

# Forza Europa

**Nel bel mezzo della crisi economica e istituzionale dell'UE, le uniche buone notizie per i lavoratori arrivano dalle Corti europee. Mentre da noi, ancora tagli e discriminazioni**

Il nuovo apprendistato  
p. 2

Il ghetto dei disabili  
p. 7

Pomigliano  
p. 9

Disabili e superamento del comporta  
p. 8

Collocamento obbligatorio e trasferimento  
di azienda  
p. 9

Il decreto taglia riti  
p. 11

Manovra, le altre novità per il lavoro  
p. 12

MASSIMO RUSCONI

# IL NUOVO APPRENDISTATO

Riferimento esplicito alla durata indeterminata,  
più spazio alla contrattazione collettiva.  
Approvato il Testo Unico, tra conferme e novità

L'11 luglio 2011 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il Testo Unico sull'apprendistato, al termine di un lungo e partecipato confronto con le regioni (mediante la Conferenza Permanente Stato-Regioni) e le più importanti Organizzazioni Sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro, dando così attuazione alla delega per la riforma dell'apprendistato originariamente contenuta nella finanziaria del 2007 e poi ribadita nella legge 183/2010 ("Collegato Lavoro").

In primo luogo, non può che valutarsi positivamente l'effettivo coinvolgimento delle regioni e delle parti sociali nella redazione del testo definitivo, nel quale sono state in gran parte accolte le istanze dei sindacati (ed in particolare della CGIL) di correzione dello schema di decreto legislativo licenziato dal Consiglio dei Ministri il 5 maggio scorso, che aveva suscitato diverse perplessità già nei primi commentatori (cfr. anche Diritti&lavoro n. 5/2011).

## Il T.U. nel dettaglio

Preso atto del sostanziale consenso dei Sindacati che la novella legislativa ha riscosso, vediamo più nel dettaglio il nuovo testo di legge, che si pone come la più importante e organica riforma di una materia su cui il legislatore è intervenuto ben 6 volte solo negli ultimi 9 anni.

Un primo gruppo di norme (art. 2 T.U.) detta una serie di principi generali cui dovranno conformarsi gli accordi interconfederali o i contratti collettivi nazionali, ai quali si rinvia per la regolazione del contratto. Si tratta di principi che poco o nulla mutano rispetto alla normativa previgente. Si ribadisce infatti l'obbligo di stipula del contratto e del progetto formativo in forma scritta, la necessità della presenza di un tutore o referente aziendale per gli apprendisti e la possibilità di assumere un numero di apprendisti pari al 100% dei lavoratori specializzati e qualificati in servizio presso il datore di lavoro o a 3 se questi ha meno di 3 dipendenti. Si conferma inoltre che gli apprendisti sono esclusi dal computo dei limiti numerici di dipendenti previsti dalla legge per l'applicazione di particolari discipline (si pensi, ad esempio, all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori).

Anche l'esplicita affermazione (prima assente) che l'apprendistato è contratto di lavoro a tempo indeterminato, presentata come una delle grandi novità del nuovo sistema, non produce alcun cambiamento sul piano pratico. Al pari di ciò che accadeva prima, infatti, durante la fase formativa il rapporto può essere interrotto solo per giusta causa o giustificato motivo, mentre al termine della stessa ciascuna parte può liberamente recedere dal contratto semplicemente dando all'altra un congruo preavviso.

Superato il termine previsto per la formazione senza che nessuna delle parti abbia preventivamente comunicato all'altra il proprio recesso, pertanto, il rapporto prosegue come un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato, evidentemente senza altri obblighi formativi e, anzi, con l'acquisizione da parte del lavoratore della qualifica al cui ottenimento era diretto l'apprendistato.

In proposito è importante anche rilevare che, nel caso in cui vi sia una sospensione involontaria del rapporto (es. per malattia o maternità) superiore a 30 giorni, il termine finale del periodo di apprendistato deve essere prolungato in modo tale da consentire l'effettivo esaurimento della formazione dell'apprendista. Con tale previsione il legislatore ha giustamente "codificato" un principio affermato a più riprese dalla Corte di Cassazione anche nel sistema previgente (cfr., ad esempio, Cass. 20357/2010).

Per tutta la durata dell'apprendistato, il lavoratore potrà essere inquadrato fino a due livelli al di sotto di quello spettantegli secondo il contratto collettivo o, in alternativa, essere retribuito in una percentuale ridotta (fissata del CCNL applicato). Sul punto viene quindi fatta chiarezza, poiché l'introduzione, operata nel 2009, del comma 1-bis dell'art. 53 del d.lgs. 276/2003, aveva indotto alcuni interpreti a ritenere ammissibile la possibilità di sommare il sottoinquadramento dell'apprendista con la percentualizzazione della sua retribuzione.

Rappresentano invece autentiche novità la possibilità di finanziare i percorsi formativi aziendali degli apprendisti mediante i fondi paritetici interprofessionali di cui all'art. 118 della L. 388/2000 e i fondi finanziati dalle Agenzie di somministrazione di lavoro di cui all'art. 12 del d.lgs. 276/2003 e quella di impiegare apprendisti somministrati. Non è chiaro, tuttavia, come questa particolare ipotesi

di somministrazione possa operare in concreto e quali possano essere le ragioni tecniche, organizzative o produttive che possano essere poste a suo fondamento.

## Rimangono le tre forme

Passando ad analizzare le singole forme di apprendistato, rimane la distinzione del contratto in 3 diverse tipologie, che, seppur con nomi parzialmente diversi, ricalcano, nelle loro linee essenziali, quelle introdotte per la prima volta dal d.lgs. 276/2003: a) apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale; b) apprendistato professionalizzante; c) apprendistato di alta formazione e ricerca.

È bene precisare che le tipologie di cui alla lettera a) e c), che presentano alcune novità sulle quali si farà qualche cenno, dovranno essere necessariamente attuate dalle singole regioni, d'intesa con le parti sociali, mentre più spazio alla contrattazione collettiva è lasciato per la regolazione dell'apprendistato professionalizzante.

Così facendo il legislatore nazionale ha cercato - ma sarà solo il Giudice delle leggi a dire se vi è riuscito - di non travalicare i suoi limiti di attribuzione nella materia, come avvenuto in passato. La Corte Costituzionale, infatti, si era espressa negativamente sulle precedenti riforme e ne aveva dichiarato la parziale illegittimità (cfr. Corte Cost., sent. 176/2010) poiché il legislatore statale, regolando nel dettaglio anche i profili strettamente attinenti alla formazione, si era indebitamente intromesso in un campo di esclusiva competenza legislativa regionale.

Proprio perché la nuova disciplina necessita di essere attuata per via contrattuale ed implementata dalla legislazione regionale, ci si limiterà a delineare le caratteristiche essenziali dei modelli di apprendistato previsti dal T.U., consapevoli che i successivi interventi delle altre fonti normative potranno mutarne sensibilmente la disciplina e, in una certa misura, determinarne il successo o l'insuccesso.

## L'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale

L'apprendistato per la qualifica e per il diploma professionale (art. 3) può oggi essere utilizzato anche per l'assolvimento dell'obbligo di istruzione, in tutti i settori di attività, per i soggetti tra i 15 e i 25 anni e non può durare più di 3 anni o 4 nel caso di conseguimento di diploma quadriennale. Tale disposizione è stata fortemente criticata da alcune sigle sindacali e accusata di svalutare l'obbligo di istruzione scolastica dei più giovani poiché colloca troppo in basso il limite minimo per la stipula del contratto di apprendistato.

Essa, se non altro, ha il pregio della chiarezza. Sul punto si era infatti aperto un contrasto che certo rende l'idea di quanto fosse confusa la precedente disciplina della materia.

Se il Legislatore, con la Finanziaria 2007, aveva elevato l'obbligo di istruzione a 16 anni, non aveva però chiarito se esso potesse essere assolto anche con l'apprendistato "per il diritto-dovere di istruzione e formazione" di cui all'art. 48 del d.lgs. 276/2003, in astratto stipulabile già a 15 anni. Allorquando, in detta incertezza, la Regione Abruzzo, nell'ambito delle sue competenze, aveva espressamente consentito la stipula del contratto di apprendistato ai quindicenni, lo Stato aveva adito la Corte Costituzionale perché accertasse il contrasto della legge regionale con il principio stabilito nella Legge Finanziaria già richiamata. Ottenuta sentenza favorevole, peraltro, il

Legislatore nazionale aveva immediatamente reintrodotta, con l'art. 48, comma 8, del Collegato Lavoro, la possibilità di stipula dell'apprendistato di primo tipo già a 15 anni, senza tuttavia mai adottare l'intesa con le regioni necessaria per l'entrata in vigore della medesima norma.

