

PARTE II  
**GIURISPRUDENZA**



# IL CASO

IL CASO «THYSSENKRUPP» SOTTO IL PROFILO PENALE E CIVILE

---

*Francesca Curi* (\*)

## (1) UNA RESPONSABILITÀ «IBRIDA» PER LA SOCIETÀ THYSSENKRUPP DI TORINO. UN *DÉJÀ VU* DA SUPERARE

SOMMARIO: 1. L'antefatto «punito»: l'incendio a Torino del 2002 e nel 2006 nello stabilimento di Krefeld, in Germania. — 2. L'incendio del 6 dicembre 2007: esito mortale per sette operai. — 3. La responsabilità dell'ente per l'omicidio colposo plurimo. — 3.1. I primi precedenti giurisprudenziali sull'art. 25-*septies*, d.lgs. n. 231/2001. — 3.2. «Interesse» e omicidio colposo: la scelta dei giudici della Corte torinese. — 4. La natura «ibrida» della responsabilità degli enti. — 4.1. Un *déjà vu* da superare.

1. — *L'antefatto «punito»: l'incendio a Torino del 2002 e nel 2006 nello stabilimento di Krefeld, in Germania* — Nel marzo del 2002 un incendio di vaste proporzioni, per il cui spegnimento furono necessarie 16 squadre di Vigili del fuoco e due giorni di turni ininterrotti, si sviluppò negli stabilimenti della ThyssenKrupp acciai, con sede a Torino. Allora presero fuoco le vasche contenenti 20.000 litri di olio, necessario per la fase di lavorazione nel raffreddamento delle lamiere (zona laminatoio Sendzimir 62). Il fuoco si propagò, inoltre, nel piano interrato e per circa 60 metri di cubicoli sotterranei, percorsi da cavi elettrici. Per fortuna non ci furono vittime. L'allora presidente del Comitato esecutivo, nonché titolare delle deleghe in materia di sicurezza e igiene del lavoro, venne condannato per incendio colposo, avendo omesso di individuare le misure di prevenzione e protezione da adottare contro il rischio incendio e per non avere segnalato la necessità di interventi costosi rivolti a fronteggiare l'imminente rischio di incendio (1).

---

(\*) Professore associato di Diritto penale presso l'Università di Bologna, sede di Ravenna.

(1) Il fatto viene riportato in sentenza dalla Cassazione, che conferma la condanna inflitta in appello, conformemente al primo grado di giudizio, per incendio colposo (art. 449, comma 1, cod. pen.) in capo al presidente del comitato esecutivo, nonché titolare delle deleghe in materia di sicurezza e igiene del lavoro (Cass., Sez. IV., 10 dicembre 2008, dep. 28 gennaio 2009, n. 4123, in *Dir. rel. ind.*, 2009, 2, p. 404, con nota di M. Giovannone, Y. Russo).

Nel giugno del 2006 un altro grave episodio, per molti aspetti analogo, provocò seri danni agli impianti del fabbricato industriale della ThyssenKrupp Nirosta, a Krefeld in Germania. Gli stessi vertici aziendali dichiararono che «solo per miracolo» non si verificò una sciagura umana. A seguito di questo incidente l'intero complesso industriale, a livello mondiale, si attivò per la «prevenzione incendi» con importanti iniziative e l'erogazione di ingenti capitali, che tuttavia – per quanto concerne l'Italia – vennero dirottati esclusivamente a Terni, poiché per lo stabilimento di Torino era prevista l'imminente chiusura (2).

La notte tra il 5 e 6 dicembre 2007 hanno perso la vita sette operai per un incendio divampato all'interno della Linea 5, nello stabilimento ThyssenKrupp Ast di Torino (3).

La Corte d'Assise non ha esitato a qualificare i tragici eventi verificatisi quella notte nei termini prescritti dall'art. 423 cod. pen., ritenendo che il fuoco che si era sprigionato avesse le caratteristiche di: «vastità delle porzioni, [...] tendenza a progredire e [...] difficoltà di spegnimento» (4).

---

(2) Nel sito ufficiale della Thyssen-Krupp è stato pubblicato, nel luglio del 2007, un articolo, che suona quasi beffardo: «Prevenire è meglio che spegnere. Il sistema antincendio della ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni punta su prevenzione e protezione». Già dalle prime righe una sorta di autodenuncia, alla luce dei fatti più recenti: «L'incendio che nel 2006 ha gravemente danneggiato alcuni impianti dello stabilimento di Krefeld della ThyssenKrupp Nirosta dimostra quanto serio sia il rischio di simili eventi all'interno di realtà come le nostre, dove le potenziali cause di incendio sono moltissime: da quelle elettriche (scintille, surriscaldamento di motori ecc.) alle esplosioni, fino alla distrazione umana (classico è l'esempio del mozzicone di sigaretta involontariamente gettato tra sostanze infiammabili). Per questo, la ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni si è da tempo dotata di una struttura antincendio che agisce su tre diversi fronti: prevenzione, protezione e spegnimento» ([www.acciaiterni.it](http://www.acciaiterni.it), gennaio 2012).

