

Agosto 2011



Consistenti del Lavoro
Consiglio Provinciale
dell'Ordine di Milano

Via Aurispa, 7 20122 Milano.

Tel: 02/58308188 - Fax: 02/58310605

e-mail: comm.centrostudi@consistentidellavoro.mi.it

Sintesi

Rassegna di giurisprudenza e di dottrina

SOMMARIO

- | | |
|---|---|
| 2 L'inganno delle liberalizzazioni | 4 Fondo di garanzia TFR: operatività anche in assenza di procedura concorsuale |
| 3 Licenziamento collettivo: la contestualità della comunicazione di recesso alle OOS | 5 Diritto alla trasformazione a tempo parziale secondo le indicazioni del CCL |
| 3 Licenziamento per superamento del periodo di comportamento | 6 Licenziamenti collettivi: aspetti procedurali e criteri di scelta |
| 4 Conseguenze in caso di inosservanza della procedura di avvio della CIGS | 6 Necessità del nulla osta per il trasferimento dei dirigenti delle RSA |

IL PUNTO

Ogni occasione è buona per attaccare le professioni e demolire il sistema ordinistico italiano. Questa volta l'occasione è stata fornita dalla manovra per salvare l'Italia dal default. Manovra tutt'ora in corso, i cui effetti sono ancora tutti da scoprire ma di sicuro saranno a carico dei soliti noti. Ma quale aiuto avrebbe dato all'economia italiana l'abolizione degli ordini professionali? Nessuno. E quale aiuto, invece, avrebbe portato ai cd poteri forti italiani? Tantissimi. Sì, perché avrebbero messo le mani su un comparto che potrebbe arricchire l'economia di pochi a scapito della tutela della fede pubblica e del sistema deontologico che è proprio delle professioni e non del libero mercato. Molto attivi sono stati i vertici delle categorie e per tutti il nostro Presidente nazionale, Marina Calderone, che a nome del CUP (Comitato Unitario delle Professioni), essendone anche il presidente, ha guidato la delegazione che in questo mese di agosto si è battuta per la salvaguardia non solo degli ordini ma del valore sociale delle professioni italiane. La liberalizzazione del settore degli Ordini Professionali merita approfondimenti non solo di natura economica e sociale. All'interno di questo numero di SINTESI proponiamo l'editoriale della rivista giuridica Leggi di Lavoro n. 4/2011, del collega Luca De Compadri, responsabile della rivista stessa. All'interno della rivista citata, il Collega, propone un proprio saggio che sviluppa alcune interessanti riflessioni giuridiche in materia.

ARGOMENTO DI ALTO INTERESSE

Licenziamento collettivo: la contestualità della comunicazione di recesso alle OOS

COMMISSIONE STUDI E RICERCHE DELL'ORDINE CONSISTENTI DEL LAVORO
DELLA PROVINCIA DI MILANO

Presidente dell'Ordine

Giovanni Zingales

Coordinatore scientifico del CSR

Potito di Nunzio

Sezione Studi e Ricerche

Gilberto Asnaghi, Riccardo Bellocchio,

Stefano Guglielmi, Greta Leoni, Morena

Domenica Massani, Roberto Montelatici, Sabrina

Pagani, Silvana Pagella, Fabio Pappalardo, Lalla

Pollacchini Pagani, Pozzi Laura, Paola Rizzo

Sezione Semplificazione normativa

Andrea Asnaghi, Gianluca Belloni, Luca Bonati,

Marco Cassini, Stella Crimi, Mariagrazia di Nunzio,

Donatella Gerosa, Alessandro Graziano, Luca Insabato,

Paolo Lavagna, Giuseppe Mastalli, Paolo Reja

Sezione Scuola e Università: Gabriele Corra, Anna De Lillo, Luciana Mari, Elena Piscitello, Alessandro Proia

Sezione Formazione e aggiornamento professionale:

Alessandro Cornaggia, Isabella Di Molfetta, Luca Paone,

Roberto Picci, Enrico Vannicola

L'inganno delle liberalizzazioni

Luca De Compatri-Rivista giuridica
Leggi di Lavoro n. 4/2011

Se il senso della modernità migliore trova una sua realizzazione nella soppressione degli ordini professionali, in quanto barriere inutili e di fatto ostacolanti lo sviluppo economico, si prefigurerebbe un'ipotesi di Stato, fondata sul c.d. liberismo, secondo cui lo Stato medesimo, limitandosi a costruire solamente essenziali infrastrutture, lascerebbe al mercato la determinazione di regole spontanee in un contesto evolutivo proprio, governato da una mano invisibile, che secondo Adam Smith rappresenterebbe la Provvidenza del libero mercato. Conseguenza diretta del processo liberista è la deregolamentizzazione del sistema, al fine di eliminare ogni restrizione agli affari, dando maggiore impulso alla concorrenza.