## L'apprendistato di alta formazione e ricerca

L'apprendistato di alta formazione e di ricerca (art. 5) è utilizzabile da tutti i soggetti tra i 18 e i 29 anni per il conseguimento di diploma superiore, titoli di studio universitari (compresi dottorati di ricerca) nonché "per il praticantato per l'accesso alle professioni ordinistiche". Quest'ultima previsione rappresenta una novità interessante, almeno sul piano teorico. Sul piano pratico, tuttavia, non si può fare a meno di notare che, in assenza di un obbligo di stipula del contratto con i praticanti (l'art. 5 del T.U., infatti, prevede solo una facoltà di ricorso all'apprendistato), sarà molto improbabile che i professionisti (o i relativi ordini professionali) scelgano di utilizzare questo strumento. È invece facile prevedere che il praticante rimarrà nella condizione attuale, ovvero in una posizione di sostanziale subordinazione, ma privo del diritto alla retribuzione e delle più basilari tutele che caratterizzano il rapporto di lavoro dipendente. Il praticantato, infatti, secondo la giurisprudenza, non è riconducibile ad un rapporto di lavoro subordinato e, in assenza di un diverso accordo tra le parti, dà luogo solo ad un generico obbligo formativo del professionista (cfr. Cass. 29 gennaio 1973, n. 276 e Cass. 19 luglio 1997, n. 6645). Anche per tali ragioni, pertanto, è presumibile che questa terza forma di apprendistato continui ad avere il rilievo assolutamente marginale che ha avuto fino ad oggi, senza poi contare che essa, in ogni caso, necessita dell'adozione di leggi regionali che ne determinino il funzionamento o di specifiche convenzioni tra datori, università e ordini professionali.

## L'apprendistato professionalizzante

Alla luce di quanto detto, il modello destinato ad avere maggiore applicazione, almeno nell'immediato, resta l'apprendistato professionalizzante. Qui le novità più rilevanti attengono alla fissazione di un limite minimo di durata (che dovrà essere stabilito dai contratti collettivi) e un limite massimo, che non potrà essere superiore a 3 anni (prima il limite era di 6) o a 5 per le sole figure professionali dell'artigianato. È inoltre prevista la possibilità di concludere contratti di apprendistato anche per le pubbliche amministrazioni (previa adozione di apposito regolamento ministeriale) e per le aziende che svolgono attività stagionali (qui, presumibilmente, il contratto di apprendistato sarà a tempo determinato). Il cambiamento in assoluto più importante, tuttavia, è rappresentato dalla scomparsa di un numero minimo di ore di formazione obbligatoria. Nel regime precedente, infatti, vi era un limite di 120 ore annuali per la "formazione formale" (cioè la formazione in senso proprio, distinta dal lavoro) intra- o extra-aziendale dell'apprendista. L'attuale comma 2 dell'articolo 4 rinvia alla contrattazione collettiva la definizione della "durata e delle modalità della formazione"; è la stessa contrattazione collettiva

nazionale poi che, a norma dell'articolo 6 comma 2, definisce gli standard professionali per la verifica dei percorsi formativi. Nessuna indicazione è contenuta però nel Testo unico circa la misura della formazione "formale": il comma 3 dell'articolo 4 si limita infatti ad affermare che deve esservi una formazione dell'apprendista svolta sotto la responsabilità dell'azienda, e che tale formazione deve essere "integrata, nei limiti delle risorse annualmente disponibili, dall'offerta formativa pubblica, interna o esterna all'azienda", regolata dalla Regione entro il limite massimo di 120 ore nel triennio.

Tale previsione sminuisce incomprensibilmente l'importanza della formazione, di fatto rischiando di stravolgere l'assetto di un rapporto contrattuale, come quello di apprendistato, che dovrebbe incentrarsi proprio sull'elemento formativo.

Con una norma molto criticata dalla CGIL, infine, è stata introdotta la possibilità di stipulare contratti di apprendistato professionalizzante anche con lavoratori in mobilità. È bene notare che tale previsione normativa espone il lavoratore in mobilità al rischio di perdere l'indennità spettantegli qualora non accetti un'offerta di lavoro in apprendistato - con relativo sottoinquadramento o riduzione della retribuzione - che di fatto svaluta le competenze e l'esperienza precedentemente acquisite.

L'introduzione di questa ulteriore tipologia di apprendistato, del resto, appare assolutamente incoerente, visto che è in aperto contrasto con la nozione stessa di contratto di apprendistato, definito dall'art. 1 del T.U. come il contratto "finalizzato alla formazione e alla occupazione dei giovani". Così concepita, essa appare più che altro un regalo per le aziende, che potranno approvvigionarsi di manodopera a bassissimo costo (visto che in una certa misura i benefici contributivi della mobilità si sommano a quelli dell'apprendistato), con pochissimi sacrifici (perché i lavoratori così assunti non sono certo "alle prime armi") e con la possibilità di liberarsene tranquillamente al termine della formazione.

## Le sanzioni per la mancata o parziale formazione

Un aspetto della nuova disciplina destinato a suscitare forti perplessità attiene alle sanzioni per la mancata o parziale erogazione della formazione. In proposito, infatti, il nuovo T.U. si limita a prevedere (all'art. 7) una sanzione per il datore di lavoro corrispondente all'obbligo di versare all'Inps il doppio della contribuzione dovuta se lo stesso non avesse potuto beneficiare degli sgravi di legge e una ulteriore sanzione nel caso di violazione delle norme dei contratti collettivi sulle modalità di erogazione della formazione. Nel caso in cui, in sede di ispezione, emergano ulteriori irregolarità attinenti alla formazione, inoltre, si prevede che il Ministero del Lavoro debba assegnare al datore di lavoro un termine per adempiere. Tale ultima previsione, in particolare, sembra esplicitamente rivolta ad escludere che il datore di lavoro, anche nel caso di omessa formazione, perda il beneficio di disdire il contratto prima del termine della fase formativa.

Su quest'ultimo delicato profilo della riforma ci si limita qui ad osservare che, ad avviso di chi scrive, la "trasformazione" del

contratto di apprendistato in "normale" contratto a tempo indeterminato nel caso di mancato adempimento dell'onere di formazione dell'apprendista (o, ad esempio, di sua adibizione a mansioni del tutto estranee al progetto formativo) dovrebbe rimanere salva. Ciò perché il nuovo contratto di apprendistato - per quanto definito dalla legge "a tempo indeterminato" - mantiene importanti tratti di specialità rispetto all'"ordinario" contratto di lavoro a tempo indeterminato. La violazione dei suoi elementi peculiari da parte del datore di lavoro, pertanto, dovrebbe necessariamente essere sanzionata con il riconoscimento dell'esistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato in senso proprio, ovvero privo delle finalità formative che giustificano il recesso del datore.

Solo la giurisprudenza, però, potrà dire se tale interpretazione sia esatta.

## Il coinvolgimento delle parti sociali

In conclusione la presente riforma dovrebbe apportare maggiore chiarezza sulla disciplina dell'apprendistato (eliminando il precedente confuso intreccio di fonti), così da renderlo più intellegibile e quindi appetibile per le imprese. Sul piano della tecnica legislativa, poi, è da apprezzare tanto il percorso mediante il quale si è giunti all'adozione del testo definitivo, attraverso un vero confronto con tutte le parti coinvolte, quanto l'ampio spazio di intervento lasciato alla contrattazione collettiva nazionale, che potrà adeguare le regole esposte alle esigenze dei singoli settori produttivi. In una valutazione complessiva, tuttavia, tali elementi positivi non possono che passare in secondo piano rispetto alle gravi mancanze del nuovo testo.

Innanzitutto, quanti si aspettavano una sorta di rivoluzione nella disciplina dell'apprendistato come misura (ovviamente da sola non sufficiente) per cercare di porre rimedio al problema, ormai cronico nella nostra società, della disoccupazione giovanile, rimarranno indubbiamente delusi.