(3) «Quello avvenuto nello stabilimento ThyssenKrupp Ast di Torino il 6 dicembre 2007 è, come elemento oggettivo, un "incendio": non solo secondo il significato comune della parola, ma altresì secondo la definizione giuridica di incendio contenuta nell'art. 423 cod. pen., come interpretata dalla costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, condivisa da questa Corte» (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009, dep. 14 novembre 2011, pagina 74 della motivazione, integralmente reperibile in: [www.lastampa.it](http://www.lastampa.it)).

(4) A pagina 76 della motivazione si dà conto delle risultanze probatorie a sostegno di tale qualificazione giuridica dei fatti, rimandando «alla già citata documentazione fotografica e video in atti, da cui emergono le "tracce" dell'incendio sui muri del corridoio e fin sul soffitto del capannone, oltre che in molte parti dell'impianto: i membri della Corte ne hanno preso anche visione personalmente, essendosi per due volte recati (vd. relativi verbali in atti) a visitare l'impianto sotto sequestro».

L'episodio ha avuto origine da «piccole fiamme», alimentate originariamente da carta imbevuta di olio (di laminazione), che hanno assunto la vastità e anche, nel caso di specie, la «distruttività» dell'incendio (5) (requisito peraltro richiesto da una giurisprudenza minoritaria della Cassazione) quando hanno determinato la «rottura» ovvero lo «sfilamento» di uno – e in rapidissima successione di altri – flessibili contenenti olio idraulico in pressione. Sostanza combustibile che ha provocato il cd. *flash-fire* ovvero una istantanea diffusione dell'olio infiammato, con il cd. «effetto torcia»; come tale, impossibile da spegnere prima che tutto l'olio contenuto nell'impianto fosse terminato (6).

Per la specifica ascrizione delle diverse responsabilità penali, si è reso necessario ricostruire brevemente la storia dello stabilimento di Torino.

L'insediamento industriale piemontese vanta una tradizione nella produzione dedicata alla lavorazione dell'acciaio che risale agli anni precedenti la seconda guerra mondiale. Passato di mano in mano, attraverso numerosi proprietari, dalla seconda metà degli anni novanta lo stabilimento viene acquisito dalla multinazionale ThyssenKrupp Ag, «casa madre» con sede in Germania. «In capo alla “casa madre” si concentravano le – sole – decisioni relative al gruppo in generale: strategia, gestione degli investimenti anche finanziari, rapporti con l'azionariato diffuso; per il resto, il gruppo era gestito su base “decentralizzata”. La gestione della ThyssenKrupp Ag era demandata a due organismi: un comitato esecutivo (altrimenti detto *executive board*) che assumeva le decisioni manageriali quotidiane (e che nel dicembre 2007 era composto da otto membri), e un comitato di sorveglianza (altrimenti detto *supervisory board*) che controllava il comitato esecutivo (e che nel dicembre 2007 era composto da venticinque membri)» (7).

Da questa ricostruzione emerge che: «... lo stabilimento di Torino non dipendeva da un imprenditore che ivi svolgeva la sua unica attività produttiva, ma era uno dei tanti stabilimenti di un gruppo, di vastissime dimensioni; come tale, utilmente confrontabile con altri stabilimenti – sempre *stainless* – dello stesso “gruppo”, oltre che con quello di Terni» (8). Da ciò i giudici della Corte d'Assise hanno desunto in modo anco-

---

(5) Requisito della «distruttività» richiesto da una giurisprudenza di legittimità minoritaria: Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981 (riguardante l'incendio avvenuto all'interno della camera iperbarica dell'istituto ortopedico «Galeazzi» di Milano), in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

(6) Pagina 77 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

(7) Pagina 87 e 88 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

(8) Pagina 89 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

ra più evidente le «gravissime carenze strutturali e organizzative» che hanno contraddistinto le condizioni di lavoro, della sicurezza sul lavoro in generale e della sicurezza antincendio in particolare (9).

La conferma documentale della differenza, in particolare fra i due stabilimenti italiani, si trae dall'esame dei rispettivi bilanci ThyssenKrupp Ast, anteriori al 2007. Infatti, negli anni dal 2000 al 2007 l'azienda ha investito, nella prevenzione antincendio, nella sola «area a freddo» dello stabilimento di Terni, circa 12 milioni di euro; nello stabilimento di Torino, del tutto corrispondente, come produzione e personale, l'investimento è stato di poco meno di tre milioni di euro.

