

BANCO DI PROVA

Nel CCNL del commercio tutte le novità degli ultimi anni: accordo quadro, collegato lavoro e effetto Fiat. Ecco le criticità

No alla clausola sociale per le società pubbliche
p. 2

Ingiusta causa
p. 4

Tempo tuta e tempo di lavoro
p. 9

Aziende in crisi:
Tfr più sicuro
p. 11

P.A., intesa su RSU
p. 5

P.A., condotta antisidacale
p. 6

Prime pronunce su CCNL metalmeccanici
p. 7

Unità d'Italia: ecco la legge
p. 9

Licenziamento e malattia
p. 10

Proroghe per il Ministero del lavoro
p. 10

dirittielavoro@gmail.com

PUBBLICO SENZA RETE

GIOVANNI ORLANDINI
ANDREA RANFAGNI

La Corte Costituzionale su una legge regionale pugliese: nelle società pubbliche non vale la clausola sociale

Con la Sentenza n. 68 del 3 marzo 2011, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di alcune norme contenute nella Legge regionale della Puglia n. 4/2010 (Norme urgenti in materia di sanità e di servizi sociali).

La sentenza è molto interessante in quanto pone in luce il problema dei meccanismi di reclutamento nelle società a totale partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, questione oggetto di recenti interventi legislativi ad opera dell'attuale Governo, e più in generale l'utilizzo delle c.d. clausole sociali che garantiscono la continuità dell'occupazione nell'ambito dei pubblici appalti.

L'illegittimità costituzionale della legge regionale della Puglia

Tra le disposizioni dichiarate costituzionalmente illegittime acquista rilevanza da questo punto di vista l'art. 30 della Legge regionale della Puglia.

Tale disposizione obbliga la Regione Puglia, gli enti, le aziende e le società strumentali della Regione stessa ad inserire nei bandi di gara per l'affidamento di servizi locali una "clausola sociale" che preveda l'obbligo per le imprese vincitrici dell'appalto di assumere a tempo indeterminato il personale già utilizzato dalla precedente imprese o società affidataria dell'appalto.

Tale meccanismo dovrebbe valere anche qualora a vincere l'appalto sia una società "strumentale" della Regione stessa, ovvero una società di diritto privato ma a totale partecipazione pubblica. Proprio quest'ultima previsione è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale per contrasto con l'art. 97 della Costituzione, ovvero con la norma che impone la regola del concorso pubblico nell'accesso agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni, nonché i criteri di trasparenza, imparzialità e buon andamento (economicità) della PA.

La Corte ritiene dunque vincolanti i principi sanciti dall'art. 97 Costituzione anche per le società pubbliche, vale a dire enti che, pur essendo a totale partecipazione pubblica o controllati dagli enti locali, assumono le vesti di soggetti privati (talvolta spa), quindi non possono essere considerate come Pubbliche Amministrazioni in senso proprio.

Nell'affermare ciò, la Corte costituzionale richiama anche disposizioni di legge ordinaria (e non della Costituzione), ovvero gli

artt. 18 e 19 del d.l. n. 112/2008 (conv. nella L.133/08), qualificate come norme "interposte", dunque, s'intende, attuative del principio costituzionale. Queste ultime sono le disposizioni che hanno imposto alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica l'adozione, con propri provvedimenti, di criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'art. 35 del d.lgs. n. 165/2001. Hanno, altresì, imposto agli stessi enti di rispettare i vincoli e i limiti alle assunzioni previsti per le Pubbliche Amministrazioni controllanti le stesse società.

In altre parole, l'estensione alle società pubbliche dei meccanismi di reclutamento propri delle PA, comporterebbe il considerare le stesse come PA vere e proprie, con il conseguente doveroso rispetto da parte delle stesse dell'art. 97 Costituzione, il quale sarebbe stato appunto disatteso dall'art. 30 della Legge regionale della Puglia.

L'art. 18 d.l. n. 112/2008: quale portata applicativa?

La disposizione ricordata dalla Corte costituzionale rischia seriamente di capovolgere il sistema fino ad oggi in essere in materia di reclutamento del personale nelle società pubbliche.

Come detto, queste ultime hanno natura privatistica. Come tali, esse sono state fino ad oggi sottoposte a tutti i meccanismi tipici delle società private, in primis, per quanto riguarda quelli di reclutamento del personale. Diversamente dalle PA, dove l'assunzione avviene mediante pubblica selezione, le società pubbliche hanno avuto fino al 2008 piena libertà nelle assunzioni al pari delle imprese private, tanto sotto il profilo delle modalità, potendo tranquillamente ricorrere alla chiamata diretta e a prescindere da procedure selettive pubbliche, sia in termini di numero delle assunzioni, potendo assumere quanti lavoratori si ritenevano necessari.

Nel 2008, dapprima, con l'art. 18 del d.l. n. 112/2008, si è come visto esteso i meccanismi di reclutamento tipici delle PA alle società pubbliche; successivamente, con il d.l. n. 78/2009 è stata disposta anche l'estensione alle medesime società pubbliche dei limiti alle assunzioni di personale già valevoli per le PA controllanti.

In particolare, per quanto riguarda il primo aspetto, occorre osservare come non sia stata disposta l'applicazione in toto dell'art. 35, d.lgs. n. 165/2001, ma è stato previsto un obbligo per le società in questione di

adottare propri provvedimenti che regolino i meccanismi di reclutamento del personale in conformità all'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

Nello specifico, il comma 3 dell'art. 35, d.lgs. n. 165/2001, elenca una serie di criteri a cui si ispirano le PA nel reclutamento del personale: pubblicità, imparzialità, trasparenza ed economicità delle selezioni; pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici; composizione delle commissioni di esame esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso.

Il problema che pone tale intervento legislativo (e che la Corte costituzionale in commento pone ulteriormente in luce) è il seguente: può tale estensione dei meccanismi di reclutamento comportare una piena equiparazione alle PA delle società in mano pubblica che gestiscono servizi pubblici locali, con la conseguente applicazione delle regole derogatorie rispetto alla disciplina privatistica previste per il pubblico impiego che trovano il proprio fondamento nel vincolo costituzionale del concorso? Il riferimento è in primo luogo all'impossibilità di ottenere una conversione del contratto a tempo determinato illegittimo (o di altri contratti "flessibili") in contratto a tempo indeterminato prevista dall'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 165/2001 ed al divieto di acquisizione della qualifica per effetto dell'attribuzione di mansioni superiori, in deroga all'art. 2103 c.c. valevole per il privato (art. 52, d.lgs. n. 165/2001).

La sentenza della Corte costituzionale in commento, che non brilla per chiarezza, non permette di dare risposta certamente affermativa a tale domanda. L'incostituzionalità della norma regionale sembra fatta derivare, a ben vedere, più dalle norme interposte richiamate (in specie art.18 dl 112 2008) che direttamente dall'art.97 Cost.: e proprio per questo l'argomentazione della Corte non convince. Da ciò si potrebbe trarre qualche argomento per negare la rilevanza delle ulteriori norme del d.lgs.165/01 sopra richiamate: nelle norme di legge c.d. "interposte" si trova infatti solo il riferimento al comma 3 dell'articolo 35 del T.U sul pubblico impiego, la cui applicazione alle società di gestione dei servizi locali è per altro "mediata" da loro provvedimenti interni che della norma di legge devono recepire i principi. Nessun richiamo è fatto alle altre disposizioni del d.lgs. 165/01, anch'esse riflesso dei principi costituzionali contenuti nell'art. 97 C: da ciò, si potrebbe dedurre la loro non applicabilità al di fuori delle pubbliche amministrazioni "in senso stretto".