Accanto a qualche novità, infatti, vi sono gravi e talvolta inspiegabili lacune, come la mancata indicazione di un numero minimo di ore di formazione, le ambiguità del regime sanzionatorio in caso di l'apprendistato svoltosi irregolarmente o la mancata previsione di agevolazioni per i datori di lavoro che confermino i loro apprendisti al termine dell'apprendistato (o viceversa, di sanzioni per coloro che non confermino - magari sistematicamente - gli apprendisti, che potrebbero consistere, ad esempio, nel divieto di procedere a nuove assunzioni per un certo periodo).

Senza quest'ultima previsione, infatti, l'intera disciplina rimane incompiuta, poiché non rende l'apprendistato quello che dovrebbe essere: un trampolino di lancio per il giovane verso un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

In altri casi, poi, il legislatore ha adottato disposizioni che favoriscono irragionevolmente le aziende a scapito dei lavoratori, come la possibilità - mal congeniata - di assumere con il contratto di apprendistato lavoratori in mobilità o come la cospicua riduzione del contenuto formativo del contratto stesso. Aspetti, questi ultimi, su cui neanche la contrattazione collettiva potrà incidere positivamente ■

# C'E' UN GIUDICE IN EUROPA

GIOVANNI ORLANDINI

## Chiusa a favore dei lavoratori la vicenda del personale ATA. Grazie ai giudici europei

Nel giro di pochi mesi la vicenda del personale ATA trasferito dal comparto enti locali a quello statale ha assicurato all'Italia una doppia censura da parte dei due supremi organi giurisdizionali europei: la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo e la Corte di giustizia di Lussemburgo.

La vicenda è nota. La legge 3 maggio 1999, n.124, attuata con il d.m. 23 luglio dello stesso anno, ha previsto il trasferimento del personale ATA (adibito a svolgere servizi ausiliari nelle scuole pubbliche) dagli enti locali allo Stato, con conseguente passaggio dal comparto Regioni Autonomie Locali al comparto Scuola. Il successivo accordo firmato dall'ARAN nel luglio 2000 (ed irrualmente recepito con decreto ministeriale) ha provveduto a regolare l'inquadramento dei dipendenti trasferiti, in attuazione del rinvio contenuto nell'art.8 della legge 124/99. In virtù dei criteri di inquadramento ivi previsti, al personale ATA veniva riconosciuta un'anzianità "fittizia", tale da comportare un inquadramento ed una retribuzione corrispondente a quella del personale ATA statale con minore anzianità. In altre parole, non veniva riconosciuta pienamente, ai fini dell'inquadramento retributivo, l'anzianità maturata nel comparto enti locali. Le norme di attuazione della legge del '99 hanno quindi originato un contenzioso, sfociato in sentenze favorevoli ai ricorrenti, confermate dalla Corte di Cassazione. E' però intervenuto il legislatore che, con una disposizione inserita nella Finanziaria del 2006 (articolo1, comma 218 della legge 266/2005), ha provveduto a fornire un'interpretazione autentica dell'articolo 8 della legge 124/99, in linea con quanto previsto dal decreto del 2000. In tal modo, grazie ad una norma retroattiva, i giudizi in corso, fino ad allora come detto sfavorevoli al Ministero, si sono risolti a favore di quest'ultimo. La Corte costituzionale, chiamata a valutare la legittimità della norma della Finanziaria, ha per ben due volte salvato la scelta del legislatore (sentenze n.234/2007 e n.311/2009), considerandola non lesiva dei principi di autonomia del potere giudiziario, di certezza del diritto e di effettività della tutela giurisdizionale.

### **La normativa sul personale ATA viola l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo**

Ma evidentemente i giudici europei sono meno propensi della nostra Consulta a giustificare le malefatte del legislatore; o, comunque, i diritti giurisdizionali trovano più solido fondamento nelle fonti sovranazionali che nel nostro sistema di diritto interno (come d'altra parte testimonia il record inattaccabile di condanne per violazione del diritto ad un equo processo detenuto dall'Italia).

E così la Corte di Strasburgo ha riconosciuto che l'articolo 1, comma 218 della legge 266/2005 è in contrasto con l'articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il quale, pur ammettendo in linea di principio l'adozione di norme retroattive in materia civile, non consente al legislatore di ingerirsi nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare la risoluzione di una controversia pendente, a meno che ciò non sia dettato da preminenti ragioni imperative di interesse generale. Tali ragioni sono chiaramente assenti nel caso di specie: è evidente per i giudici europei che la riforma del 2005 "*mirava in realtà a preservare solo l'interesse economico dello Stato, riducendo il numero delle cause pendenti dinanzi ai giudici italiani*". Da ciò l'inevitabile condanna dello Stato italiano.

### **Il passaggio del personale ATA allo Stato costituisce un trasferimento d'azienda**

Tre mesi dopo la condanna della Corte dei diritti dell'uomo, è giunta anche la decisione della Corte di giustizia a censurare il legislatore italiano, con la sentenza Scattolon del 6 settembre scorso (C-108/10).

I giudici di Lussemburgo sono stati chiamati a valutare se la vicenda ATA fosse inquadrabile come un trasferimento d'azienda ai sensi del diritto dell'UE; e quindi se la disposizione della Finanziaria non si ponesse in contrasto con il principio della continuità dei rapporti di lavoro e del mantenimento del trattamento economico e normativo per i lavoratori trasferiti presso il nuovo datore. L'esistenza di un trasferimento d'azienda è stata valutata alla luce della direttiva 187 del 1977, e non della successiva 50 del '98 (oggi assorbita dalla 2001/23/CE) in ragione del fatto che la riassunzione del personale da parte dello Stato è avvenuta prima della scadenza dei termini per il recepimento della prima (dicembre 2000). Le conclusioni accolte nella sentenza non sono però in contrasto con il quadro normativo sopravvenuto.

A giudizio della Corte di giustizia il passaggio del personale ATA configura senz'altro un trasferimento d'azienda, dal momento che con esso si è realizzato il mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, come definita dalla pluriennale giurisprudenza della Corte stessa. La natura economica dell'attività è esclusa infatti solo nel caso questa rappresenti esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, a nulla rilevando il fatto che i lavoratori siano o meno pubblici dipendenti.

Il riferimento all'esercizio dei poteri pubblici vale anche ad escludere che rilevi nel caso di specie l'eccezione che permette di non applicare la direttiva nelle ipotesi di "riorganizzazione amministrativa" e di "trasferimento di funzioni amministrative tra pubbliche amministrazioni" (eccezione oggi formalmente sancita dall'articolo 1, n.1 direttiva 2001/23). Con essa si precisa semplicemente che la riorganizzazione di una struttura pubblica non comporta di per sé un trasferimento d'azienda, salva comunque la possibilità di dimostrare che il trasferimento vi sia. Il chiarimento della Corte su questo punto è importante, perché contraddice la pretesa del Governo italiano di sottrarsi agli obblighi previsti dalla direttiva grazie ad un'interpretazione estensiva di detta eccezione, che finirebbe per privare di tutela i lavoratori pubblici solo per il fatto di essere coinvolti in processi di riorganizzazione dell'amministrazione di appartenenza.

Anche il fatto che l'attività trasferita si basi essenzialmente sulla manodopera e non implichi il trasferimento di elementi patrimoniali non permette di escludere l'esistenza di un trasferimento d'azienda. Ciò perché (di nuovo, come chiarito più volte dalla pregressa giurisprudenza della Corte) anche un gruppo strutturato di lavoratori, dotato di propria autonomia organizzativa, può costituire un' "azienda" (o un ramo d'azienda) per il diritto dell'UE, qualora appunto svolga attività che non richiedono (come nel caso di specie) un significativo impiego di beni e materiali.

I lavoratori ATA vanno considerati quindi un'azienda che è stata "trasferita", dal momento che è passata alle dipendenze di un altro datore mantenendo nel passaggio la propria identità. Neppure rileva il fatto che il trasferimento sia avvenuto per effetto di una decisione

unilaterale dei pubblici poteri (nel caso, una legge) e non in forza di un accordo tra cedente e cessionario, essendo pacifico che l'esistenza di un concorso di volontà non è un presupposto per l'applicazione della direttiva.