Il 7 giugno 2007 viene resa pubblica la decisione di trasferire gli impianti a Terni, con la conseguente chiusura dello stabilimento di Torino, che dovrà avvenire entro quindici mesi a partire dal 23 luglio 2007, data in cui viene siglato un accordo anche con i Sindacati. È particolarmente evidente lo stato di degrado, creatosi negli ultimi anni di esercizio, con un'accelerazione a partire dalla primavera del 2007, a ridosso dell'annuncio ufficiale della «dismissione» degli impianti torinesi (10).

La pubblica accusa ha riassunto nei seguenti punti i profili di maggiore criticità delle condizioni lavorative presenti in azienda, nell'autunno del 2007:

1) riduzione degli interventi di manutenzione e di pulizia sulle linee, con conseguenti perdite di olio dai tubi e accumuli di carta non rimossa in prossimità e sotto i macchinari, su un pavimento piano privo della pendenza necessaria per il deflusso;

2) frequenti incendi di varie proporzioni (11);

---

(9) «... appare qui interessante sottolineare come tale situazione rendesse lo stabilimento di Torino, nel periodo rilevante ai fini del presente giudizio e, pertanto, qui considerato (secondo la contestazione della Procura della Repubblica, dal giugno 2006) del tutto anomalo rispetto agli standard degli altri stabilimenti delle *sub holding* di ThyssenKrupp Stainless, in Germania, in particolare a Krefeld e a Terni: in quest'ultimo, paragonando anche, in particolare, l'area cd. a freddo, corrispondente per gli impianti, per le lavorazioni presenti e per il numero di occupati, proprio all'intero stabilimento di Torino» (pagina 89 della motivazione).

(10) «È infatti documentalmente provato che tale decisione risalisse a parecchi anni prima, come emerge da una «presentazione» aziendale interna in PowerPoint del marzo 2005 (v., tra i documenti in sequestro, ritualmente tradotto), in cui si prevedeva l'inizio dello «smantellamento» degli impianti di Torino per il loro trasferimento a Terni a dicembre 2005» (pagina 97 della motivazione).

(11) «Vi è un altro dato molto significativo [*Omissis*]: quello relativo al consumo di materiale estinguente nello stabilimento di Torino, tratto dalle fatture emesse per le ricariche degli estintori e delle bombole, dalle quali emerge che, nel periodo

3) mancanza di una effettiva organizzazione di percorsi informativi e formativi dei lavoratori;

4) drastica riduzione del numero dei dipendenti e venir meno delle professionalità più qualificate, in particolare, sia dei capituorno manutenzione, cui era demandata secondo le procedure aziendali la gestione dell'emergenza incendi, sia degli operai più esperti e specializzati.

All'esito del dibattimento, tutti gli elementi sopra elencati hanno trovato pieno riscontro probatorio.

2. — *L'incendio del 6 dicembre 2007: esito mortale per sette operai* — Il lavoro sulla Linea 5 si svolgeva a ciclo «continuo», ventiquattrore su ventiquattro, con turni di 8 ore, che dovevano essere svolti da cinque lavoratori. Alle ore ventidue del cinque dicembre smontano dal turno tre operai, mentre due si fermano per lavorare anche nel turno successivo, in straordinario «comandato»: infatti, in quel periodo a fronte della sopravvenuta scarsità di manodopera e, in particolare, di manodopera qualificata, era stato ricordato ai dipendenti come il contratto di lavoro imponesse loro di continuare il lavoro, oltre il turno già effettuato, in caso la squadra «montante» non fosse al completo. A settembre un dirigente aveva emesso un comunicato, con il quale ricordava tale obbligo e le conseguenti sanzioni in caso di inosservanza, in presenza di attività a ciclo continuo (12).

Vi è sostanziale concordanza, anche sotto il profilo delle numerose perizie tecniche, sul luogo in cui l'incendio ha avuto origine, nonché sulle modalità di innesco e sullo sviluppo, sino al «collasso» di un flessibile del circuito oleodinamico, contenente olio in pressione (a 140 bar), fattore che ha provocato il repentino e devastante propagarsi delle fiamme, nella forma di cd. *flash-fire* (13).

«L'unica vera e accertata "anomalia" verificatasi quella notte è stato

---

2002-2007, risultano ricaricati (i dati sono forniti dalla analisi effettuata dalla Procura della Repubblica, ma non sono, in quanto tali, oggetto di contestazione da parte delle difese): 4912 estintori portatili a CO2 da 5 chili (i più diffusi, ma anche quelli presenti sulla Linea 5; 797 estintori carrellati a CO2 da 30 chili; 1392 bombole a CO2 da 45 chili; 513 estintori a polvere da 6 chili; 115.320 chili di CO2 ricaricata nel serbatoio» (pagina 120 della motivazione).