E' evidente però che la sentenza della Corte costituzionale fornisce argomenti più forti a chi vuole la piena equiparazione tra società a totale partecipazione pubblica e PA, e con essa, la piena applicazione anche alle società pubbliche di tutto il Testo Unico sul pubblico impiego; quindi anche delle disposizioni sopra citate in materia di conversione del rapporto e di inquadramento "automatico". Una equiparazione che trova fondamento anche in alcuni orientamenti della giurisprudenza contabile ed amministrativa (Consiglio di Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830; Corte dei Conti, sez. giurisdizionale re. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114).

Simili orientamenti pongono anche il problema di capire a quale giudice spetterebbe la decisione su controversie inerenti selezioni nell'ambito di società pubbliche: TAR o giudice del lavoro? Sul punto i primi commentatori sembrano escludere la giurisdizione del TAR, stante il carattere privatistico della procedura selettiva posta in essere dalle società pubbliche, che rimarrebbe tale.

Merita da ultimo sottolineare come l'art. 18 del d.-l. n. 112/2008 estenda le previsioni dell'art. 35, comma 3, d.lgs. n. 165/2001 solo alle società pubbliche che gestiscono servizi locali, ma non a quelle

che, pur essendo totalmente partecipate, si occupano di servizi, ad esempio, a carattere nazionale.

Una scelta questa certamente, come sottolineato dai primi commentatori, ai limiti della legittimità costituzionale e della ragionevolezza.

Ciò che la Corte non dice: i limiti imposti dall'UE in materia di clausole sociali

La sentenza della Corte costituzionale pone dunque un limite all'utilizzo delle c.d. clausole sociali e lo fa con argomenti discutibili, perchè fondati sulla (supposta) applicabilità dell'art.97 Cost. alle società private a totale partecipazione o controllo pubblico. La Corte però non si esprime su un altro profilo problematico della norma regionale, che mina in maniera ancora più netta la legittimità delle norme che tutelano la continuità dell'occupazione nell'ambito degli appalti pubblici. L'obbligo per il subentrante nell'appalto di assumere il personale già utilizzato dal precedente affidatario contrasta infatti con i principi di diritto dell'UE in materia di libera prestazione dei servizi (art.56 del Trattato sul funzionamento dell'UE). L'UE si disinteressa della regola del concorso e dei principi relativi all'accesso al lavoro pubblico, non essendo materia di sua competenza, ma impone agli Stati di rimuovere norme che intralciano l'accesso al mercato nazionale o aumentano in maniera eccessiva i costi per le imprese straniere: cosa che avviene obbligando chi vince un appalto a riassumere tutti i lavoratori già occupati.

L'Italia è già stata oggetto di una sentenza di condanna della Corte di giustizia per la normativa relativa ai servizi aeroportuali, che prevedeva appunto la garanzia dell'occupazione in caso di cambio di concessionario (Corte di Giustizia Commissione c. Italia 9.12.2004). Un simile vincolo è stato ritenuto dalla Corte un ostacolo all'accesso al mercato nazionale per le (eventuali) imprese di altri Stati membri. Né può invocarsi in tale frangente la disciplina (pur di origine comunitaria) relativa al trasferimento d'azienda, che garantisce la continuità dell'occupazione anche quando il trasferimento avviene nell'ambito di una successione in un appalto (Corte Giustizia Temco Service, 24.1.2002). Ciò che non è compatibile con le regole del mercato unico è l'automaticità del meccanismo configurato con la clausola sociale, che impone la ri-assunzione anche quando non c'è stata nessuna cessione dell'organizzazione aziendale tra le due imprese.

I vincoli posti dalle regole del mercato unico europeo all'utilizzo delle clausole sociali appaiono dunque ben più incisivi e rilevanti rispetto a quelli deducibili dall'art.97 Cost. E sotto questo profilo la Corte costituzionale è stata più "benevola" di quanto non lo sarebbe la Corte di giustizia. Per il diritto dell'UE (al quale, è superfluo dirlo, anche il legislatore regionale deve attenersi) non sono infatti inammissibili solo quelle clausole sociali che determinano un'elusione della regola del concorso (la cui applicazione alle società a partecipazione pubblica, come detto, è per altro discutibile), ma qualsiasi clausola sociale che configuri un obbligo di assunzione del personale già impiegato, indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto subentrante ■

INGIUSTA CAUSA

ALESSANDRO GIOVANNELLI

Dalle recenti pronunce della Cassazione, un punto sul licenziamento disciplinare

Non si licenzia una dipendente modello soltanto perché, per una volta, ha mandato a quel paese il capo. E' quanto afferma la Cassazione (sentenza 3042 del 2011), che giudica illegittimo il licenziamento inflitto ad una lavoratrice di una Casa di cura di Catanzaro colpevole di aver usato espressioni offensive nei riguardi di un proprio superiore. Se l'insubordinazione, per quanto in sé grave, si legge nella pronuncia della Suprema Corte, "ha carattere episodico e se è riconducibile a un dipendente che non ha mai dato luogo a censure comportamentali" non può essere considerata di quella particolare gravità cui il contratto collettivo applicato ricollega la facoltà per il datore di interrompere in tronco il rapporto di lavoro.

La Cassazione ha così confermato le decisioni di Tribunale e Corte d'Appello e dunque la reintegrazione nel posto di lavoro della dipendente che era stata licenziata dalla casa di cura dopo aver ricevuto una contestazione disciplinare: l'azienda le rimproverava di essere rientrata in servizio senza autorizzazione in un periodo di congedo e, soprattutto, di avere pronunciato, in quell'occasione, "espressioni offensive nei confronti di un superiore". La lavoratrice era accusata anche di avere ricostruito in maniera non veritiera i fatti in sede di audizione per la giustificazione del proprio comportamento. Giudicando irricevibile il ricorso presentato dall'azienda, la Cassazione si rifà a quanto era stato espresso già dalla Corte d'Appello. Ossia che una singola violazione degli obblighi gravanti sul prestatore di lavoro, per quanto possa in astratto essere considerata grave, non sia sufficiente da sé sola ad integrare gli estremi della giusta causa di licenziamento, cioè abbia in sé quella gravità tale da rompere definitivamente il legame fiduciario che sta alla base del rapporto di lavoro così da non rendere neanche provvisoriamente perseguibile la collaborazione tra datore e prestatore. La Corte d'Appello aveva valutato di non particolare gravità il comportamento addebitato alla lavoratrice per il solo fatto che fosse avvenuto episodicamente. Sulla motivazione della Corte territoriale, la Cassazione non sente di poter sindacare, in quanto "si tratta di una valutazione di merito che, in quanto congruamente motivata e logicamente articolata, non è censurabile in sede di legittimità".

Quanto appena riportato, è confermato dalla Cassazione anche nella successiva sentenza n. 3596 (del 14 febbraio scorso). In un caso per molti versi analogo (anche in questo caso, il lavoratore, sebbene in ferie, si era presentato al lavoro e si era rifiutato di lasciare lo stabilimento), infatti, la Suprema Corte ha riconosciuto applicabili i medesimi principi. Ossia che l'inadempimento del lavoratore deve essere valutato in relazione al concreto svolgimento del rapporto e a tutte le circostanze del caso. E, di conseguenza, che la gravità dello stesso deve essere valutata, sulla scorta di un orientamento ormai

consolidato (cfr. Cass. 16864/2006 e 11430/2006) "tenendo conto della specificazione in senso accentuativo a tutela del lavoratore rispetto alla regola generale della non scarsa importanza di cui all'art. 1455 c.c.". Quindi, sostiene la Corte, l'irrogazione del licenziamento come sanzione disciplinare risulta giustificata solamente in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali ovvero addirittura tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro.