## **Il mancato riconoscimento dell'anzianità viola i diritti dei lavoratori trasferiti**

Ma è la seconda parte della sentenza, relativa al mancato riconoscimento dell'anzianità di servizio dei lavoratori ATA, a contenere le affermazioni più interessanti e innovative. In particolare in essa la Corte risolve la questione oggetto della controversia leggendo il paragrafo 2 dell'articolo 3 della direttiva (che consente la sostituzione del contratto collettivo applicato dal cedente con quello di pari livello applicato dal cessionario) alla luce del precedente paragrafo 1, il quale, nel garantire il mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti, identifica lo scopo fondamentale della direttiva "nell'impedire che i lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento". Da ciò si ricava l'importante conclusione che l'effetto sostitutivo dei contratti collettivi, funzionale a consentire l'adattamento delle condizioni di lavoro al nuovo contesto produttivo, non può però produrre "l'effetto di imporre ai lavoratori condizioni di lavoro globalmente meno favorevoli di quelle applicabili prima del trasferimento". Non ha quindi giustificazione alla luce della direttiva una norma che (come l'articolo 8 della legge 124/99 reinterpretato dalla Finanziaria del 2006) nell'attribuire un'anzianità "fittizia" ai lavoratori trasferiti, impedisce loro di beneficiare del trattamento economico che il CCNL applicato dal cessionario garantirebbe, qualora fosse riconosciuta l'anzianità maturata presso il cedente. Il peggioramento retributivo sostanziale che ne consegue rispetto alla posizione goduta immediatamente prima del trasferimento costituisce una violazione del principio generale, posto a base della direttiva, per il quale i diritti maturati dai lavoratori presso il cedente devono essere salvaguardati dal cessionario.

## **C'è un giudice a Berlino**

La vicenda ATA si è dunque risolta positivamente, grazie all'intervento dei giudici europei. Per dirla con Brecht, c'è un giudice a Berlino e questa non può che essere una buona notizia. La debole e ignorata Europa sociale rappresenta oggi un argine alla furia deregolatrice del legislatore italiano, che se può ignorare chi ad essa si oppone dentro i confini nazionali, non può prescindere dai vincoli che gli derivano dalla sua appartenenza alla famiglia europea. Chiamare in causa i giudici che siedono a Strasburgo ed a Lussemburgo diventa quindi sempre più indispensabile per contrastare le norme più inique. A partire dal famigerato articolo 8 ■

# IL GHETTO DEI DISABILI

ANDREA RANFAGNI

## Possibile adibire tutti i lavoratori con handicap alla medesima unità produttiva

Tra le misure più inique introdotte dalla Manovra di agosto (convertita nella legge 148/2011) come misure anticrisi vi è sicuramente quella relativa ai lavoratori disabili.

L'art. 9 della legge si occupa infatti del collocamento obbligatorio dei lavoratori affetti da disabilità, nonché delle categorie equiparate a quest'ultimi (orfani, vedove ai caduti sul lavoro o per atti di terrorismo o della criminalità organizzata, etc.), riscrivendo interamente la disciplina oggi vigente per ciò che attiene al meccanismo delle "compensazioni".

In tal senso viene interamente modificato il comma 8 dell'art. 5, l. n. 68/1999, ovvero della legge contenente "*Norme per il diritto al lavoro dei disabili*", che dovrebbe avere come finalità fondamentale, appunto, la promozione dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa delle persone disabili nel mondo del lavoro attraverso servizi di sostegno e di collocamento mirato (art. 1).

Il rischio che si corre con le novità introdotte è che si arrivi, come già emerso nel dibattito creatosi sul punto, ad una vera e propria "ghettizzazione" dei lavoratori disabili.

Vediamo perché.

### **Il meccanismo della compensazione: il regime previgente**

Il punto sul quale si interviene è, come detto, quello delle "compensazioni".

Il riferimento è a quel meccanismo che consente ai datori di lavoro pubblici e privati di rispettare le quote di assunzione obbligatoria, aumentando il numero di disabili assunti in una determinata unità produttiva, oltre la quota richiesta per legge, compensando poi il minor numero di disabili, al di sotto della soglia legale, assunti in altra unità produttiva. E ciò laddove si tratti di aziende o amministrazioni che presentano una certa dislocazione delle loro sedi sul territorio. Si parla a tal proposito anche di "compensazione territoriale".

Prima della riforma in commento, il comma 8 dell'art. 5, l. n. 68/1999, individuava un regime "controllato" delle compensazioni.

Tanto i datori di lavoro pubblici quanto i datori di lavoro privati, per poter operare la compensazione dovevano infatti rispettare una procedura autorizzatoria.

In particolare, l'azienda o la PA che voleva avvalersi di tale possibilità doveva effettuare un'apposita richiesta motivata al Ministero del lavoro, il quale poi provvedeva entro 150 giorni dalla presentazione dell'istanza.

Le motivazioni che potevano essere addotte a sostegno della richiesta di compensazione territoriale erano fondate sulla situazione organizzativa dell'azienda e sul numero degli iscritti negli elenchi del collocamento obbligatorio in ciascun ambito provinciale (art. 5, D.P.R. n. 333/2000).

Il precedente sistema delle compensazioni territoriali era dunque finalizzato a rendere possibile una certa flessibilità nel collocamento obbligatorio, consentendo alle imprese ed alle amministrazioni di poter assolvere gli obblighi in materia in modo proporzionato al numero di iscritti nelle liste, che può essere superiore in un territorio rispetto che in un altro.

Si trattava pertanto di una flessibilità in grado di andare a vantaggio sia delle imprese, sia dello stesso sistema assistenziale italiano, aumentandone l'efficienza. Le imprese potevano assumere maggiori disabili in unità in cui c'era più bisogno. Allo stesso tempo, però, ciò consentiva anche un maggior e più proporzionato inserimento dei disabili, che tenesse conto del numero degli iscritti nelle varie liste territoriali.

Compito dell'ente pubblico autorizzatorio (ovvero il Ministero per il tramite della Direzione Generale per l'Impiego, per quel che riguardava le compensazioni tra regioni, il servizio provinciale, per le realtà intraregionali) era quindi effettuare le valutazioni contemperando interessi pubblici ed interessi delle imprese. Non si trattava, dunque, di un sistema finalizzato a tutelare solo quest'ultime. Tale controllo consentiva altresì di impedire che i disabili fossero concentrati in alcune unità produttive, lasciandone altre del tutto prive.

Il precedente sistema delle compensazioni territoriali prevedeva poi che le imprese private potessero operare il meccanismo in questione anche su base infra regionale.

Qualora cioè queste avessero unità produttive presenti in più regioni, la compensazione poteva avvenire tra un'unità produttiva presente in una regione e un'unità presente in un'altra.

Per le PA, invece, era ammessa solo la compensazione all'interno della medesima regione.

### **La liberalizzazione delle compensazioni territoriali: fa tutto il datore**

Con l'art. 9 del d.l. n. 138/2011 viene meno tutto il sistema previgente e si realizza una vera e propria liberalizzazione del meccanismo delle compensazioni territoriali, soprattutto per quanto riguarda il settore privato.

## La malattia del disabile e il licenziamento per superamento del comportamento

In primo luogo, viene meno, per il settore privato appunto, il meccanismo autorizzatorio anzi descritto. Le imprese potranno adesso procedere autonomamente ad effettuare le compensazioni, senza alcun controllo ed autorizzazione da parte del Ministero del lavoro. Il nuovo comma 8, art. 5, l. n. 68/1999, dice infatti che, ferme restando le quote obbligatorie di lavoratori disabili, i datori di lavoro privati possono assumere un numero di aventi diritto presso un'unità produttiva eccedente la percentuale del numero di lavoratori assegnabile in quella realtà, portando, in via automatica, le eccedenze a compenso del minor numero di lavoratori assunti nelle altre unità produttive. Alcun previo rilascio di autorizzazione è previsto, essendo rimasto solo l'obbligo di provvedere a comunicare in via telematica un prospetto generale da cui risulti il rispetto delle quote di assunzione obbligatoria. Come si intuisce, viene introdotta una piena libertà di manovra del datore di lavoro privato, che può dunque lui decidere come e dove compensare le quote, senza più alcun controllo dello Stato. Si prevede poi espressamente che la compensazione avvenga su base nazionale. In realtà, da quest'ultimo punto di vista non è cambiato niente. Nel settore privato la compensazione territoriale era infatti già possibile, come visto prima, tra regioni.