Quest'ultima sarebbe da sola in grado di regolare i meccanismi dell'economia: la concorrenza offre un compenso immediato e naturale che una folla di rivali si affanna ad ottenere, ed agisce con più grande efficacia di una punizione distante, dalla quale ciascuno può sperare di sfuggire (cfr. Adam Smith, *La ricchezza delle nazioni*). Ma in un contesto normativo, così rigidamente segnato e caratterizzato da continui impulsi precettivi, la soppressione del sistema ordinistico, sistema strutturato ed anteriore alla idea stessa di Stato, non trova un senso giuridico compiuto, assumendo, invero, la veste di un evidente, ma ingannevole, "laissez faire". L'ordine professionale, fondando la sua identità nella c.d. regola deontologica, funge da interprete misurato e moralizzante nella necessaria dinamica della relazione tra lo stato ed il cittadino, atteso che il sistema necessita di regolare i rapporti diretti con una pubblica amministrazione, che è parte attiva nella gestione dei beni primari, compresi quelli previdenziali ed assistenziali. Non può, al riguardo, sfuggire il fatto che lo stesso rapporto lavoristico sia rigidamente vincolato al rapporto previdenziale, che vede come parte terza obbligatoria l'ente amministrativo.

L'attuale tentativo di soppressione degli ordini sembra non rispondere ad una logica di ristrutturazione dello Stato, ma più semplicemente ad uno spossamento di competenze, al fine di attrarre le medesime verso "il capitale", che diverrebbe l'unico contraddittore della pubblica amministrazione nell'unica logica conosciuta del profitto, senza regole, poiché non troverebbe più cittadinanza la essenzialità deontologica

della singola professione. La concorrenza vera tutelata dall'ordine, ente di diritto pubblico, nell'ambito di una garanzia di conoscenza professionale necessaria, lascerebbe il posto ad un sistema di oligopolio, dove la conoscenza del singolo perderebbe l'autonomia propria dell'arte liberale, divenendo propedeutica ad un profitto di mercato, in cui verrebbero a confondersi i controllanti con i controllori. L'oligopolio dei servizi professionali in dote al capitale porterebbe all'inevitabile massimizzazione del profitto e, quindi, ad un sicuro innalzamento del prezzo del servizio professionale spossato agli ordini.

Questi ultimi, in realtà, rappresentano la garanzia statale del giusto accesso professionale, alimentando una concorrenza in cui il profitto trova una sua umanizzazione nel controllo dell'ordine stesso sul rispetto della dignità e del decoro della professione, anche delimitato dalle indicazioni della tariffa. Peraltro, la dignità ed il decoro menzionati sono a tutela dell'affidamento dei terzi, destinatari dell'opera del professionista e sono la necessaria specificazione del principio civilistico della correttezza e buona fede, attesa la particolare importanza dell'opera professionale, che è volta a soddisfare esigenze primarie del cittadino. Il contenuto dell'impegno ordinistico è coltivato nella crescita dell'individuo professionista nella sua globalità, poiché la prestazione professionale non si compone unicamente di profitto, ma di impegno e qualità della prestazione medesima. In verità mentre nel sistema oligopolistico (capitalistico puro) è l'offerta che determina il prezzo, portando sempre più profitto agli offerenti, non essendovi regole di mercato, nel sistema attuale, fondato sugli ordini, il prezzo viene calmierato nel sistema di controllo operato dagli ordini stessi.

La concorrenza perfetta non può essere ottenuta senza regole: la mano invisibile, così tanto decantata dai teorici del liberismo, quale provvidenza genetica del sistema economico libero, realizza un'utopia.

Il sistema ordinistico, non è un limite allo sviluppo, ma una garanzia di sviluppo professionalmente garantito, un ambito di vera concorrenza, che necessita certamente di nuove regole, di nuova linfa normativa, di nuovi strumenti di svolgimento dell'attività, di nuove modalità di accesso, ma sempre nel fermo rispetto dell'originario principio deontologico, che, purtroppo, è sconosciuto dai teorici del liberismo.



QUESTIONE TRATTATA

“LICENZIAMENTO COLLETTIVO: la contestualità della comunicazione del recesso alle organizzazioni sindacali e alle organizzazioni pubbliche.”