Cosa valuta il Giudice: le linee guida della Cassazione

La Corte, peraltro, aveva già avuto modo di offrire una sintesi dei principi consolidati in giurisprudenza in materia di licenziamento disciplinare. Nella, anch'essa recente, sentenza del 21 gennaio scorso (n. 1459), la Cassazione sostiene che, per valutare la legittimità del licenziamento disciplinare il giudice di merito, cui è demandata in ultima analisi la decisione, debba tener conto delle seguenti linee guida e dare adeguata motivazione nella sentenza:

- in primo luogo è necessario accertare se, in relazione alla qualità del singolo rapporto intercorso tra le parti, ed alla qualità ed al grado di fiducia che il rapporto comporta, la specifica mancanza risulti oggettivamente e soggettivamente idonea a ledere in modo grave, così da farla venir meno, la fiducia che il datore di lavoro ripone nel proprio dipendente, senza che possa assumere rilievo l'assenza o la modesta entità del danno patrimoniale subito dal datore (così già Cass. 7724/2004);

- inoltre, l'irrogazione della sanzione disciplinare nella sua massima espressione deve considerarsi giustificata soltanto in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (caso di giustificato motivo soggettivo) ovvero (ipotesi di recesso per giusta causa) in caso di un comportamento tale che non consenta la prosecuzione neanche temporanea del rapporto di lavoro (come già affermato, recentemente, da Cass. 16864/2006 e Cass. 3995/2005);

- la valutazione della gravità del comportamento e della sua idoneità a ledere irrimediabilmente la fiducia è, peraltro, funzione istituzionale del giudice di merito - per questo insindacabile in sede di legittimità - il quale deve tener conto della natura e della qualità del rapporto, la qualità e il grado della fiducia, l'entità della violazione commessa nonché l'intensità dell'elemento soggettivo (ossia se il lavoratore ha commesso con colpa o dolo, per negligenza o intenzionalmente, il fatto che gli viene contestato);

- sul piano probatorio, infine, l'onere del datore di lavoro non si limita alla prova dell'esistenza dei fatti contestati, bensì investe anche l'elemento soggettivo: dunque, se presupposto dell'inadempimento contrattuale addebitato al lavoratore è il dolo, di questa intenzionalità il datore di lavoro dovrà dar prova in sede di giudizio sulla legittimità del licenziamento.

I confini della giusta causa e del giustificato motivo

Dunque, dalla lettura delle sentenze citate e del quadro di sintesi offerto dall'ultima Cassazione, emerge un indirizzo molto chiaro della giurisprudenza in merito ai confini di legittimità del licenziamento disciplinare. Di più: ciò che si palesa dall'interpretazione sistematica delle pronunce è un quadro piuttosto lineare di quali siano i confini della giusta causa rispetto al giustificato motivo soggettivo di licenziamento, nonché quale il rapporto tra i presupposti di fatto idonei a queste modalità di recesso e le ipotesi tipizzate nei contratti collettivi.

Si può infatti in primo luogo affermare che il licenziamento disciplinare, avvenga per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo, comunque possa essere definito dalla contrattazione

collettiva al momento dell'elencazione delle sanzioni disciplinari, non può non essere conseguenza di quei soli casi in cui l'inadempimento del lavoratore sia di una gravità *oggettivamente* elevata, avuta considerazione di tutte le circostanze di fatto che interessano tanto il rapporto di lavoro, quanto il singolo episodio oggetto di contestazione. E' in questa prima fase del processo logico di giudizio sulla legittimità del recesso che il Giudice di merito effettua la valutazione di proporzionalità tra gli addebiti (che devono essere provati e accertati nella loro reale sussistenza) e la sanzione irrogata ed è proprio in questa fase che vengono in gioco tutti i parametri fattuali relativi all'evento in questione: dall'episodicità dell'inadempimento, alle motivazioni dello stesso, dall'intensità del vincolo fiduciario, alla natura e alla qualità del rapporto contrattuale. Il giudizio di proporzionalità (che non è altro, dunque, che il giudizio sulla legittimità del licenziamento) si propone quindi come vero e proprio giudizio di merito, nel senso di essere condizionato dalle circostanze di fatto allegare e offerte in prova dalle parti durante il giudizio stesso, secondo la ripartizione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro. E, di conseguenza, la motivazione della sentenza, la cui logicità e congruenza con le norme di legge può essere sindacata in Cassazione, assume rilievo decisivo.

Il principio che deve guidare il Giudice di merito nella valutazione

della proporzionalità è quello, come chiaramente affermato dalla Corte, del *favor* per il lavoratore. Come intendere altrimenti, infatti, quel *"tenendo conto della specificazione in senso accentuativo a tutela del lavoratore rispetto alla regola generale della non scarsa importanza di cui all'art. 1455 c.c."* se non come una forzatura, una rimodulazione delle regole del diritto dei contratti a beneficio di una sola delle parti, ammessa – anzi, richiesta – nel nostro ordinamento, dalla necessità di *correggere nella direzione dell'uguaglianza sostanziale* (e non soltanto formale) quei rapporti in cui una parte è sproporzionatamente più forte dell'altra?

L'art. 1455 c.c. nel rapporto di lavoro

L'art. 1455 c.c., norma cardine nel diritto dei contratti italiano, prevede infatti che, nel caso in cui una parte non adempia agli obblighi derivanti dal contratto, l'altra non possa chiederne la risoluzione se l'inadempimento ha scarsa importanza, avuto riguardo dell'interesse della parte che ha adempiuto. Si tratta di una norma dettata per un ambito, quello delle transazioni commerciali, in cui può avere un senso figurarsi due contraenti

flash

Pubblico impiego: intesa ARAN - sindacati sul rinnovo delle RSU

Tra marzo ed aprile si sono registrate alcune importanti novità per ciò che concerne gli aspetti problematici della Riforma Brunetta già evidenziati in passato (si veda Bollettino n. 2/2011). La prima novità è di carattere sindacale ed è rappresentata dalla sottoscrizione di un'intesa tra l'ARAN e le principali sigle sindacali del Pubblico Impiego in materia di rinnovo delle RSU (Intesa dell'11 aprile 2011). Stavolta è presente anche la CGIL, mentre si registra la mancata firma di altri sindacati quale l'USB. Con l'Intesa le parti hanno delineato un percorso per giungere a breve al rinnovo delle RSU. Com'è noto, l'art. 65 del d.lgs. n. 150/2009 al comma 3 ha disposto la proroga delle RSU già esistenti alla data di entrata in vigore della stessa Riforma Brunetta, 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 era chiaro se il suddetto termine fosse perentorio o meno e, quindi, se fosse possibile procedere a nuove elezioni, senza che fossero stati definiti i nuovi comparti, oppure le elezioni potessero avvenire solo e soltanto dopo la definizione dei nuovi comparti, con ciò giustificando una proroga ad oltranza dei precedenti organismi di rappresentanza sindacale.

Sul punto è intervenuto il Consiglio di Stato che, con Parere n. 551 del 3 febbraio 2011, ha affermato che il termine del 30 novembre è meramente ordinatorio (pertanto la proroga delle RSU opera anche oltre tale termine) e che, comunque, ciò non impedisce di provvedere a nuove elezioni sulla base dei vecchi comparti e delle vecchie regole, qualora ciò sia ritenuto necessario per qualsiasi motivo dalle associazioni sindacali interessate.

Proprio sui principi affermati dal Consiglio di Stato e in conformità agli stessi si basa l'Intesa dell'11 aprile.