Altra novità rilevante è invece quella per cui il nuovo meccanismo della compensazione trova applicazione anche per i "gruppi d'impresa". Ovviamente in riferimento alle sole sedi italiane, qualora si tratti di multinazionali. La legge legittima così processi di esternalizzazione dei lavoratori disabili, con loro concentrazione solo in determinate imprese di un gruppo (o anche in una sola impresa), lasciando esenti altre; tutto ciò con buona pace della finalità di integrazione e collocamento mirato cui dovrebbe tendere la legge 68/99. Nulla è cambiato per quanto riguarda invece il settore pubblico. Per le PA è, infatti, rimasto il solito meccanismo autorizzatorio delle compensazioni territoriali sopra descritto ed esso può essere attuato solo nell'ambito della medesima regione.

### Verso una ghettizzazione

Che con le novità introdotte dall'art. 9 della Manovra si realizzi una vera e propria liberalizzazione delle compensazioni territoriali è fuori di dubbio. Del resto, il Governo l'ha anche blindata, stabilendo con il nuovo comma 8-quater dell'art. 5, l. n. 68/1999, che "*Sono e restano abrogate tutte le norme incompatibili con le disposizioni di cui ai commi 8, 8-bis e 8-ter*". Non saranno pertanto invocabili norme che in qualche modo impediscano una completa ed autonoma gestione delle compensazioni da parte delle imprese dislocate sul territorio italiano.

Allora il rischio è veramente quello che si arrivi ad una "ghettizzazione" dei lavoratori disabili, con unità produttive in cui vi si troveranno a lavorare solo quest'ultimi ed unità produttive in cui, invece, lavoreranno solo lavoratori non disabili, in barba alle finalità della stessa legge n. 68/1999 che punta sì a garantire il lavoro al disabile, ma anche e soprattutto in un'ottica di integrazione di quest'ultimo e di parificazione con chi invece non è affetto da alcuna disabilità.

Oltre a ciò, è comunque lo stesso diritto al lavoro del disabile in pericolo. Il rischio è che certe zone del territorio italiano i disabili abbiano meno sbocchi occupazionali che in altri, a causa della decisione di un'azienda di concentrare il più possibile le assunzioni dei disabili in un certo territorio anziché in un altro.

Sembra, in conclusione, che il Governo abbia frainteso quelle che erano le finalità del meccanismo delle compensazioni, il quale, come detto, era lungi dal voler essere un sistema a tutela solo delle imprese ■

Con sentenza n. 17720 del 29 agosto 2011, la Corte di Cassazione ha affermato il principio per cui i giorni di malattia derivanti dalla incompatibilità del lavoratore disabile (quindi della sua disabilità) con le mansioni ad esso affidategli non sono computabili nel periodo di comportamento. Tale sentenza conferma precedenti orientamenti della Corte Suprema e trova fondamento oltre che nell'art. 2087 c.c., relativo al dovere di tutela della salute dei propri dipendenti da parte del datore di lavoro, altresì nei principi costituzionali di cui agli artt. 3, 32, 38, terzo comma, Costituzione. Ai sensi dell'art. 10, comma 1, l. n. 68/1999 ai lavoratori assunti obbligatoriamente in quanto appartenenti a categorie protette, si applica il trattamento normativo ed economico previsto dalle leggi e dai contratti collettivi. Questo significa, per quel che qui interessa, che da un lato anche per il disabile vale il dovere del datore di lavoro di tutelare la sua salute ex art. 2087 c.c., cui si aggiunge ex art. 10, comma 2, l. n. 68/1999, il dovere di adibirlo a mansioni compatibili con il suo stato fisico (ovvero con la sua disabilità); dall'altro lato però anche il disabile la può essere licenziato per superamento del periodo di comportamento ex art. 2110 c.c.. Il motivo per cui la Cassazione afferma che nel periodo di comportamento non può rientrarvi il periodo di malattia del disabile causato da incompatibilità del suo stato fisico (la disabilità) con le mansioni attribuitegli, trova fondamento nel fatto che l'impossibilità della prestazione lavorativa deriva in questo caso direttamente da una condotta colposa del datore di lavoro: la violazione dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 10, comma 2, l. n. 68/1999. In tal senso viene anche richiamato il principio dell'equivalenza delle cause sancito dall'art. 41 c.p. e ritenuto applicabile al caso di specie. In base a tale principio, deve essere presa in considerazione la condotta che sia stata causa del verificarsi di un determinato evento, nel nostro caso rappresentato dall'impossibilità di lavorare, anche qualora accanto ad essa ve ne siano state altre (cosiddette concause) contemporanee, preesistenti e sopravvenute. Conseguentemente, afferma la Cassazione, sia le assenze derivanti da malattie aventi un collegamento diretto con le mansioni svolte dall'invalido (quindi malattie conseguenza diretta dell'incompatibilità tra la disabilità del lavoratore e le mansioni attribuitegli), sia le assenze derivanti da malattie rispetto alle quali le mansioni svolte abbiano solo un ruolo di concausa (quindi le malattie derivanti, oltre che dall'incompatibilità tra la disabilità del lavoratore e le mansioni attribuitegli, anche da altri fattori) devono essere escluse da quelle utili per la determinazione del periodo di comportamento. E ciò, appunto, stante il diritto del disabile ad essere adibito a mansioni compatibili con la propria condizione (art. 10, comma 2, l. n. 68/1999), ed il correlato obbligo del datore di lavoro di tutela della sua salute ex art. 2087 c.c., con la condotta colposa che, in caso di violazione, ne deriva e che può assurgere sia a causa unica, sia a concausa. In altre parole e in conclusione, se l'evento impossibilità di lavorare deriva "da" o "anche da" inadempimenti del datore di lavoro, allora quei giorni di malattia non devono essere computati. Siamo di fronte ad un'importante prerogativa del lavoratore disabile che, tuttavia, presenta delle difficoltà applicative. E' compito infatti di quest'ultimo eventualmente dimostrare l'inadempimento datoriale, quindi il non averlo adibito a mansioni compatibili con il proprio stato di salute, il nesso di causalità tra l'inadempimento stesso, il danno alla salute subito e le conseguenti assenze dal lavoro.

# MA ANCHE

GIOVANNI ORLANDINI

## La sentenza di Pomigliano: un verdetto salomonico che non convince

Il 14 settembre il giudice Ciochetti ha depositato le motivazioni della sentenza del giugno scorso con la quale il Tribunale di Torino ha deciso il ricorso presentato dalla FIOM per contestare gli accordi di Pomigliano del 29 dicembre 2010 e 17 febbraio 2001; accordi destinati a regolare i rapporti di lavoro e le relazioni sindacali nello stabilimento "Giambattista Vico". In base ad essi, come noto, un "nuovo" datore di lavoro (Fabbrica Italia Pomigliano spa) subentra a FIAT nella gestione dello stabilimento, riassumendo ex novo i lavoratori in esso già impiegati, sottraendosi ai vincoli del contratto nazionale di categoria ed estromettendo la FIOM dal sistema di rappresentanza sindacale in azienda.

Il ricorso, fondato sull'articolo 28 dello Statuto dei lavoratori, era teso ad accertare l'illegittimità di tali accordi per violazione dell'articolo 2112 del codice civile in materia di trasferimento d'azienda e, di conseguenza, far dichiarare antisindacale la condotta di FIAT e della newco Fabbrica Italia nei confronti della FIOM.

Con una salomonica decisione, il Tribunale di Torino ha respinto il ricorso sotto il primo profilo, sancendo la piena legittimità ed efficacia degli accordi, ma lo ha accolto sotto il secondo, dichiarando al contempo antisindacale l'esclusione della FIOM dalla rappresentanza in azienda.

Si è trattata senz'altro di una decisione sorprendente, dal momento che i due profili del ricorso si ponevano come strettamente connessi e consequenziali. Ed invero, dalla lettura delle motivazioni, emerge un percorso argomentativo nient'affatto scontato e molto articolato, proprio perché teso a separare le due questioni oggetto del ricorso: applicazione dell'art.2112 e diritto di rappresentanza in azienda della FIOM. Le conclusioni cui si giunge dopo 72 pagine di argomentazioni, arricchite da colti richiami al dibattito dottrinale, tuttavia non convincono.