SENTENZA

Cassazione Civile Sez.Lav.
31 marzo 2011 n. 7490.

TESI-DECISIONE

La Corte di Cassazione torna ad occuparsi della questione relativa al requisito della contestualità della comunicazione del recesso alle organizzazioni sindacali e ai competenti uffici del lavoro (ex. art.4, comma 9, Legge n. 223/1991).

In particolare, nel caso di specie, la società, nell'ambito di un licenziamento collettivo per riduzione del personale, aveva comunicato il recesso ai lavoratori il 16 ottobre 2003 e alla Fiom CGIL 15 giorni dopo, senza alcuna giustificazione. In primo grado era stato dichiarato inefficace il licenziamento collettivo ed era stata disposta la reintegrazione dei lavoratori nel posto di lavoro e il diritto al risarcimento dei danni, ritenendo la procedura viziata per difetto di contestualità tra il recesso e la comunicazione ex art. 4 comma 9 cit. nonché per insufficienza e indeterminatezza dei criteri di scelta. In secondo grado, la Corte di Appello confermava la statuizione di primo grado ed interpretava tale ritardo come un comportamento antisindacale. La società proponeva ricorso, ma lo stesso veniva rigettato.

La Suprema Corte infatti, richiama un consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui "il requisito della contestualità della comunicazione del recesso alle organizzazioni sindacali e alle indicate amministrazioni pubbliche, comunicazioni sicuramente richieste a pena di inefficacia del licenziamento, non può non essere valutato, in una procedura temporalmente cadenzata in modo rigido e analitico, e con termini decisamente ristretti, nel senso di una necessaria contemporaneità la cui mancanza vale ad escludere la predetta sanzione della inefficacia del licenziamento solo se dovuta a giustificati motivi di natura oggettiva da comprovare dal datore di lavoro". I Giudici rifiutano ogni qualsivoglia nozione elastica del requisito della contestualità (sebbene presente in qualche precedente della Corte), affermando quindi che la contestualità deve essere letta come contemporaneità ed essa è essenziale in quanto permette alle OO.SS. di esercitare il controllo sull'operato del datore di lavoro, assolvendo pertanto una necessaria funzione di garanzia.

QUESTIONE TRATTATA

“LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO”

SENTENZA

cass. civile. sezione lavoro,
7 aprile 2011 n. 7946

TESI-DECISIONE

Come disciplinato dall'art.2110, comma 2 del Codice Civile, il lavoratore durante la malattia ha diritto alla conservazione del posto di lavoro, la cui durata (periodo di comportamento) è stabilita dalla legge, dalla contrattazione collettiva ed in mancanza dagli usi, differenziandosi in relazione all'anzianità di servizio ed al livello di inquadramento del lavoratore; solo al termine di tale periodo il datore di lavoro avrà la facoltà di licenziare il lavoratore.

La sentenza del 2011 (che rigetta il ricorso presentato da una lavoratrice a seguito della sentenza della Corte di Appello di Venezia del 14.7.2008) richiama nel suo svolgimento un punto di fondamentale interesse in materia di recesso per superamento del periodo di comportamento e cioè che il licenziamento (art. 2118 Codice Civile), è illegittimo se la malattia sia stata causata in tutto o in parte dalla particolare nocività delle mansioni

svolte o dall'ambiente di lavoro, qualora il datore non abbia adottato le misure idonee a prevenirla. Spetta comunque al lavoratore provare che lo stato morboso sia stato causato da fattori nocivi insiti nelle modalità di esercizio delle mansioni (Cassazione 10/4/1996, n. 3351; Cass., 7/4/2003, n. 5413).

Vale la pena ricordare come la Corte chiarisca che il presupposto del licenziamento è supportato dall'art. 2110 Codice Civile, che prevale, in considerazione della sua specialità, sia sulla disciplina prevista dall'art. 1256 Codice Civile (impossibilità definitiva e temporanea della prestazione) sia sulla disciplina limitativa della L. n. 604/1966. Il superamento del limite temporale previsto dalla legge rappresenta una condizione sufficiente di recesso senza la prova del giustificato motivo oggettivo né della sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa.