Inoltre, il consumo di olio per gli impianti oleodinamici (di olio cd. «idraulico») era indicato in circa 8-10 tonnellate al mese. Anche per le perdite di olio idraulico, quindi, si tratta di un dato enorme, come tale macroscopicamente «allarmante» (121).

(12) Pagina 155 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

(13) Pagina 166 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

un – mero – “ritardo” nell’avvistare l’incendio da parte degli addetti; ma non appare neppure corretto classificare tale “ritardo” come “anomalia”: anche qui, considerate le condizioni di lavoro, le dimensioni della Linea 5, le operazioni da compiere, la complessità della lavorazione – eccetera: insomma, il quadro complessivo, come già esposto – si può – e si deve – purtroppo concludere ritenendo che “anomalo” potesse essere, nella situazione data, il fatto che gli operatori fossero fino ad allora sempre riusciti a intervenire tempestivamente, accorgendosi – subito – di ogni focolaio (14)».

In conclusione, sul punto la Corte afferma che i lavoratori addetti alla Linea 5, quella notte, intervenendo per cercare di spegnere il fuoco, hanno ottemperato alle direttive aziendali; non hanno, sotto il profilo della ricostruzione *ex ante*, mantenuto una condotta diversa da quella che avrebbero dovuto tenere, che avrebbe invece avuto il carattere certamente e oggettivamente rischioso.

Si afferma così: l’esistenza del diretto nesso di causalità tra le condizioni igieniche in cui il lavoro si svolgeva e l’incendio; l’esclusione del caso fortuito (l’imprevedibile sovrapporsi e concentrarsi di «anomalie») e l’evidente prevedibilità da parte di tutti coloro che dirigevano, gestivano e organizzavano il lavoro in quello stabilimento, delle possibili drammatiche conseguenze, non determinate nel caso di specie da alcuna condotta imprudente o negligente o imperita da parte degli stessi lavoratori. Si ribadisce che ai lavoratori non è possibile imputare alcuna condotta «imprevedibile» e tale da spezzare il nesso di causalità esistente tra le condizioni di lavoro e l’incendio, visto che anche quella notte essi si sono comportati secondo le direttive aziendali (15).

Si afferma, inoltre, non esservi alcun dubbio sulla piena consapevolezza, da parte dei responsabili di ThyssenKrupp Ast, unita alla volontà di nulla disporre a titolo di cautela, riguardo al grave rischio incendio, che ogni giorno veniva corso, continuando a lavorare su di una linea di trattamento del tutto inadeguata rispetto anche alla minima prescrizione di sicurezza (16). In questo quadro assume un rilievo tutt’altro che marginale l’innalzamento a 100 milioni di euro della franchigia da parte delle compagnie di assicurazione nella valutazione del rischio incendio (17).

---

(14) Pagina 170 della motivazione (Corte d’Assise Torino, n. 2/2009).

(15) Pagina 176 della motivazione (Corte d’Assise Torino, n. 2/2009).

(16) Pagina 261 della motivazione (Corte d’Assise Torino, n. 2/2009).

(17) Franchigia imposta nel 2007 ben superiore alla precedente pari a 30 e doppia rispetto a quella di 50 prevista per altri tipi di impianto (pagina 234 della motivazione).

I giudici della Corte giungono così ad attribuire all'amministratore delegato della ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni Spa la responsabilità per omicidio con dolo eventuale (art. 575 cod. pen.), per aver causato la morte di sette operai, rappresentandosi la concreta possibilità del verificarsi di infortuni anche mortali sulla Linea Apl5 di Torino, avendo accettato il rischio del verificarsi di tali eventi. Inoltre, ravvisando il vincolo della continuazione, ascrivono al condannato anche la responsabilità per incendio doloso (art. 423 cod. pen.) e per aver, altresì, omesso di collocare impianti e apparecchi destinati a prevenire disastri e infortuni sul lavoro, con riferimento alla medesima linea di ricottura e decapaggio, denominata Apl5 (art. 437, commi 1 e 2, cod. pen.).

Per la prima volta, nella casistica giurisprudenziale riguardante i profili penali della sicurezza sul lavoro, si registra una pronuncia che severamente opta per un'imputazione a titolo doloso, sebbene nella forma eventuale. Non sono mancate, sin dai primi commenti, forti riserve sulla correttezza di un'attribuzione del fatto in questa chiave, sicuramente originale per il contesto in cui si iscrive (18). Effettivamente, mai prima d'ora ci si era spinti a ipotizzare una responsabilità dolosa, in capo a un datore di lavoro, e ciò costituisce un dato di indiscutibile novità. Al contrario, la ripresa del serrato dibattito sull'identificazione della controversa figura del dolo eventuale ha solo registrato un ulteriore fotogramma di una sequenza che potrebbe scorrere ancora all'infinito (19).