### L'impostazione seguita dal Tribunale di Torino

L'argomentazione del Tribunale muove da una lettura unificata delle due questioni (illegittimità degli accordi e antisindacalità della condotta); il che è giustificato dal fatto di essere l'azione basata sull'articolo 28 dello Statuto. La questione da risolvere dunque è quella dell'antisindacalità del comportamento dell'impresa convenuta (anzi, delle imprese: FIAT group e Fabbrica Italia); comportamento che si è estrinsecato in primo luogo nella stipula dell'accordo separato, destinato ad applicarsi a tutti i lavoratori (ri)assunti dalla newco, quindi nella estromissione di FIOM dalla rappresentanza sindacale nella stessa.

Seguendo tale impostazione, il Tribunale focalizza il proprio ragionamento sulla legittimità dell'accordo alla luce dei principi del diritto sindacale, ed in specie del principio di effettività che (a ragione) viene evocato come fondativo del sistema in assenza di una compiuta regolazione per via legislativa, giusta l'inattuazione dell'articolo 39 Cost. In ciò però sta il vizio dell'argomentazione, che finisce per essere carente proprio sulla questione che avrebbe dovuto rappresentare il cuore della stessa, ovvero l'interpretazione e l'applicazione al caso di specie dell'articolo 2112 c.c..

La prima parte della sentenza è infatti centrata su una ricostruzione del dibattito dottrinale tesa a chiarire il valore e l'efficacia delle fonti del diritto sindacale. Ciò al fine di giungere alla conclusione che gli accordi di Pomigliano sono del tutto validi ed efficaci, in quanto tali

*flash*

### Collocamento obbligatorio anche in caso di trasferimento d'azienda

Con l'Interpello n. 30 del 9.8.2011 il Ministero del lavoro ha fornito una importante interpretazione in materia di obbligo di assunzione delle categorie protette e trasferimento d'azienda.

Nello specifico, al Ministero del lavoro è stato chiesto se nelle ipotesi di trasformazioni societarie poste in essere sulla base dell'art. 2112 c.c. con superamento della soglia occupazionale da cui consegue per legge l'obbligo di assumere disabili, quest'ultimo trovi applicazione oppure no. E ciò, soprattutto, stante il fatto che la l. n. 68/1999 prevede all'art. 3, comma 2, che la prima quota di riserva - quella di un lavoratore per i datori di lavoro che occupano tra i 15 e i 35 dipendenti - scatta solo nelle ipotesi di "nuova assunzione", ovvero quando l'azienda con 15 dipendenti assume il 16° lavoratore. In altre parole, il quesito è: nel caso di azienda che ha in forza 15 dipendenti e che, per effetto di un trasferimento ex art. 2112 c.c., vede aumentare il proprio organico sopra i 15, i/l lavoratori/e che vede passare alle proprie dipendenze costituiscono/sce "nuove/a assunzioni/e" oppure no? Il dubbio nasce dal fatto che, in base allo stesso art. 2112 c.c., nel passaggio di dipendenti da un'impresa ad un'altra per effetto di trasferimento d'azienda si realizza una vera e propria continuità giuridica dei rapporti di lavoro. La stessa azienda cessionaria non è infatti neanche tenuta a comunicare al Centro per l'impiego l'assunzione dei nuovi lavoratori. Essa deve, infatti, limitarsi a comunicare il mero cambio di titolarità del soggetto datoriale. Nonostante ciò, il Ministero del lavoro ha ritenuto che comunque nel caso di specie si sia di fronte a "nuove assunzioni". Infatti, sebbene non si instauri un vero e proprio nuovo rapporto di lavoro, vi è comunque un incremento "stabile" dell'organico aziendale del cessionario per effetto del trasferimento d'azienda. Ciò basta - nell'ottica di una interpretazione sistematica di tutte le disposizioni della l. n. 68/1999 e della salvaguardia dei diritti fondamentali dei lavoratori diversamente abili - per far scattare l'obbligo dell'assunzione delle categorie protette. Il "nuovo organico" è pertanto la base occupazionale cui riferirsi ai fini della corretta determinazione della quota di riserva. Il Ministero del lavoro ha poi precisato che l'ipotesi di "cambio di appalto" con passaggio di personale dall'impresa uscente all'impresa subentrante fuoriesce da tale meccanismo. L'eventuale aumento dell'organico aziendale oltre i 15 dipendenti presso l'impresa subentrante non determinerà quindi alcun obbligo di assunzione del disabile. Siamo di fronte infatti, precisa il Ministero, ad un aumento dell'organico meramente "provvisorio" e non "definitivo" come nei casi di trasformazioni societarie. Esso risulta cioè destinato a subire una contrazione al termine dell'esecuzione dell'appalto stesso.

capaci di regolare i rapporti di lavoro dei lavoratori assunti dalla newco. Una conclusione giuridicamente condivisibile, ma a patto di chiarirne con più precisione il significato. E' vero che, in assenza di regole che ne governino l'esercizio, la negoziazione collettiva nel nostro ordinamento risponde al solo principio dell'effettività, per il quale i contratti si firmano con i sindacati che sono in grado di imporsi al datore come controparte. E, per le stesse ragioni, un'impresa è libera di non aderire al sistema confederale e di applicare un unico contratto di livello aziendale, o anche di non applicarne alcuno. Ed è altrettanto vero che, nel rispetto dei diritti garantiti dalla legge (articolo 8 permettendo...) tale accordo è "potenzialmente" efficace erga omnes, ovvero è funzionale a regolare i rapporti di lavoro di tutti i dipendenti impiegati nell'azienda. Così come è vero che un contratto aziendale validamente stipulato può derogare al contratto nazionale; e ciò non perché, come impropriamente suggerisce lo stesso Tribunale, lo consenta l'Accordo del 28 giugno (che rileva solo sul piano dei rapporti inter-sindacali), ma perché nessuna norma di legge lo impedisce.

Ma il punto che era necessario chiarire nella vicenda "Pomigliano" non era se gli accordi fossero o meno valido secondo i principi generali del diritto sindacale, bensì appunto se ed in che modo nel caso di specie l'articolo 2112 c.c. potesse costituire un ostacolo alla piena applicazione di tali principi.

Sulla questione il Tribunale invece quasi sorvola e la risolve in maniera opinabile. Nella sostanza si sostiene infatti che la sussistenza di un trasferimento d'azienda non produrrebbe comunque effetti rilevanti, dal momento che i lavoratori di FIAT group saranno riassunti da Fabbrica Italia e ad essi si applicherà un nuovo contratto di primo livello in sostituzione del contratto nazionale, in linea con quanto previsto proprio dall'articolo 2112, al suo comma 3. Da ciò l'inutilità di procedere ad una valutazione in merito all'applicabilità o meno della norma.

### La discutibile interpretazione dell'art. 2112 comma 3

L'interpretazione che il Tribunale dà dell'art.2112 comma 3 è quanto meno discutibile perché contraria non solo alla ratio ma alla stessa lettera della disposizione. Questa ammette che il cessionario possa non rispettare il contratto collettivo applicato dal cedente laddove applichi a sua volta un contratto collettivo di pari livello. Il che, secondo il Tribunale, avverrebbe in Fabbrica Italia dal momento che vi si applicherebbe un contratto di primo livello sostitutivo del contratto nazionale: l'accordo del 29 dicembre è infatti così definito dalle parti, non esistendo (grazie all'uscita di Fabbrica Italia da Confindustria) alcun contratto nazionale di livello superiore da applicare in azienda. Si tratta però di un'argomentazione sorprendente perché tale da svuotare di senso la disposizione codicistica. Il fine di questa è di garantire la continuità di trattamento per i lavoratori, che sarebbe compromessa se il cessionario potesse sostituire un contratto collettivo nazionale con uno di livello decentrato; cosa che accade nel caso in esame. Il contratto stipulato da Fabbrica Italia è infatti inequivocabilmente un contratto aziendale, a nulla rilevando la qualificazione che di esso hanno dato le parti. Il riferimento ai "livelli" contenuto nella norma del codice non può essere inteso in senso meramente nominale, ma in senso sostanziale; ed un contratto aziendale resta di livello inferiore rispetto a quello nazionale anche se definiti entrambi di primo livello dalle parti stipulanti. Dunque l'applicazione dell'articolo 2112 è tutt'altro che irrilevante, perché esso impedisce all'accordo separato di primo livello di imporsi con

efficacia erga omnes in sostituzione del (ed in deroga al) CCNL applicato prima del trasferimento.