Con essa le parti si sono impegnate a procedere nel più breve tempo possibile al rinnovo delle RSU. Per fare ciò hanno però precisato che prima dovrà procedersi all'attuazione della Riforma Brunetta, quindi alla stipulazione dell'accordo quadro per la definizione dei nuovi comparti di contrattazione. Il percorso negoziale prevede anche la revisione delle disposizioni particolari del "CCNQ sulle modalità di utilizzo dei distacchi, aspettative e permessi nonché delle prerogative sindacali" del 7 agosto 1998, oltre alla modifica dell'"Accordo collettivo quadro per la costituzione delle RSU per il personale dei comparti delle pubbliche amministrazioni e per la definizione del relativo regolamento elettorale", anch'esso del 7 agosto 1998. L'Intesa prevede, poi, una "clausola di garanzia" per cui se alla data del 12 dicembre 2011 non è stato ancora sottoscritto il CCNQ di definizione dei nuovi comparti, si procederà, comunque, alle elezioni delle nuove RSU e ciò secondo un calendario già stabilito (19 gennaio – 21 marzo 2012), nell'ambito dei vecchi comparti e sulla base di eventuali accordi che in tempo utile e all'uopo saranno sottoscritti per la definizione dei dettagli procedurali delle elezioni (anche alla luce dell'eventuale modifica all'accordo quadro del 7 agosto 1998 che verrà effettuata in attuazione della stessa Intesa).

egualmente liberi ed egualmente capaci di determinarsi nelle proprie scelte patrimoniali, ma che, nonostante questa proiezione teorica, conteneva già in sé un meccanismo che impediva la libera recedibilità a fronte di un anche minimo inadempimento di una delle parti. Il Legislatore del Codice, infatti, subordinava il diritto della parte adempiente a chiedere la risoluzione alla gravità dell'inadempimento subito: non tutte le mancanze possono costituire pretesto per liberarsi del vincolo contrattuale, soltanto quelle di non *scarsa importanza*. Questo meccanismo era pensato, nell'ottica del Codice, non tanto (o non solo) a tutela del contraente inadempiente, quanto a garanzia della certezza dei rapporti giuridici, essendo la stabilità delle transazioni un valore fondante per l'ordinamento giuridico.

Nell'ambito del rapporto di lavoro, dice la Cassazione, la regola della *non scarsa importanza dell'inadempimento* deve essere interpretata con particolare favore per il lavoratore.

Significa quindi che, per considerarsi legittimo, un atto di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo non potrà non essere sorretto che da un inadempimento di considerevole importanza poiché, oltre che la stabilità dei rapporti contrattuali, in questo caso la legge deve tutelare specificamente l'interesse della parte debole del rapporto.

La gravità dell'inadempimento

Atteso che l'inadempimento che può comportare il licenziamento deve in ogni caso essere grave, il recesso per giusta causa, ossia senza preavviso, deve necessariamente distinguersi come presupposti legittimanti dal recesso per giustificato motivo soggettivo (l. 604/1966). E il piano non può che essere ancora quello della gravità dell'inadempimento. Il recesso per giusta causa sarà possibile soltanto laddove la mancanza del lavoratore sia di eccezionale gravità, di importanza tale da non consentire neanche la prosecuzione provvisoria del rapporto di lavoro durante il periodo di preavviso.

Anche in questo caso, la distinzione teorica non può che essere riportata sul piano fattuale. Spetterà al Giudice di merito, quindi, valutare in concreto, considerando ogni circostanza rilevante, se il comportamento del lavoratore integri o meno tale elevata soglia di gravità. Soltanto nel caso in cui questa sia integrata, sarà legittimo il recesso per giusta causa, senza neanche far godere al lavoratore il beneficio del periodo di preavviso. Tutto ciò comporta la corretta riconduzione della giusta causa ad un livello adeguato di gravità e in un ambito *oggettivo* e opportunamente ampio di valutazione dei comportamenti.

Gli effetti del collegato lavoro: contratti collettivi e certificazione

Come abbiamo visto, la valutazione della gravità del comportamento deve comprendere ogni circostanza relativa al rapporto (come, appunto, il comportamento pregresso del lavoratore). Quindi non può essere affrontata dal Giudice riferendosi esclusivamente a quanto esemplificato nel contratto collettivi. Resta da capire quanto, su questo assetto concettuale, inciderà la norma del collegato lavoro (l. 183/210) che impone al Giudice di tener conto, nella valutazione della giusta causa di licenziamento, di quanto previsto dalle parti in sede di contrattazione collettiva. Non solo, l'art. 30 l. 183/2010 impone lo stesso onere (il Giudice deve *tener conto*) anche in relazione a quanto previsto nel contratto individuale certificato. Posto

dunque che l'impianto giurisprudenziale appare tanto solido e fondato da non poter essere scardinato da una disposizione così vaga e per molti versi ambigua, è necessario chiedersi che cosa cambi nell'attività logica del Giudice a seguito dell'entrata in vigore del collegato lavoro. È certo che il riferimento ai contratti collettivi e al contratto individuale certificato non possa essere inteso come esaustivo dell'attività di accertamento del Giudice, che altrimenti troverebbe ad esaurirsi in un mero giudizio di corrispondenza tra i fatti contestati e la fattispecie astratta indicata nei contratti, escludendo ogni valutazione sulla proporzionalità tra addebito e sanzione. Ma è altrettanto evidente che con la nuova previsione di legge l'attività conoscitiva del Giudice non è più agganciata soltanto a quell'indagine su *ogni circostanza rilevante*, parametro volutamente generico e ampio individuato dalla giurisprudenza. È dunque probabile che il riferimento ai contratti collettivi e al contratto individuale certificato obblighi quanto meno il Giudice ad un onere aggiuntivo di motivazione. Ossia, laddove il Giudice, nel valutare il fatto, accerti in primo luogo la corrispondenza tra quanto avvenuto nel caso di specie e quanto astrattamente previsto dalle clausole contrattuali come esempio di inadempimento che può dar luogo al licenziamento, dovrà, nel caso in cui valuti la non proporzione tra infrazione e recesso, adeguatamente motivare la propria decisione di discostarsi dalla previsione contrattuale ■

flash

Pubblico impiego/2: poteri della PA e condotta antisindacale

L'altra novità in tema di Riforma Brunetta si registra sul piano giurisprudenziale. Com'è noto (si veda ancora Bollettino n. 2/2011), con il d.lgs. n. 150/2009 alcune materie prima di competenza del CCNL sono state assegnate al potere unilaterale della PA, la quale può adesso intervenire senza coinvolgere le OO.SS. (in particolare, in materia di "organizzazione degli uffici"). Il problema applicativo sorto nasce ancora una volta dall'art. 65, d.lgs. n. 150/2009, che, al comma 5, afferma che "*Le disposizioni relative alla contrattazione collettiva nazionale di cui al presente decreto legislativo si applicano alla tornata successiva a quella in corso*". Questa affermazione ha posto così il problema di capire se le nuove norme siano già in vigore o lo saranno quando verranno stipulati i nuovi CCNL sulla base della previa definizione dei nuovi comparti di contrattazione. Molte PA hanno ritenuto già in vigore le nuove norme ed hanno così agito unilateralmente in materie che, sulla base dei vecchi CCNL ancora comunque in vigore sono oggetto di concertazione. Ciò ha dato origine a numerosi ricorsi ex art. 28, Statuto dei Lavoratori, per condotta antisindacale delle suddette PA consistente nel mancato rispetto delle disposizioni dei vecchi CCNL. E ciò ovviamente sul presupposto che le norme del d.lgs. n. 150/2009 entrano in vigore solo con la sottoscrizione dei nuovi CCNL, nell'ambito dei nuovi comparti. L'orientamento giurisprudenziale formatosi sul punto ed ancora oggi prevalente è nel senso di riconoscere l'antisindacalità (Tribunale di Torino 2 aprile 2010, Tribunale di Pesaro del 19 luglio 2010, Tribunale di Salerno del 3 agosto 2010, Tribunale di Trieste del 5-6 ottobre 2010). La novità si è registrata presso il Tribunale di Venezia, che ha invece respinto il ricorso ex art. 28 SL (Decreto del 14 marzo 2011). Si afferma, infatti, che il comportamento dell'amministrazione, nella persona del suo dirigente, non può essere antisindacale, in quanto quest'ultimo non ha fatto altro che attenersi alle previsioni della Circolare n. 7/2010 del dipartimento della funzione pubblica (quindi del Ministro Brunetta che interpreta se stesso), che si esprimeva per una applicazione immediata delle nuove norme. Ad avviso del Tribunale di Venezia, la circolare in questione è, infatti, un parametro essenziale del corretto operare delle amministrazioni. In altre parole, interpretare male (nell'applicarla) una legge, se l'interpretazione suggerita è quella del Ministro Brunetta, va bene. Vedremo se questa decisione avrà seguito.