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cassazione – 31 maggio 2011, n. 12056

“CONSEGUENZE DERIVANTI A CARICO DEL DATORE DI LAVORO in caso di inosservanza della procedura di avvio CIGS”

TESI-DECISIONE

La sentenza in oggetto tratta il ricorso in Cassazione di un'Azienda cui viene contestata l'illegittimità della collocazione in CIGS di un dipendente e viene condannata al pagamento della differenza tra la normale retribuzione di fatto e quanto percepito a titolo di CIGS dal lavoratore. In particolare viene contestato che la comunicazione inviata dall'Azienda alle RSU sia del tutto generica circa le indicazioni dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in CIGS e che non siano state indicate le modalità di rotazione. La sentenza si sviluppa attraverso l'analisi combinata della L. n. 223/91 e del D.P.R. n. 218/2000 che rappresentano il cuore di tutta la trattazione. La sovrapposizione delle due fonti normative dà origine ad un problema di coordinamento della disciplina della fase di avvio della procedura di ammissione alla CIGS. Viene così chiarito che il D.P.R. n. 218 ha lo scopo di semplificare il procedimento amministrativo che consente l'autorizzazione alla CIGS e non incide con effetto abrogativo o modificativo sulle disposizioni legislative previste dalla L. n.

223/91, poiché in tal caso verrebbero meno il complesso di garanzie a tutela dei lavoratori e delle Organizzazioni sindacali.

Pertanto i dettami previsti dalla L. n. 223/91, non possono essere superati o non considerati poiché costituiscono parte integrante e fondamentale della procedura di avvio.

Inoltre, l'accordo sindacale, peraltro intervenuto dopo la sospensione dei lavoratori, non vale a sanare l'inosservanza delle procedure descritte.

Si conferma, pertanto, l'orientamento delle Corti in materia: in caso di intervento straordinario di integrazione salariale per un programma di ristrutturazione, riorganizzazione o conversione aziendale, che implichi una temporanea eccedenza di personale, il datore di lavoro è tenuto a fornire alle rappresentanze sindacali comunicazione contenente l'indicazione dei criteri di individuazione dei lavoratori da sospendere e le modalità di rotazione. In caso di assenza dei dati i lavoratori possono rivolgersi al giudice ordinario per ottenere la retribuzione piena e non integrata.

QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass. Sez. Lav.
1° aprile 2011
n° 7585

“FONDO DI GARANZIA COSTITUITO PRESSO L' INPS: operatività anche in caso di assenza di procedura concorsuale”

TESI-DECISIONE

Nel caso oggetto del contenzioso il lavoratore ha esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione forzata nei confronti del datore di lavoro insolvente per ottenere da questi il pagamento del TFR. Nella fattispecie, tuttavia, il datore di lavoro non era stato riconosciuto fallito per l'esiguità del credito azionato, e su tale base l'Inps ha negato l'intervento del Fondo di garanzia (in quanto, in base

all'art. 2 L. 29 maggio 1982 n. 297 non potrebbe operare in assenza di procedura concorsuale).

La Corte di Cassazione, invece, ritiene dovuto l'intervento del Fondo essendo sufficiente, in particolare, che il lavoratore (come nel caso di specie) abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva.



QUESTIONE TRATTATA

“ DIRITTO DEL LAVORATORE ALLA TRASFORMAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO DA TEMPO PIENO A TEMPO PARZIALE secondo le indicazioni del Contratto Collettivo di lavoro ”

SENTENZA

Cassazione Civile
Sezione Lavoro n. 9769
del 04/05/2011

TESI-DECISIONE

La vicenda sottoposta al giudizio della Corte riguarda un lavoratore, con un contratto di lavoro a part time temporaneo, che richiede la continuazione del proprio rapporto part time, in due momenti; uno alla scadenza del primo periodo di part time e l'altro dopo un anno.

La società rifiutava la trasformazione per ragioni organizzative e produttive in entrambi i casi nonostante, soprattutto nel secondo caso, a breve distanza dalla richiesta del lavoratore la società concedeva il part time ad altre due persone, in luogo del ricorrente.

La Cassazione interviene enunciando due principi fondamentali. Innanzitutto il lavoratore non ha un diritto alla trasformazione del rapporto di lavoro pur in presenza di condizioni stabilite dal contratto aziendale o collettivo di lavoro (condizioni di studio o di salute). In questo quadro normativo, infatti, la posizione del lavoratore aspirante alla trasformazione del proprio rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale non può essere qualificata in termini di diritto soggettivo; ciò in quanto, in via prioritaria, devono sussistere le esigenze organizzative e produttive aziendali atte quantomeno a permettere, se non ad esigere, che le prestazioni di lavoro, in una determinata unità produttiva, siano svolte in regime di tempo parziale.