Ma c'è di più. Come chiarito dalla Corte di giustizia nella sentenza Scattolon (C-108/10) coeva, per ironia della sorte, a quella in commento, l'articolo 3.2 della direttiva 77/187 (del quale l'art.2112 comma 3 costituisce recepimento) va interpretato alla luce del principio generale (cui l'intera direttiva si ispira) per il quale le condizioni di lavoro dei lavoratori trasferiti, anche in caso di sostituzione dei contratti collettivi, non devono risultare globalmente meno favorevoli rispetto a prima del trasferimento. Da ciò si ricava che, anche se si ammettesse con il Tribunale l'effetto "sostitutivo", sarebbe possibile comunque contestare l'applicazione delle clausole contrattuali degli accordi di Pomigliano peggiorative rispetto ai trattamenti contrattuali applicati nello stabilimento prima del suo passaggio a Fabbrica Italia.

Il vero problema è però un altro, ed è rappresentato dall'essere il CCNL unitario del 2008 in scadenza e disdetta da Federmeccanica; e ciò rischia di vanificare gli effetti dell'articolo 2112, venendo meno la possibilità per gli iscritti alla Fiom di rivendicare il CCNL applicato da FIAT prima del trasferimento. Si tratterebbe di valutare la sua persistente ultrattività per la Fiom, nonostante la disdetta; ma è una strada impervia da percorrere. Altrimenti non resterebbe che l'appiglio dei contratti aziendali già applicati in azienda da FIAT group (in parte in attuazione proprio di quel CCNL).

Questi erano i delicati profili della vicenda da analizzare e approfondire nella controversia attivata dalla Fiom; profili che presuppongono l'applicabilità dell'articolo 2112. Ma di ciò non c'è traccia nella sentenza in esame.

### La violazione degli obblighi di consultazione sindacale

Ora, come detto, la risposta del Tribunale alla prima questione oggetto dell'azione in giudizio della Fiom (quella relativa all'illegittimità dell'accordo) può giustificarsi per la base giuridica sulla quale l'azione stessa si è fondata: l'articolo 28 dello Statuto appunto, funzionale non a riconoscere diritti individuali dei lavoratori (quali sono quelli derivanti dall'articolo 2112), ma a contrastare una condotta antisindacale del datore. Si potrebbe dunque convenire con il Tribunale che, anche laddove l'articolo 2112 si ritenesse applicabile, non si potrebbero cogliere profili di antisindacalità della condotta; l'accordo firmato dal datore è infatti legittimo, pur se limitato nei suoi effetti dalla norma in questione. E ciò anche se si aderisse ad una diversa (e più corretta) interpretazione del comma 3 del medesimo articolo.

Così però non è. Il Tribunale, nell'ignorare la rilevanza dell'articolo 2112, omette di considerare che ad esso si associa anche l'obbligo di rispettare la procedura di informazione e consultazione sindacale previste dall'articolo 47, L.428/90. Nel caso di specie, sussistendo (come sussiste) un trasferimento d'azienda, sia il cedente (FIAT group) che il cessionario (Fabbrica Italia) avrebbero dovuto attivare la procedura nei confronti delle RSU presenti in azienda o delle RSA, nonché dei sindacati di categoria o comunque dei sindacati comparativamente più rappresentativi; e ciò al fine di pervenire ad un accordo in merito alle modalità del trasferimento, senza preclusioni nei confronti di alcuno tra gli organismi sindacali richiamati. La norma è inderogabilmente posta a tutela dell'interesse del sindacato ad essere coinvolto nelle decisioni aziendali che portano ad un mutamento della titolarità dei rapporti di lavoro e la sua violazione costituisce un comportamento antisindacale: la rimozione degli effetti di tale comportamento disposta dal giudice dovrebbe comportare la riattivazione del processo negoziale con il coinvolgimento della Fiom

e con la conseguente messa in discussione dell'accordo separato, stipulato in violazione della procedura di legge.

Invece l'articolo 47 non è tenuto in alcuna considerazione dal Tribunale, al punto che nella sentenza si legge che gli accordi di Pomigliano validamente disporrebbero dei diritti dei lavoratori trasferiti, anche laddove si applicasse l'articolo 2112; quando invece l'articolo 47, comma 5 L.428/90 (e prima ancora il diritto dell'UE) consente di conseguire un simile risultato soltanto in caso di impresa in stato di crisi accertata o sottoposta a procedure concorsuali.

## Il diritto della FIOM alla rappresentanza sindacale

L'aver negato la rilevanza dell'articolo 2112 ha reso estremamente complessa l'argomentazione in base alla quale, con la seconda parte del dispositivo, si riconosce il diritto della FIOM di nominare propri rappresentanti in azienda; diritto riconosciuto nonostante l'articolo 19 dello Statuto, richiamato dalle parti stipulanti gli accordi separati, sembri negarlo.

L'articolo 2112 implicherebbe il diritto della FIOM di avere propri rappresentanti in azienda: ciò sia in forza del comma 1, visto che tra i diritti dei lavoratori per i quali è garantita la continuità presso il cessionario vi rientra anche il diritto ad eleggere i propri rappresentanti e ad essere eletti negli organismi di rappresentanza; sia in virtù del comma 3 sopra richiamato. Sotto questo secondo profilo, sorprende che il Tribunale non abbia considerato come l'accordo "aziendale" di primo livello, se anche si volesse intendere sostitutivo del contratto nazionale, certo non potrebbe sostituire l'Accordo interconfederale del 1993 che regola la costituzione delle RSU, applicato da FIAT group e la cui vigenza è a più riprese riconosciuta dallo stesso Tribunale.

## L'abuso del diritto di contrattazione collettiva

Ma, si è detto, la strada scelta dai giudici torinesi è stata di prescindere dall'articolo 2112 e fondare altrove il diritto della FIOM di mantenere i propri rappresentanti nella newco. Alcuni passaggi delle argomentazioni seguite per giungere a tale conclusione meritano di essere sottolineati e valorizzati, perché, come premesso, tutt'altro che scontati: in primo luogo laddove si qualifica l'accordo con il quale si esclude il diritto della FIOM a nominare i propri rappresentanti una forma di "abuso" del diritto di negoziazione. Un'affermazione che apre scenari di controllo nel merito degli accordi collettivi da parte del giudice; e ciò non per contestarne la validità, ma per "disapplicarne" parti considerate strumentali al perseguimento di finalità antisindacali da parte datoriale.

L'abuso in questo caso consisterebbe in un utilizzo improprio del diritto di negoziare collettivamente, in quanto finalizzato ad estromettere dall'azienda un sindacato certamente rappresentativo ed a sottrarsi al sistema di rappresentanza definito dall'accordo del '93: uno scopo che non avrebbe alcuna relazione con le finalità di incremento della produttività che si afferma voler perseguire con la stipula degli accordi di Pomigliano.

Da salutare positivamente è la stessa definizione dell'attività negoziale come "diritto", in virtù del richiamo alle fonti sovranazionali ed in specie all'articolo 28 della Carta dei diritti dell'Unione europea, giusta l'assenza di riferimenti certi nel diritto "interno". Un passaggio questo di non poco conto, se si considera che il valore della Carta di fonte direttamente vincolante negli ordinamenti nazionali è tutt'altro che pacifico nella giurisprudenza europea (ed anzi è negato dalla Carta stessa).

## L'art. 19 dello Statuto

L'argomentazione seguita dal Tribunale è tanto più ardita se si considera poi che la clausola di "esclusione" della FIOM contenuta negli accordi di Pomigliano si basa sulla lettera dell'articolo 19 dello Statuto, dunque pare legittimata dalla legge. Anche in merito alla norma statutaria si è scelta la via argomentativa meno lineare: quella di affermare che essa effettivamente riconosce il diritto alla rappresentanza solo per i sindacati firmatari del contratto applicato in azienda, negando al tempo stesso legittimità ad una clausola contrattuale che recepisce tale disposizione di legge. Più logico sarebbe stato rileggere l'articolo 19 come norma che riconosce il diritto a costituire RSA a tutti i sindacati che abbiano attivamente partecipato alla negoziazione, indipendentemente dall'apposizione della firma all'accordo finale. Una lettura coerente con la ratio della sentenza della Corte costituzionale n.244 del 1996, che pur tale norma ha fatto salva. In caso contrario, non restava che sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale in merito all'articolo 19, alla luce del nuovo ed inedito contesto sindacale: il che avrebbe contribuito a far chiarezza su una norma ormai chiaramente inidonea a governare il sistema della rappresentanza in azienda.