BANCO DI PROVA

ALESSANDRO GIOVANNELLI

Il nuovo CCNL commercio applica collegato lavoro e nuovi assetti contrattuali. Una prima analisi

Deroghe al CCNL a livello aziendale se giustificate da esigenze produttive, clausola compromissoria vincolante, indennità di malattia dimezzata nei giorni di carenza, nuovo impulso agli Enti bilaterali. Sembra una sintesi dell'impatto nel modo del lavoro dell'Accordo quadro del 2009, del collegato lavoro e delle varie vicende Fiat, da Pomigliano a Mirafiori. In realtà è una sintesi delle novità del CCNL del commercio, firmato il 21 febbraio scorso dalle parti sociali, esclusa la Filcams-Cgil. Il CCNL del commercio, allora, è il vero banco di prova delle relazioni sindacali e del lavoro che verrà. Più dell'industria, più dei metalmeccanici.

Ancora senza Cgil: i problemi di efficacia

Iniziamo l'analisi proprio dalla firma separata. Cgil non ha sottoscritto l'accordo, d'altronde i punti di frattura con le altre sigle sono evidenti da tempo e non si sono ridotte negli ultimi tempi. La Cgil è stata contraria al nuovo assetto contrattuale delineato dall'Accordo quadro del gennaio 2009, ha contestato la riforma della l. 183/2010 e non ha condiviso i contenuti degli accordi Fiat. La contrarietà ad un testo che si fa sintesi e prima applicazione pratica di tutte le innovazioni degli ultimi due anni è conseguenza logica e necessaria. La firma separata, però, ripropone per il settore del commercio tutte le problematiche di validità e di efficacia soggettiva del CCNL che si sono prospettate all'indomani della rottura sindacale nel settore metalmeccanico. Sebbene, infatti, nel commercio la situazione non sia confusa e complicata da una disdetta di un contratto in essere unitario (come quello del 2008 dei metalmeccanici), sostituito da un CCNL non unitario (quello del 2010), bensì si sia di fronte ad un mero rinnovo di un contratto, anche se con parti diverse da quelle che hanno sottoscritto il testo previgente, alcuni quesiti sono comunque da affrontare. Era presente, nel contratto unitario del commercio, una clausola di ultrattività analoga a quella del CCNL dei metalmeccanici? E se sì, gli iscritti Cgil del settore possono ancora pretendere l'applicazione del vecchio testo, considerandolo tutt'ora in vigore? La risposta alla prima domanda è affermativa. Se non disdetto, anche il precedente CCNL commercio (come, del resto, l'attuale) si sarebbe rinnovato automaticamente alla scadenza per la durata di un quadriennio. In ogni caso, prevedeva la clausola, il CCNL avrebbe mantenuto vigore fino a quando non sarebbe stato sostituito da un altro CCNL. E' questo il caso. E c'è da chiedersi se il nuovo CCNL sottoscritto da parti diverse (manca la Cgil) sia idoneo ad interrompere l'ultrattività del testo precedente. Perché, analogamente a quanto accade nel settore metalmeccanico, se si ritiene che il nuovo contratto nazionale, per il solo fatto di non essere stato stipulato dalle stesse parti (e quindi non già *rinnovato*, bensì *sostituito*), non possa espletare i propri effetti nei confronti di quei lavoratori iscritti

al sindacato non firmatario. E se dunque questi ultimi non siano legittimati a pretendere l'applicazione delle regole del CCNL disdetto. La questione deve essere ancora necessariamente lasciata aperta, almeno fino a quando la giurisprudenza di merito e di legittimità non avrà avuto modo di pronunciarsi con una certa continuità sull'argomento.

Arbitrato e clausola compromissoria

Sull'arbitrato sono state sufficienti, in realtà, poche modifiche al testo del CCNL vigente, il quale già prevedeva la possibilità di ricorrere ad un collegio arbitrale all'esito negativo del tentativo obbligatorio di conciliazione.

Il testo attuale dell'art. 38 prevede che "è istituito a cura delle Associazioni Territoriali, aderenti alle organizzazioni stipulanti, un Collegio di arbitrato che dovrà pronunciarsi sulle istanze" presentate da ciascuna delle parti. Si tratta dunque di un arbitrato in sede sindacale. Quanto alla sua natura, il lodo arbitrale, visto il nuovo art. 412 c.p.c., come modificato dalla l. 183/2010, sottoscritto dagli arbitri e autenticato, produce tra le parti gli effetti di cui all'art. 1372 c.c. (il contratto ha forza di legge tra le parti) e all'art. 2113, comma 4 c.c. ed è impugnabile, trattandosi di arbitrato irrituale, per i soli

flash

Sindacato: le prime pronunce sul CCNL Metalmeccanici

Con tre decreti emessi ex art. 28, Statuto dei Lavoratori, è stato dichiarato che il CCNL "unitario" metalmeccanici del 2008 è ancora valido e deve trovare applicazione quanto meno fino alla sua naturale scadenza (31 dicembre 2011). E' quanto affermato dai Tribunali di Modena e Torino (Decreto del Tribunale di Torino del 18 aprile 2011, Decreto del Tribunale di Modena del 22 aprile 2011 e Decreto del Tribunale di Torino del 26 aprile 2011) su ricorsi promossi dalla Fiom, con i quali si chiedeva l'accertamento di una condotta antisindacale da parte di aziende aderenti a Federmeccanica nell'aver disdetto il CCNL del 2008 firmato da tutte e tre le sigle sindacali maggioritarie (CGIL, CISL e UIL) ed applicato il solo CCNL metalmeccanici del 2009 firmato, in separata sede, solo da UIL e CISL. Viene così riconosciuta la illegittimità della disdetta operata da Federmeccanica sul CCNL del 2008 e la conseguente contestuale presenza nel settore metalmeccanici di due diversi CCNL. Quello del 2008 dovrà pertanto essere applicato ai lavoratori iscritti alla Fiom, nonché a tutti gli altri lavoratori del settore che, non iscritti ad alcun sindacato, ne faranno richiesta. L'argomento sarà oggetto di approfondimenti nel prossimo numero del Bollettino.

motivi di cui all'art. 808-ter:

- se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;
- se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'art. 812;
- se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;
- se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Quanto alla clausola compromissoria si deve premettere quanto segue. Il comma 9 dell'art. 31 della legge n. 183/2010 – che richiama esclusivamente gli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c. – pare non già introdurre la possibilità di stipulare la clausola compromissoria, quanto piuttosto limitarla, ponendo alcuni limiti a garanzia dei lavoratori (previa autorizzazione della contrattazione collettiva, certificazione, decorso del periodo di prova o di trenta giorni dalla stipula del contratto di lavoro).

Non vi sono, infatti, nell'ordinamento disposizioni di legge che vietino, in generale, la clausola compromissoria in relazione alle controversie di lavoro.

Anzi, l'art. 808 c.p.c., come modificato dal decreto legislativo n. 40/2006, autorizza espressamente tale clausola per tutte le controversie che possano formare oggetto di convenzione d'arbitrato; sicché il contratto collettivo che – a norma dell'art. 412-*ter* c.p.c. – prevedesse l'arbitrato autorizzerebbe automaticamente anche la clausola compromissoria.

Si può pertanto sostenere che i limiti disposti dal comma 9 dell'art. 31 della legge n. 183/2010 valgano esclusivamente – come testualmente stabilisce la norma – in merito alle clausole compromissorie individuali che rinviino alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* c.p.c..