Sembrano essere ormai mature le condizioni per la formulazione di una proposta, che si ponga in un'ottica di netta discontinuità rispetto alla tradizione dogmatica continentale, contrapponendosi in modo radicale a una logica rigidamente dualistica, e che favorisca l'ingresso di una terza figura di imputazione soggettiva, intermedia rispetto ai tradi-

---

(18) G.P. De Muro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (10 gennaio 2012); G. Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, tra approccio oggettivizzante-probatorio e messaggio general-preventivo*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (17 febbraio); G. Marra, *La prevenzione degli infortuni sul lavoro e il caso Thyssenkrupp. I limiti penalistici delle decisioni rischiose nella prospettiva delle regole per un lavoro sicuro*, in *I working papers di Olympus* ([http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo8\\_12-marra.pdf](http://olympus.uniurb.it/images/wpo/wpo8_12-marra.pdf)).

(19) Corte di Cassazione, Sez. I, 1° febbraio 2011 (dep. 15 marzo 2011), n. 10411. Le conclusioni contenute in questa sentenza della Suprema Corte si inseriscono peraltro in un recente trend giurisprudenziale, di cui la più significativa espressione è la sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, 26 novembre 2009 (dep. 30 marzo 2010), n. 12433 del 2010, in tema di dolo eventuale nel reato di ricettazione (M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 2548 ss.).

zionali «poli» del dolo e della colpa (20). Rimandando ad altra occasione di riflessione una più approfondita disamina di questa prospettiva alternativa, ci limitiamo ora a rilevare come la consueta oscillazione si sia replicata anche nella vicenda in esame. Agli altri cinque imputati, di cui due consiglieri del Cda e del Comitato esecutivo (cosiddetto *board*), nonché al dirigente con funzioni di direttore dell'area tecnica e servizi, il direttore dello stabilimento e al dirigente con funzioni di responsabile dell'area Eas (ecologia, ambiente e sicurezza), è stata attribuita la responsabilità per omicidio colposo (art. 589, commi 1, 2 e 3, cod. pen.), aggravato dalla rappresentazione della concreta possibilità del verificarsi di infortuni anche mortali sulla summenzionata Linea.

3. — *La responsabilità dell'ente per l'omicidio colposo plurimo* — Per osservare più attentamente la decisione della Corte, anche riguardo ai profili di responsabilità attribuiti all'ente, era necessario premettere sia la dinamica dei fatti, così come si è dipanata nell'ampio arco temporale preso in esame, sia l'esito dell'accertamento processuale, riferito alle imputazioni individuali.

Una considerazione preliminare denuncia un'inspiegabile lacuna normativa. Se, infatti, in via del tutto ipotetica, fosse stata assegnata unicamente una responsabilità per omicidio doloso, sebbene a titolo di dolo eventuale, la società tedesca non sarebbe potuta entrare nel processo penale. Neppure la fattispecie di rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (art. 437 cod. pen.), per quanto rientri nelle contestazioni formulate in capo ai diversi soggetti dirigenziali, avrebbe comportato il coinvolgimento processuale dell'azienda ThyssenKrupp. La mancata inclusione dell'art. 575 cod. pen. tra i reati cosiddetti «presupposto» della responsabilità per le persone giuridiche può forse riflettere un ordine di priorità in qualche misura comprensibile; resta, invece, del tutto indecifrabile quale sia stata la *ratio* che ha guidato il legislatore a pretermettere il delitto di cui all'art. 437 cod. pen., certamente rivolto alla tutela della salute e sicurezza dei lavoratori, dal novero di quei reati, oggi peraltro divenuti particolarmente numerosi, e dai quali si fa scaturire una responsabilità per gli enti (21). Non

---

(20) Ci riferiamo alla categoria, di matrice anglosassone, traducibile con il termine «sconsideratezza». Per una più diffusa trattazione ci permettiamo di rinviare a F. Curi, *Tertium datur. Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, *passim*.

(21) Sia consentito altresì rinviare a F. Curi, *Colpa di organizzazione ed impresa:*

può che formularsi l'auspicio di un solerte riempimento della grave lacuna normativa, anche in considerazione del notevole dinamismo che ha caratterizzato l'attività legislativa di questi ultimi anni proprio riguardo a questo tema.

Quella che, ormai a buon diritto, può definirsi la parte speciale del d.lgs. n. 231/2001 elenca, infatti, una molteplicità di fattispecie, tutte per lo più accomunate dal medesimo elemento psicologico. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121 (che attua una serie di direttive europee in materia di reati ambientali) (22), solo l'art. 25-*septies* introduceva una responsabilità a titolo di colpa, per due ipotesi delittuose di evento (23). Tale scelta solleva non poche difficoltà di coordinamento con i requisiti oggettivi di imputazione all'ente – «interesse o vantaggio», di cui all'art. 5 del summenzionato decreto legislativo – che si declinano più coerentemente con forme criminose di tipo doloso (24).