In conclusione, lo sforzo argomentativo del Tribunale per giungere a riconoscere il diritto alla rappresentanza della FIOM è notevole ed apprezzabile in alcuni suoi passaggi, ma frutto di un'impostazione discutibile perché non fondata sull'articolo 2112; un'impostazione rischiosa perché, proprio per la sua assenza di linearità, passibile di essere contraddetta in sede di appello.

flash

## Decreto taglia riti: cosa cambia per il lavoro

Publicato il d.lgs. n. 150/2011, il cosiddetto decreto taglia riti, che di fatto attua una riorganizzazione del processo civile, riconducendo gli oltre trenta riti conosciuti dal nostro ordinamento ai soli tre maggiori: processo ordinario di cognizione, processo del lavoro e processo sommario di cognizione. Per il lavoro, le novità più rilevanti riguardano le controversie in materia di discriminazioni e l'opposizione all'ordinanza ingiunzione emanata a seguito di violazioni amministrative in materia di igiene, salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

Al rito sommario di cognizione ex artt. 702-bis e ss., c.p.c., viene infatti ricondotto tutto quell'insieme di procedimenti speciali presenti in materia antidiscriminatoria dai vari testi legislativi. Dunque, processo più breve perché senza una vera e propria attività istruttoria del giudice.

Il decreto prevede però alcune novità, tra cui l'obbligo del giudice di tener conto, ai fini della liquidazione del danno, dell'eventuale carattere ritorsivo della discriminazione posta in essere dal datore di lavoro per aver il lavoratore discriminato effettuato in precedenza una causa. Altresì interessante la possibilità per il giudice di disporre l'ordine di pubblicazione del provvedimento di condanna su di un quotidiano di tiratura nazionale.

L'opposizione all'ordinanza ingiunzione di pagamento di sanzioni amministrative per la violazione di norme di igiene, salute e sicurezza, invece, seguirà le regole del processo del lavoro, con l'onere di proporre ricorso entro 30 giorni dalla notifica. Maggiori approfondimenti sul prossimo numero del Bollettino.

## E l'art. 8?

Resta poi da capire se e come può influire sull'esito dell'appello l'entrata in vigore dell'articolo 8 della manovra estiva, il cui comma 3-bis rende i contratti aziendali firmati prima dell'accordo del 28

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  
Alessia Betti  
Francesco Rusconi

dirittilavoro@gmail.com

giugno efficaci “per tutto il personale delle unità produttive cui” si riferiscono. La norma è stata introdotta con il chiaro obiettivo di chiudere la partita processuale a vantaggio della FIAT. Non è affatto detto però che l’obiettivo sia raggiungibile. In primo luogo perché l’eventuale efficacia erga omnes degli accordi di Pomigliano non implica la disapplicazione dell’articolo 2112, qualora (come auspicabile) si accogliesse una diversa lettura della norma con riferimento al caso in questione; il comma 3-bis poi non garantisce agli accordi aziendali il potere di derogare né al contratto nazionale né (tanto meno) alla legge, visto che (a differenza del precedente comma 3) nulla dispone a riguardo. In secondo luogo perché la norma non mette in alcun modo in discussione il diritto alla rappresentanza sindacale della FIOM. In terzo luogo perché su tale disposizione (come su tutto l’articolo 8) gravano fondatissimi sospetti di illegittimità, sia sotto il profilo della sua compatibilità con i principi costituzionali (articoli 39 e 24 in primis) sia sotto il profilo del rispetto dell’articolo 6 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo, che garantisce il diritto all’equo processo, vieta l’ingerenza del legislatore nell’amministrazione della giustizia per influenzare l’esito delle controversie in corso ed ammette deroghe al principio di irretroattività della legge per sole “ragioni d’interesse generale”, difficilmente dimostrabili nel caso in esame. Ed è appena il caso di ricordare che l’Italia nel giugno scorso è stata condannata dalla Corte di Strasburgo per aver violato l’articolo 6 della CEDU con la normativa sul personale ATA, proprio perché lesiva del principio di irretroattività della legge ■

flash

## Manovra: le altre novità per il lavoro

### Tirocini formativi (articolo 11)

Regole più rigide in materia di tirocini. Viene introdotto un limite di durata massima di 6 mesi, comprensivo delle proroghe, e si ammette l’attivazione del tirocinio solo per neo-diplomati e neo-laureati da non oltre 12 mesi. Deroghe sono ammesse per disabili fisici e psichici, tossicodipendenti e soggetti sottoposti a misure alternative alla detenzione. La norma solleva dubbi fondati di legittimità costituzionale, visto che si incide sulle competenze regionali in materia di formazione professionale.

### Reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (articolo 12)

Per contrastare il caporalato viene introdotto nel codice penale un nuovo reato (603 bis) che punisce con la reclusione da 5 a 8 anni chi recluta manodopera sfruttando i lavoratori “mediante minaccia o intimidazione”, approfittando del loro stato di bisogno o di necessità. Gli indici di sfruttamento vengono identificati nella “sistematica” retribuzione inferiore ai minimi contrattuali, “sistematica” violazione delle norme sui tempi di lavoro, la violazione delle norme in materia di sicurezza. Per come è configurato il reato, la prova in merito ai suoi presupposti costitutivi non si prospetta agevole. La norma si aggiunge alle previgenti disposizioni che sanzionano la somministrazione irregolare e fraudolenta e fa salvi eventuali reato più gravi.

### Contratti collettivi nelle imprese ferroviarie (art. 8, comma 3-bis)

Con la manovra si è operata anche una piccola ma significativa riforma della normativa di attuazione delle direttive del 2001 in materia ferroviaria. L’ultimo comma dell’articolo 8 (3-bis) dispone che le imprese ferroviarie e le associazioni internazionali di imprese ferroviarie che operano sull’infrastruttura ferroviaria nazionale, siano tenute ad applicare “i contratti collettivi nazionali di settore, compatibilmente con la legislazione comunitaria”. E’ una norma di più che dubbia legittimità sul piano costituzionale (per contrasto con l’articolo 39). Difficile anche renderla compatibile con il diritto

dell’UE in materia di concorrenza, alla cui luce essa dovrebbe essere interpretata.

### Licenziamento per raggiungimento dei 40 anni di contribuzione (art. 1, comma 16)

Viene estesa anche agli anni 2012, 2013 e 2014 la facoltà riconosciuta dall’art. 72, comma 11, d.l. n. 112/2008. Trattasi della facoltà della PA di licenziare i propri dipendenti che hanno raggiunto il requisito di 40 anni di anzianità contributiva.

### Innalzamento dell’età pensionabile delle donne nel settore privato (art. 1, comma 20)

Viene anticipato dal 1° gennaio 2020 al 1° gennaio 2014 il meccanismo di crescita graduale che porterà l’età necessaria per la pensione di vecchiaia delle donne del settore privato da 60 a 65 anni. Questo progressivo innalzamento, che durerà 12 anni, porterà alla completa equiparazione dell’età pensionabile tra uomini e donne del settore privato a far data dal 1° gennaio 2026.

### Differimento della corresponsione del trattamento di fine servizio (art. 1, commi 22 e 23)

Cambia il sistema di erogazione del trattamento di fine servizio dei pubblici dipendenti. Prima della Manovra esso veniva corrisposto decorsi 6 mesi dalla cessazione del rapporto di lavoro, adesso trascorsi 24 mesi. Il termine di sei mesi vale, invece, solo per coloro che cessano dal servizio per raggiungimento dei limiti di età o di servizio previsti dagli ordinamenti di appartenenza, per collocamento a riposo d’ufficio a causa del raggiungimento dell’anzianità massima di servizio prevista dalle norme di legge o di regolamento applicabili nell’amministrazione. Per quest’ultimi la disciplina previgente non prevedeva alcun differimento dell’erogazione. Si prevede poi che la nuova disciplina non valga per coloro che hanno maturato i requisiti per il pensionamento prima della data di entrata in vigore della stessa Manovra.

Delle suddette novità, nonché delle altre contenute nel d. l. n. 138/2011, seguiranno approfondimenti nei prossimi numeri del bollettino.