Viceversa, nessun limite vi sarebbe per le clausole compromissorie che rinviino agli arbitrati di cui all'art. 412-*ter* c.p.c. (cioè, appunto, quelli regolati dalla contrattazione collettiva) nei casi in cui – a monte – i contratti collettivi consentano la arbitrabilità delle controversie.

Ebbene, il CCNL, sul punto, ha posto alcuni paletti, anche ulteriori rispetto a quelli che il legislatore ha previsto al comma 9 dell'art. 31 del collegato lavoro. Il primo pare finalizzato alla gestione del contenzioso arbitrale esclusivamente in sede sindacale: la clausola compromissoria può infatti comportare soltanto la devoluzione della controversia al Collegio arbitrale di cui all'art. 38 dello stesso contratto collettivo e non, quindi, alle altre sedi arbitrali indicate dal Collegato lavoro.

In ogni caso il contratto collettivo ha voluto comunque escludere la clausola compromissoria in relazione alle controversie aventi ad oggetto i licenziamenti, coerentemente con l'avviso comune delle parti sociali (Cgil esclusa) dell'11 marzo dello 2010. A tale esclusione si sono aggiunte quelle in materia di infortuni e malattie professionali, mobbing, molestie sessuali, congedi di maternità e paternità, congedi parentali e permessi per assistenza del bambino.

Infine al divieto di sottoscrizione della clausola compromissoria prima della conclusione del periodo di prova, ove previsto, ovvero del decorso di 30 giorni dalla stipulazione del contratto di lavoro è stato aggiunto il divieto di pattuizione della clausola da parte delle lavoratrici dall'inizio del periodo di gravidanza fino al compimento di un anno di età del bambino. E ciò, evidentemente, ad ulteriore garanzia della genuinità e consapevolezza della scelta.

Ne emerge, in sostanza, un quadro che presenta le medesime criticità già analizzate al momento dell'entrata in vigore del collegato lavoro. Con qualche correttivo sostanziale (e per i lavoratori di non poco conto). Resta, tuttavia, inalterata la questione di fondo: è opportuno, per le tanto spesso sbandierate esigenze di deflazione del contenzioso giudiziario, sottrarre alla tutela del Giudice (ciò significa, tra le altre cose, anche doppio grado di giudizio di merito) tutt'ora ampi e rilevanti aspetti del rapporto di lavoro? La sensazione è riconfermata: sembra che si auspichi, più che una diminuzione del contenzioso giudiziario, una diminuzione del contenzioso *tout court*, a beneficio delle aziende e a danno del lavoratore.

Malattia: indennità ridotta per i giorni di carenza

Forti restrizioni si registrano nell'ambito dell'indennità di malattia. Sulla falsariga del modello Fiat, infatti, il CCNL del terziario innova profondamente la disciplina del c.d. periodo di carenza, ossia dei primi tre giorni di malattia che nel settore non vengono indennizzati dall'Ente previdenziale, bensì rimangono ad esclusivo carico del datore di lavoro. Il testo previgente del contratto non prevedeva limitazioni: ogni qualvolta il lavoratore fosse stato assente per malattia, per i primi tre giorni avrebbe beneficiato di un'indennità, pari alla retribuzione, corrisposta direttamente dal datore di lavoro. Il nuovo CCNL, invece, prevede che l'indennità pari al 100% della retribuzione giornaliera possa essere corrisposta soltanto per le prime due malattie dell'anno solare. Per la terza e la quarta malattia dell'anno, invece, l'integrazione datoriale scende al 50%, per azzerarsi del tutto dalla quinta malattia in poi. Si tratta, con tutta evidenza, di un meccanismo diretto ad evitare gli abusi ma che finisce per penalizzare senza criterio (anzi, soltanto con criteri presuntivi e non confutabili) anche i lavoratori che si assentano dal lavoro per reali emergenze patologiche. Il sistema delineato dal CCNL prevede dei correttivi che però non fanno che confermare l'impressione che la caccia al malato immaginario abbia più di una venatura ideologica. Si prevede infatti che la penalizzazione non si applichi alle malattie che inizialmente vengono certificate con una prognosi di almeno 12 giorni (per una presupposta maggior certezza di genuinità delle malattie più lunghe rispetto a quelle brevi), ai ricoveri in genere, né a patologie particolarmente gravi.

Il ruolo del contratto aziendale

Il CCNL commercio, in materia di rapporti tra livello nazionale e livello locale di contrattazione, recepisce quanto stabilito dall'Accordo quadro del gennaio 2009 e dal successivo accordo interconfederale dell'aprile dello stesso anno. Ossia, in primo luogo: il contratto aziendale potrà occuparsi soltanto delle materie delegate dal CCNL e non potrà disciplinare istituti già regolamentati a livello nazionale, ma potrà derogare alle disposizioni nazionali (tutte, salvo apprendistato, orario di lavoro settimanale, permessi, ferie e trattamento economico) se la deroga è strumentale al recupero o all'incremento di produttività dell'azienda. Alla produttività è collegata anche la definizione degli elementi economici variabili della retribuzione: il contratto aziendale è la sede principale per definirne natura, ammontare e presupposti e la corresponsione ai lavoratori sarà collegata, appunto a parametri di competitività dell'azienda. Ai lavoratori delle aziende che non hanno un secondo livello di contrattazione, il CCNL prevede, sulla scorta di quanto previsto

dall'Accordo quadro del gennaio 2009, la corresponsione di un *elemento economico di garanzia*, ossia di una compensazione economica per la perdita di reddito derivante dalla mancata applicazione dei contratti aziendali, calcolata sulla base della prestazione lavorativa resa e senza alcun riflesso sugli istituti previdenziali (il Tfr, cioè, dovrà essere calcolato su una retribuzione che non consideri tale elemento).

Nuovo impulso agli Enti bilaterali

Nuovo impulso anche per gli Enti bilaterali. Per la prima volta viene attuata la disposizione di cui all'art. 76, lett. a, d. lgs. 276/2003, ossia

viene offerta la possibilità di costituire commissioni di certificazione presso gli Enti bilaterali. La commissione di certificazione, in linea con i correttivi apportati dal collegato lavoro, avrà la facoltà di certificare ogni contratto in cui sia direttamente o indirettamente devoluta una prestazione lavorativa e di questo ogni singola clausola. Il nuovo accordo prevede inoltre un sistema di incentivi economici per i datori di lavoro che vogliano aderire agli Enti bilaterali: il datore che non aderisce dovrà corrispondere a ciascun lavoratore una quota di retribuzione ulteriore pari allo 0,30% di paga base e contingenza ■

ANDREA RANFAGNI **TEMPO TUTA E TEMPO DI LAVORO**

Una recente sentenza della Cassazione ha rimesso in luce il tema assai complesso del cosiddetto "tempo tuta", ovvero la questione della computabilità o meno nell'orario di lavoro del tempo impiegato dal lavoratore per mettersi e togliersi gli indumenti di lavoro richiesti dall'azienda. Con la Sentenza n. 2135 del 31 gennaio 2011, la Cassazione, Sezione lavoro, ha dato seguito al consolidato orientamento giurisprudenziale che risolveva la questione in oggetto in senso positivo, ovvero per la possibile computabilità nell'orario di lavoro del "tempo tuta", con conseguente retribuitività dello stesso, laddove sussistano determinati requisiti. La Sentenza in commento compie, tuttavia, un passo in più rispetto alle precedenti decisioni della Cassazione, allargando ancora di più le maglie dei criteri per stabilire se il tempo di vestizione e svestizione debba essere retribuito.

La nozione legislativa di orario di lavoro

Snodo fondamentale ai fini della soluzione della questione del tempo tuta è rappresentato dalla nozione di orario di lavoro contenuta nel d.lgs. n. 66/2003, ovvero nella legge che disciplina oggi in maniera organica il tempo di lavoro nel nostro ordinamento.