---

tertium datur. *La responsabilità degli enti alla luce del testo unico in materia di sicurezza sul lavoro*, in Aa.Vv., *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione ed impresa*, a cura di F. Curi, Bologna, 2009, p. 135. D. Castronuovo, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del d.lgs. n. 81/2008*, in F. Basenghi, L.E. Golzio, A. Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il Testo Unico e il decreto correttivo 106/2009*, Milano, 2009, p. 310.

(22) In particolare si tratta del decreto legislativo che dà «Attuazione della Direttiva n. 2008/99/Ce sulla tutela penale dell'ambiente, nonché della Direttiva n. 2009/123/Ce, che modifica la Direttiva n. 2005/35/Ce, relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni». Si veda un primo commento di L. Pistorelli, A. Scarcella, in *www.penalecontemporaneo.it* (4 agosto 2011).

(23) All'art. 25-*ter*, lettera *m*, si estende la responsabilità dell'ente per reati in materia societaria, in particolare nel caso dell'art. 2627 cod. civ. («Illegale ripartizione degli utili e delle riserve») anche alla forma colposa, visto che si tratta di una contravvenzione, non strutturata in modo esclusivamente doloso. Tuttavia, in questo contesto, è stato eliminato il termine «vantaggio» e il requisito dell'interesse viene adattato alle peculiarità della materia.

(24) P. Veneziani, *Art. 5 Responsabilità dell'ente*, in Aa.Vv., *Enti e responsabilità da reato*, a cura di A. Cadoppi, G. Garuti, P. Veneziani, Torino, 2010, pp. 107 ss.; Idem, *La responsabilità dell'ente da omicidio colposo*, in Aa.Vv., *Nuovo statuto penale del lavoro. Responsabilità per i singoli e per gli enti*, a cura di F. Curi, Bologna, 2011, p. 16. Ferma restando l'opportunità-doverosità dell'estensione in discorso, si denuncia il mancato indispensabile adeguamento da parte del *formante legislativo*, che provoca l'inevitabile supplenza da parte del *formante giurisprudenziale*: C.E. Paliero, *Dieci anni di «corporate liability» nel sistema italiano: il paradigma imputativo nell'evoluzione della legislazione e della prassi*, in *Le società, Gli speciali*, 2011, p. 13. Difficoltà oggettive di coordinamento che dovrebbero far dubitare della *legittima* applicazione dell'intera disciplina nel caso dei reati colposi, se non fosse per l'estrema importanza della

Anche le rilevanti novità riguardanti il nuovo articolo 25-*undecies*, ovvero la responsabilità penale per reati ambientali, potrebbero far pensare a uno scardinamento dell'impianto generale, poiché sono state previste ipotesi di responsabilità per grave negligenza, senza che siano stati modificati i parametri fissati all'art. 5, del d.lgs. n. 231/2001. Tuttavia, va sottolineato che in quest'ultima novella sono previsti reati per lo più di mera condotta (fatta eccezione per l'art. 257, d.lgs. n. 152/2006: «Bonifica dei siti») e non di evento, come invece sono i delitti richiamati dall'art. 25-*septies* (25). Il mancato adeguamento dei parametri summenzionati farebbe ritenere che, pur a fronte di contravvenzioni punibili indifferentemente a titolo di dolo e di colpa, il legislatore abbia consapevolmente scelto di assegnare al requisito dell'interesse un'accezione oggettiva, correlandolo alla condotta tenuta dall'agente qualificato, nell'ambito dell'attività svolta dall'ente, anziché all'evento prodotto (26). Una chiosa interpretativa supplisce, ancora una volta, a una genericità del dato normativo.

I giudici della Corte d'Assise torinese, sin dall'esordio del paragrafo della motivazione dedicato alla responsabilità della società Thyssen-Krupp Acciai Speciali Terni, affermano che l'inclusione della fattispecie di omicidio colposo, per violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro, nel novero dei reati presupposto, rappresenta il completamento del quadro legislativo originario, risalente alla legge delega n. 300 del 2000, e non costituisce «un corpo estraneo successivamente aggiunto» (27).

In modo forse un po' troppo lapidario sono stati aggirati i numerosi e vivaci contrasti dottrinali, sorti per un'estensione automatica della responsabilità degli enti anche ai reati di lesioni colpose gravi e gravissime e di omicidio colposo (28).

---

materia riguardante la salute e integrità nei luoghi di lavoro: A. Alessandri, *Reati colposi e modelli di organizzazione e gestione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2009, n. 2, pp. 343 ss.