E' quindi il datore di lavoro, discrezionalmente, che stabilisce se sussistono le esigenze aziendali per accogliere le domande dei lavoratori. Potere discrezionale del datore di lavoro che non è sindacabile dal dipendente, aggiunge la sentenza. In secondo luogo, una volta che il datore di lavoro abbia ritenuto sussistenti, in una determinata unità produttiva, l'esigenza di prestazioni a tempo parziale, la decisione di concedere o negare la trasformazione del rapporto di lavoro a part time, non è più discrezionale bensì vincolata ai criteri prestabiliti in sede di accordo collettivo, ai quali il datore di lavoro deve conformarsi nella regolazione dei singoli rapporti. Sulla base di questi principi la posizione datoriale rispetto alla concessione del part time richiesto da un dipendente corrisponde ad un potere discrezionale nell'*an* e vincolato nel *quomodo*.

Quindi, se non vi è un diritto soggettivo del lavoratore a sindacare le decisioni datoriali in ordine alla sussistenza o meno delle esigenze organizzative e produttive, si può invece ravvisare in capo al dipendente una posizione di diritto soggettivo suscettibile di tutela risarcitoria relativamente alle modalità di esercizio di quel potere, e dunque, relativamente al potere del datore di lavoro di scegliere a chi accordare il part time tra quei dipendenti che ne abbiamo fatto richiesta, per la prima volta o in via di rinnovo.



QUESTIONE TRATTATA

“ LICENZIAMENTI COLLETTIVI; la Corte di Cassazione esamina gli aspetti procedurali e i criteri di scelta ”

SENTENZA

Cass. Civ. Sez. lavoro,
n. 9348 del 26.04.2011

TESI-DECISIONE

La Sentenza della Corte di Cassazione Civile riguarda una vertenza in cui è parte Poste Italiane. Tre sono gli aspetti valutati dalla Corte in ordine ai quali così si esprime:

1. L' Accordo Interconfederale stabilisce che le RSU subentrano alle RSA. Pertanto, se la comunicazione prevista dalla legge n. 223 /91 per l'apertura della procedura di mobilità (i.e. comunicazione dell'eccedenza, dei profili interessati etc.) è stata effettuata nei confronti di queste a seguito di Accordo che ha previsto il subentro delle RSU alle RSA, il datore di lavoro ha agito correttamente;

2. Si riafferma il seguente pensiero in tema di verifica del rispetto degli oneri procedurali: la sufficienza della comunicazione si valuta in relazione ai motivi della riduzione di personale, sottratti al controllo giurisdizionale. Pertanto, nel caso di progetto imprenditoriale diretto a ridimensionare l'organico dell'intero complesso aziendale

al fine di diminuire il costo del lavoro, l'imprenditore può limitarsi all'indicazione del numero complessivo dei lavoratori eccedenti suddiviso tra i diversi profili professionali contemplati dalla classificazione del personale occupato nell'azienda. E ciò a maggior ragione se si esclude qualsiasi limitazione del controllo sindacale e in presenza della conclusione di un accordo con i sindacati all'esito della procedura, che, nell'ambito delle misure idonee a ridurre l'impatto sociale dei licenziamenti, adotti il criterio di scelta del possesso dei requisiti per l'accesso alla pensione;

3. Legittimità del criterio di scelta della "pensionabilità" dei lavoratori: da tempo la Corte di Cassazione ha ritenuto legittima l'adozione del suddetto criterio conforme al principio di non discriminazione in ragione dell'anzianità, anche nella sua dimensione europea, nonché ai criteri di razionalità ed equità (cfr, in particolare, Cass. 24 aprile 2007, n. 9866 e Cass. 21 settembre 2006, n. 20455).

QUESTIONE TRATTATA

“ NECESSITÀ DEL NULLA-OSTA per il trasferimento dei dirigenti delle RSA ”

SENTENZA

Corte di Cassazione n.
9619 del 2 maggio 2011

TESI-DECISIONE

Il trasferimento dall'unità produttiva dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali può essere disposto, così prevede lo Statuto dei Lavoratori, solo previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza.

Nella fattispecie si è trattato di un provvedimento di trasferimento dall'unità produttiva di Nola a quello di Rivalta Torinese. Il lavoratore contesta il provvedimento per il mancato rispetto della proce-

dura prevista dall'art. 22 dello Statuto dei lavoratori. Il comportamento dell'azienda è stato ritenuto antisindacale dai Giudici, in quanto la soppressione delle mansioni non vale ad esentare il datore di lavoro dal rispetto della procedura ivi prevista. Per l'incarico rivestito, il lavoratore rappresenta tutte le categorie di lavoratori dello stabilimento e non solo quella degli autisti, reparto lavorativo di appartenenza del lavoratore.