L'art. 1, d.lgs. n. 66/2003, afferma che "orario di lavoro" è "*qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni*". Tale nozione di orario di lavoro ricalca sostanzialmente quella proposta dal legislatore comunitario (lo stesso decreto legislativo è, del resto, attuazione di una direttiva comunitaria) e si articola su tre elementi "costitutivi": per orario di lavoro deve intendersi solo quel tempo in cui il lavoratore sia "al lavoro", "a disposizione del datore di lavoro" e, infine, "nell'esercizio della propria attività o funzione". Per quanto riguarda il primo elemento (il "Luogo di lavoro"), l'orientamento prevalente è quello che intende con ciò i locali dell'azienda, ma anche qualsiasi altro luogo in cui il datore di lavoro richiede di svolgere l'attività. E ciò anche per rendere conforme la normativa in questione alle diverse tipologie lavorative che sempre più presenti nel mercato del lavoro: telelavoro, lavoro a domicilio, etc.. Il secondo elemento richiamato è, invece, quello della messa a disposizione, il quale deve però essere letto necessariamente con l'altro elemento dell'essere "nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni". In particolare, la messa a disposizione sommata all'esercizio di attività o funzione comporta che non è sufficiente il mero esercizio di una qualsiasi funzione o attività, ma è necessario che tale funzione o attività sia "etero - diretta" dal datore di lavoro, cioè sottoposta alle direttive di quest'ultimo, quindi svolta secondo le modalità definite dallo stesso. In altre parole, si ha tempo di lavoro tutte le volte in cui si ha un "tempo di lavoro subordinato", quindi una prestazione etero diretta dal datore di lavoro.

flash

Unità d'Italia: convertito in legge il decreto sulla festività

Con la l. n. 47 del 21 aprile 2011 è stato convertito il d.l. n. 5 del 22 febbraio 2011, ovvero il decreto legge che aveva istituito il 17 marzo 2011 quale giorno festivo a tutti gli effetti di legge, regolandone altresì gli aspetti del trattamento economico dei lavoratori.

Com'è noto, tale decreto ha previsto che "al fine di evitare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e delle imprese private", in cambio del 17 marzo 2011, per quest'anno, non trovano applicazione gli effetti economici e giuridici previsti dai contratti collettivi per la festività soppressa del 4 novembre.

Tale previsione aveva sollevato non pochi problemi applicativi, visto che in molti settori produttivi e in special modo nel pubblico impiego, i contratti collettivi non prevedono l'istituto della festività soppressa del 4 novembre. A tale inconveniente ha fatto fronte la legge di conversione, la quale ha aggiunto, al comma 2 del d.l. n. 5/2011, che, limitatamente al 2011, non si applicano gli effetti giuridici ed economici previsti per la festività soppressa del 4 novembre "o per una delle altre festività tuttora soppresse ai sensi della legge 5 marzo 1977, n. 54", mentre, "con riguardo al lavoro pubblico, sono ridotte a tre le giornate di riposo riconosciute dall'art. 1, comma 1, lettera b), della legge 23 dicembre 1977, n. 937, e, in base a tale disposizione, dai contratti e accordi collettivi". Quindi, in quei settori privati in cui i contratti collettivi non prevedono la festività soppressa del 4 novembre, nel 2011, per far fronte alla festa del 17 marzo, non trova applicazione l'eventuale altra festività soppressa diversa dal 4 novembre. Mentre, nel settore pubblico, non troverà applicazione una delle 4 giornate di riposo previste dall'art. 1, comma 1, lettera b), l. n. 937/1977.

Fino ad oggi: tempo tuta = tempo di lavoro se "eterodiretto"

Proprio da tale ultima impostazione è partita la Cassazione in questi anni per stabilire quando il tempo di vestizione e svestizione degli indumenti di lavoro rientri nell'orario di lavoro, quindi debba essere retribuito. E' così che l'orientamento consolidatosi nel tempo ha affermato che per "valutare se il tempo occorrente per indossare la divisa aziendale debba essere retribuito o meno, occorre far riferimento alla disciplina contrattuale specifica: in particolare, ove sia data facoltà al lavoratore di scegliere il tempo e il luogo ove indossare la divisa stessa (anche presso la propria abitazione, prima di recarsi al lavoro) la relativa attività fa parte degli atti di diligenza preparatoria allo svolgimento dell'attività lavorativa, e come tale non deve essere retribuita, mentre se tale operazione è diretta dal datore di lavoro, che ne disciplina il tempo e il luogo di esecuzione, rientra nel lavoro effettivo e di conseguenza il tempo ad essa necessario deve essere retribuito" (Cassazione, n. 19358/2010, n. 19273/2006, n. 15734/2003). In altre parole, dunque, sulla base di tale orientamento, per capire se il tempo tuta è orario di lavoro occorrerà andare a vedere se il datore di lavoro vincola i propri dipendenti a svolgere la vestizione e la svestizione secondo modalità dallo stesso dettate e, ovviamente, sul luogo di lavoro. Nello specifico occorrerà capire se il datore di lavoro indica ai lavoratori il tempo ed il luogo in cui essi devono provvedere a mettersi la tuta e a togliersela ovvero lasci liberi questi ultimi di decidere quando e dove. Se, per esempio, il datore di lavoro, tramite regolamenti interni, ovvero sulla base di disposizioni della contrattazione collettiva o individuale, o più semplicemente sulla base di indicazioni date oralmente, impone ai lavoratori di vestirsi negli spogliatoi aziendali prima e dopo la firma del cartellino, il tempo tuta sarà orario di lavoro e dovrà essere retribuito. Viceversa, se il datore di lavoro non dice nulla ai propri dipendenti lasciando liberi quest'ultimi di vestirsi e svestirsi dove vogliono e quando vogliono, non sarà mai tempo di lavoro.

La Cassazione: tempo tuta = tempo di lavoro se l'indumento è a tutela della sicurezza

La sentenza della Cassazione inizialmente richiamata compie, come già anticipato, un passo in avanti rispetto all'orientamento fino ad oggi affermatosi. Con la pronuncia n. 2135 del 31 gennaio 2011 si afferma, infatti, che "Se il datore di lavoro ha l'obbligo, in relazione alle caratteristiche pericolose della prestazione lavorativa dei suoi dipendenti, di fornire agli stessi dei mezzi di protezione individuali e di osservare che i medesimi siano indossati al momento dell'inizio dell'attività lavorativa, è evidente che il tempo necessario affinché i

La Cassazione sul licenziamento per superamento del periodo di comporta

Con la sentenza n. 7946 del 7 aprile 2011, la Corte di Cassazione è intervenuta in materia di licenziamento per superamento del periodo di comporta.

Il principio di diritto affermato è quello secondo il quale in ipotesi di superamento del periodo di comporta, le assenze del lavoratore per malattia non giustificano il licenziamento qualora l'infermità sia imputabile a responsabilità del datore di lavoro in dipendenza della nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro, che abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 c.c.) o di specifiche norme.

L'unico problema è che incombe sul lavoratore l'onere di provare il collegamento causale fra la malattia che ha determinato l'assenza e il superamento del periodo di comporta e le mansioni espletate.

dipendenti, all'interno dell'azienda, provvedano a indossare i mezzi di protezione, è un tempo messo a disposizione del datore di lavoro", quindi va retribuito.

