contrastare il fenomeno del mobbing, ha mantenuto sin'ora un colpevole silenzio.

Occorre tuttavia sottolineare come questo silenzio abbia trovato numerosi seguaci fra coloro che invocano la primazia del principio di non proliferazione delle fattispecie sanzionatorie, quale criterio volto a garantire una maggiore organicità delle tutele.

Dunque, in assenza di una norma penale ad hoc, la Suprema Corte ha ricercato nel novero delle sanzioni codificate quelle che di volta in volta potessero adattarsi alle condotte vessatorie messe in atto dai colleghi o dal datore di lavoro della vittima.

La fattispecie che sembra soddisfare maggiormente le esigenze dell'interprete è l'art 572 c.p. il quale sanziona, fra le altre ipotesi, colui che maltratta il soggetto che gli è affidato per ragioni di autorità, o "per l'esercizio di una professione o di un'arte".

Fin da subito, la riconduzione delle condotte di mobbing ad una fattispecie volta alla tutela contro i "maltrattamenti in famiglia o contro i fanciulli" ha destato non poche perplessità.

I dubbi più stringenti si concentrano proprio sulla compatibilità della ratio di tutela della norma rispetto al contesto lavorativo nel quale si consuma l'offesa.

Simili perplessità sembrano condivise dalla Suprema Corte la quale, con la sentenza del gennaio 2011, ha ritenuto di subordinare una tutela ex art. 572 c.p. alla reale sussistenza di un rapporto parafamiliare fra datore di lavoro e dipendente, caratterizzato da relazioni abituali, consuetudini di vita fra vittima e reo, dalla relazione di affidamento e fiducia che dovrebbe intercorrere fra questi soggetti.

Simili presupposti non sembrano ricorrere in una relazione fra soggetti che prestano la propria opera in una fabbrica di notevoli dimensioni.

La Corte individua nel procedimento risarcitorio civile la sola tutela percorribile dalla vittima.

La circostanza sembra rafforzata anche alla luce della recente giurisprudenza che riconosce il risarcimento del danno non patrimoniale che si consuma nel rapporto contrattuale.

La responsabilità datoriale assume, infatti, natura contrattuale ex art. 2087 c.c. il quale impone la tutela della salute e della sicurezza del prestatore anche sotto il profilo dell'integrità morale

Oggi, dunque, sino a che il legislatore non interverrà a disciplinare con una fattispecie sanzionatoria ad hoc le condotte persecutorie, al prestatore non sembra rimanere altra opzione se non quella di adire il giudice civile ■

Pubblico impiego: il Tribunale di Firenze sul contratto a termine

Una recente sentenza del Tribunale di Firenze (Sentenza del 27.1.2011) si è pronunciata in materia di diritto al risarcimento del danno nel caso di contratto a termine illegittimo nel pubblico impiego.

La sentenza non è certamente positiva per i lavoratori interessati a tali tipi di vertenze in quanto afferma che, nelle ipotesi in cui si agisca in giudizio per un solo contratto a termine illegittimo, il lavoratore è tenuto a dimostrare quale sia effettivamente il danno subito. In altre parole, il Tribunale di Firenze non ritiene che il diritto al risarcimento del danno sia in re ipsa. In altre parole, ancora, ritiene che in questo caso sul lavoratore gravi l'onere di provare quale sia stato effettivamente il danno subito, in conseguenza dell'assunzione a termine illegittima, nonché il relativo ammontare.

Il lavoratore dovrà dunque dimostrare, ad esempio, che l'essere stato assunto a termine, anziché a tempo indeterminato, come invece sarebbe stato dovuto, gli ha impedito di prendere un mutuo o di effettuare altri tipi di investimenti che, normalmente, l'essere titolari di un contratto a tempo indeterminato consente di fare. Ancora, potrebbe dover dimostrare il danno rappresentato dall'essere stati disoccupati per un lungo periodo, a seguito dell'unica ed illegittima assunzione a termine dell'ente pubblico.

Se non riuscirà a dimostrare ciò, il giudice non potrà condannare l'amministrazione a risarcire il danno.

Diverso il discorso, invece, quando venga impugnata una successione di contratti a termine illegittimi. In questo caso, il Tribunale di Firenze ritiene che il danno sia in re ipsa e che quindi non vi sia l'esigenza di dimostrare il danno subito ed il suo ammontare. Afferma infatti il giudice fiorentino che in quest'ultima ipotesi il diritto al risarcimento del danno rientra nella copertura dell'ordinamento comunitario e dei principi secondo i quali ogni Stato deve adottare strumenti idonei a dissuadere e sanzionare gli abusi nell'utilizzo dei contratti a termine illegittimi. Un abuso, sottolinea il Tribunale, che è considerato tale dall'ordinamento comunitario solo in presenza di più contratti a termine illegittimi da parte del medesimo datore di lavoro nei confronti del medesimo lavoratore.

In questo caso, dunque, il lavoratore è sganciato da qualsiasi onere probatorio e il risarcimento del danno discende automaticamente dall'accertamento della nullità del termine apposto nel contratto. Lo stesso ammontare del danno sarà determinato dal giudice d'ufficio secondo criteri che pian piano si stanno affermando nella giurisprudenza. Il più consolidato pare essere quello delle 15 mensilità, in applicazione analogica di quanto prevede l'art. 18, Statuto dei Lavoratori, nel caso in cui il lavoratore rinunci alla reintegra.

In senso analogo si era già espresso il Tribunale di Massa con una sentenza del 2008.

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

Hanno collaborato
Massimo Rusconi
Francesca Bassetti
Cecilia Valbonesi

dirittielavoro@gmail.com