(25) Confermano la validità dell'interpretazione dell'art. 5, d.lgs. n. 231/2001, secondo «un criterio negativo di accertamento dell'interesse dell'ente»: T.E. Epidendio, G. Piffer, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, in *Aa.Vv., d.lgs. n. 231/2001: dieci anni di esperienze*, in *Le Società, Gli speciali*, 2011, p. 43; Idem, *Criteri d'imputazione del reato all'ente: nuove prospettive interpretative*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, pp. 17 ss.

(26) L. Pistorelli, A. Scarcella, cit., p. 30.

(27) Pagina 373 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

(28) Esortano il legislatore a una migliore definizione della nozione di interesse R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Responsabili anche gli enti coinvolti*, in *Guida dir.* 2007, n.

3.1. — *I primi precedenti giurisprudenziali sull'art. 25-septies, d.lgs. n. 231/2001* — Gli stessi precedenti giurisprudenziali che fin a ora si sono spinti su questo delicato crinale hanno fornito soluzioni dotate di sfumature diverse (29). L'avvio è dato dal Tribunale di Trani-Molfetta. Con sentenza del 11 gennaio 2010 si afferma che: «Il requisito dell'interesse o del vantaggio è pienamente compatibile con la struttura dell'illecito [...] dovendosi di volta in volta accertare solo se la condotta che ha determinato l'evento [...] sia stata o meno determinata da scelte rientranti oggettivamente nella sfera di interesse dell'ente oppure se la condotta medesima abbia comportato almeno un beneficio a quest'ultimo senza apparenti interessi esclusivi di altri» (30). Il Tribunale di Pinerolo il 23 settembre 2010, in modo ancora più apodittico dichiara la responsabilità dell'ente, nella persona del suo amministratore: «essendo evidente che la condotta (attiva e omissiva) del (B) non fu certo tenuta

---

35, p. 41. Estremamente scettico sulla possibilità di configurare un omicidio colposo nell'interesse dell'azienda V.B. Muscatiello, *La nuova tutela penale della sicurezza sul lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1452. Premessa la necessità di un'interpretazione adeguatrice di carattere sistematico, si chiede che sia possibile subordinare il collegamento obiettivo tra illecito colposo individuale ed ente collettivo alla presenza di una lacuna o deficienza organizzativa: A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza sul lavoro: responsabile «per definizione» la persona giuridica?*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, pp. 1958 ss. Valorizza il requisito del «vantaggio» più correttamente invocabile in un contesto colposo C. Santoriello, *Violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 1, p. 172. R. Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia. Reati societari e reati in materia di mercato finanziario*, II ed., Milano, 2008, p. 70. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per infortuni sul lavoro*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 2, pp. 83 ss.

(29) Nel momento in cui si scrive, le decisioni di merito pubblicate sono: Tribunale di Trani-Molfetta 11 gennaio 2010; Tribunale di Pinerolo 23 settembre 2010; Tribunale di Novara 1° ottobre 2010; Tribunale di Cagliari 13 luglio 2011. Per una disamina complessiva, T.E. Epidendio, G. Piffer, *La responsabilità degli enti per reati colposi*, cit., p. 37.

(30) Come riprodotta da M. Pelazza, *Sicurezza sul lavoro e responsabilità da reato degli enti*, in *Corr. merito*, 2010, 6, p. 651. G. Checcacci, *Responsabilità da reato degli enti per infortuni sul lavoro: la sentenza del Tribunale di Trani*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2010, fasc. 3, pp. 539-605; G. Amarelli, *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, fasc. 7, pp. 848-858; T. Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, fasc. 2, pp. 695-712; E. Amati, *La responsabilità degli enti per i reati colposi di omicidio e lesioni gravi o gravissime, commessi in violazione delle norme relative alla sicurezza sul lavoro*, in *Aa.Vv., La nuova sicurezza sul lavoro*, diretto da L. Montuschi, a cura di G. Insolera, Bologna, 2011, p. 66.

nell'interesse (che, ai fini *de quibus*, la legge vuole esclusivo) proprio o di terzi: si trattò, com'è evidente, di un classico reato colposo commesso da un datore di lavoro che è apparso indifferente (o, comunque, non sufficientemente attento) alla tutela delle condizioni di lavoro dei propri dipendenti» (31).

Con la pronuncia del Tribunale di Novara, il primo ottobre 2010 (32), premessa l'osservazione sulla natura giuridicamente diversa dei termini «interesse» e «vantaggio», si afferma che: «In caso di reati colposi, *non c'è dubbio* che il “vantaggio” costituisca il criterio naturalmente più idoneo a fungere da indice di collegamento tra ente e illecito, e dunque a selezionare le ipotesi in cui l'ente possa rispondere sul piano della responsabilità amministrativa». È la politica d'impresa che con «l'abbattimento dei costi e spese per l'adozione e attuazione dei presidi antinfortunistici, nonché ottimizzazione dei profitti», svaluta la gestione in materia di sicurezza.