La Cassazione afferma che, laddove l'indumento aziendale sia un dispositivo di protezione individuale (secondo la definizione contenuta nell'art. 74, d.lgs. n. 81/2008), cioè indumento che serve per tutelare la salute e sicurezza dei dipendenti, in questo caso il tempo impiegato per la vestizione e svestizione è sempre e comunque tempo di lavoro da retribuire, a prescindere dal concetto di "eterodirezione", quindi dell'indicazione del tempo e del luogo di esecuzione di tale prestazione da parte del datore di lavoro. E ciò, spiega la Cassazione, in quanto il tempo impiegato dai dipendenti per mettersi e togliersi i dispositivi di protezione individuale (ad esempio scarpe antinfortunistica, cappello giallo, etc.) è tempo impiegato affinché il datore di lavoro possa in concreto adempiere a precisi obblighi impostigli dalla normativa antinfortunistica (nella specie quella che prescrive l'obbligo di fornire ai dipendenti dispositivi di protezione individuale e di esigere che questi siano effettivamente utilizzati durante la prestazione lavorativa). Essendo la prestazione in questione posta in essere dal lavoratore per consentire all'azienda o alla PA di adempiere a precisi obblighi di legge, è fatta in funzione e a vantaggio del datore di lavoro (il quale potrebbe rifiutare la prestazione finale in difetto di quella preparatoria), quindi comporta "messa a disposizione" dei lavoratori a favore di quest'ultimo ed il tempo impiegato per compierla deve essere qualificato come tempo da retribuire ■

Proroga dei termini in scadenza per il Ministero del Lavoro

Il Consiglio dei Ministri ha pubblicato, sulla Gazzetta Ufficiale n. 74 del 31 marzo 2011, il DPCM 25 marzo 2011 con il quale vengono disposte proroghe, al 31 dicembre 2011, a termini riguardanti disposizioni del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. In primo luogo, è stata disposta la proroga del termine di cui al comma 1-bis dell'art. 70, d.lgs. n. 276/2003. In altre parole, fino al 31 dicembre 2011 sarà possibile impiegare i lavoratori percettori di prestazioni integrative del salario o di sostegno al reddito, in prestazioni di lavoro accessorio, in tutti i settori produttivi, compresi gli enti locali e nel limite massimo di 3.000 euro per anno solare. In secondo luogo, è stata disposta la proroga al 31 dicembre 2011 dell'incremento della misura ordinaria di disoccupazione per i lavoratori qualificati sospesi nonché per gli apprendisti. In terzo luogo, è stata disposta la proroga della possibilità di adeguare le norme che disciplinano i Fondi di solidarietà dei settori non coperti dalla cassa integrazione guadagni, mediante un decreto di natura non regolamentare, e dei relativi regimi giuridici.

AZIENDE IN CRISI: TFR PIU' SICURO

ANDREA RANFAGNI

La Cassazione: per accedere al fondo di garanzia dell'Inps non serve il fallimento

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 7585 del 1 aprile 2011, si è pronunciata in merito al Fondo di Garanzia dell'INPS per il TFR nei casi di insolvenza del datore di lavoro. In tale decisione viene affermata una interpretazione estensiva delle disposizioni dettate in materia, che allarga ulteriormente la platea dei possibili beneficiari dell'intervento del Fondo.

Il Fondo di garanzia

Il Fondo di garanzia per il TFR nei casi di insolvenza del datore di lavoro è stato istituito con la l. n. 297/1982 ed è gestito dall'INPS. Esso ha lo scopo di assicurare al lavoratore (anche apprendista) o ai suoi aventi diritto, il trattamento di fine rapporto, nel caso di insolvenza da parte del datore di lavoro in occasione del licenziamento o delle dimissioni, comunque al termine del rapporto di lavoro (da ricomprendervi anche la scadenza del termine). I casi di insolvenza del datore di lavoro in cui può intervenire il Fondo sono: - il fallimento ed il concordato preventivo; - la liquidazione coatta amministrativa; - l'ipotesi di datore di lavoro, non soggetto alle disposizioni di legge fallimentare, che sia inadempiente e le cui garanzie patrimoniali siano risultate insufficienti. In altre parole, la legge contempla sia i casi di sottoposizione dell'azienda a procedura concorsuale, sia i casi in cui il datore di lavoro non sia sottoposto ad alcun procedimento ad evidenza pubblica. Nella prima ipotesi, il lavoratore per poter accedere al Fondo deve dimostrare che è stata emessa la sentenza dichiarativa del fallimento e che il suo credito sia stato ammesso allo stato passivo. La giurisprudenza non ritiene, invece, sufficiente la dimostrazione che la mancata insinuazione nel passivo fallimentare sia addebitabile all'incolpevole non conoscenza da parte del lavoratore dell'apertura della procedura (Cassazione n. 6004/1998). Nella seconda ipotesi, il lavoratore deve, invece, dimostrare di aver effettuato una esecuzione forzata e che la stessa sia risultata infruttuosa a causa della mancanza di garanzie patrimoniali. Ovviamente ciò presuppone che il credito (corrispondente al TFR maturato e non pagato) sia stato accertato in giudizio.

La decisione della Cassazione

La sentenza della Cassazione in commento interviene proprio nell'ambito della seconda ipotesi, fornendo un'interpretazione particolarmente estensiva dell'art. 2, comma 5, l. n. 297/1982. Il dubbio interpretativo posto all'attenzione della Corte di Cassazione attiene al capire a quali ipotesi faccia riferimento la suddetta disposizione quando parla di datore di lavoro "non soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267" ovvero alla legge fallimentare. Nello specifico, l'orientamento affermatosi fino ad oggi riteneva che tale espressione facesse riferimento esclusivamente ai casi di datori di lavoro che, per le loro caratteristiche, non rientrano nel campo di applicazione della legge fallimentare. Ecco allora che il singolo lavoratore a cui non fosse stato pagato il TFR, poteva, nonostante la non applicazione del R.D. del 1942, comunque ricorrere al Fondo, previa dimostrazione di aver infruttuosamente espletato una procedura esecutiva (la quale, ovviamente, a sua volta, presuppone l'aver agito in giudizio, o per decreto ingiuntivo o per via ordinaria, ed aver ottenuto l'accertamento del credito). La Cassazione, con la Sentenza n. 7585/2011 allarga il campo di applicazione della disposizione in questione, affermando che l'espressione del comma 5, art. 2, l. n. 297/1982, fa riferimento anche ai casi in cui, pur essendo il datore di lavoro debitore astrattamente assoggettabile alla legge fallimentare, comunque, per ragioni oggettive, non siano iniziate procedure concorsuali, quindi la stessa legge fallimentare non ha trovato applicazione. A tale interpretazione estensiva, afferma la Corte Suprema, conduce, in

primo luogo, la Direttiva comunitaria n. 987 del 1980 cui ha dato applicazione la stessa l. n. 297/1982. Tale normativa comunitaria lascia, infatti, liberi i legislatori nazionali di assicurare la tutela dei lavoratori anche in casi di insolvenza accertati con modalità in sedi diverse da quelle tipiche delle procedure concorsuali. In secondo luogo, all'interpretazione in questione condurrebbe la stessa finalità del legislatore del 1982, che, mediante l'istituzione di un Fondo di garanzia affidato all'ente previdenziale pubblico, ha inteso compensare la peculiarità della disciplina del TFR, in cui il sistema degli accantonamenti fa sì che gli importi spettanti al lavoratore vengano trattenuti e utilizzati dal datore di lavoro, con la previsione di una tutela certa del credito, realizzata attraverso modalità garantistiche e non soggetta alle limitazioni e difficoltà procedurali previste, invece, per la tutela delle ultime retribuzioni (ex d.lgs. n. 80/1992). Tra i casi in cui la legge fallimentare non trova applicazione pur astrattamente rientrando l'azienda debitrice nel suo ambito di applicazione viene citato quello dell'esiguità del credito vantato dal lavoratore che comporta il rigetto della stessa istanza di fallimento. Resta da capire, a tal proposito, se, comunque, oltre all'infruttuosità della procedura esecutiva, il lavoratore debba dimostrare di aver fatto istanza di fallimento e che questa sia stata respinta oppure possa anche non essersi mai mosso in tal senso ■

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

dirittielavoro@gmail.com