In questa pronuncia è possibile rintracciare una più estesa trattazione sulla compatibilità del tipo di illecito, rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 231/2001, sebbene ciò non significhi più diffusa e analitica argomentazione. Al contrario, il giudice piemontese asserisce che non «va esaltata la distinzione tra i reati colposi di evento e quelli di pura condotta stante le ulteriori difficoltà di ipotizzare e dimostrare che i primi (omicidio colposo e lesione personale colposa in danno di un lavoratore) possano essere commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente, e cioè che l'evento lesivo (mortale o comunque pregiudizievole dell'incolumità psico-fisica del lavoratore) abbia comportato un vantaggio o utilità per la società».

Certamente il «non esaltare» non può equivalere a una sorta di disconoscimento di fatto di un'ontologica differenza, legata alla specifica configurazione di determinate fattispecie penali. In modo troppo frettoloso il giudice piemontese ritiene perfettamente operanti i criteri di interesse e vantaggio anche rispetto ai reati colposi, spostando il contenuto di tali finalità dall'evento delittuoso «alla condotta violativa di regole cautelari che ha reso possibile la consumazione del delitto». Si giunge a dichiarare la responsabilità delle due società coinvolte perché esse eludevano «la questione organizzativa e prevenzionale, deliberatamente sacrificata in favore di un sistema imprenditoriale che fosse il più economico e attento ai risultati in termini di profitto».

---

(31) Sentenza reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

(32) Reperibile in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

Nella decisione in commento, sebbene in modo non chiaramente esplicitato, si opta per una soluzione ispirata al principio di conservazione del dato normativo esistente, allo scopo di evitare un'interpretazione abrogatrice dell'art. 25-*septies* (33). Come era stato correttamente preconizzato, la giurisprudenza si è mossa tra «equilibrismi esegetici», che possono creare un *vulnus* al principio di legalità, in particolare al sottoprincipio di tassatività (34). È innegabile che il vero nodo gordiano sia rappresentato dalla natura giuridica della responsabilità assegnata agli enti con il d.lgs. n. 231/2001. La qualificazione secondo i canoni prettamente penalistici fa affiorare i punti di maggiore attrito proprio con i profili di ordine costituzionale, mentre l'assegnazione di una natura amministrativa, o anche di *tertium genus*, consentirebbe una più agevole assimilazione. Sul punto torneremo più avanti.

Risolutivo di ambiguità e lacune troppo insidiose sarebbe un intervento correttivo del legislatore volto a esplicitare i contenuti dei parametri oggettivi (di cui art. 5, d.lgs. n. 231/2001) in rapporto ai reati in cui si delinea un addebito di tipo colposo (35).

Allo scopo di salvaguardare nel modo migliore possibile la sicurezza nei luoghi di lavoro e la salute dei lavoratori, questa decisione di merito si segnala inoltre per un apprezzamento in concreto dei requisiti di interesse e vantaggio, con ciò rifuggendo da una loro valutazione che finisce per ritenerne la sussistenza *in re ipsa*, all'interno cioè dello stesso

---

(33) Favorevoli a una interpretazione conservativa della normativa in vigore: D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 426; Idem, *Diritto penale*, Torino, 2011, p. 648; Idem, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 102; G. De Simone, *La responsabilità da reato degli enti nel sistema sanzionatorio italiano: alcuni aspetti problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 673; O. Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1337; A. Rossi, F. Gerino, *Art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001, art. 30, d.lgs. n. 81/2008, e modello di organizzazione, gestione e controllo: ambiti applicativi e rapporti*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2009, 2, p. 24. D'Arcangelo, *La responsabilità da reato degli enti per gli infortuni sul lavoro*, cit., p. 84. D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, pp. 429 ss.; Idem, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni*, cit., pp. 326 ss.

(34) L. Aldrovandi, *Responsabilità amministrativa degli enti per i delitti in violazione di norme antinfortunistiche*, in *Igiene e Sicurezza sul lavoro*, n. 10, 2007, p. 571; Idem, *La responsabilità amministrativa degli enti per i reati in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro alla luce del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81*, in *Indice penale*, 2009, pp. 495-531.

(35) Ciò anche in considerazione del carattere non risolutivo delle numerose prospettive ermeneutiche fino a ora elaborate. In tal senso G. Gentile, *L'illecito colposo dell'ente collettivo. Riflessioni alla luce del Corporate Manslaughter*, Torino, 2009, p. 228.

ciclo produttivo nel quale si è realizzata la condotta causalmente connessa all'infortunio (36). Un segnale positivo, proveniente dalla prassi applicativa, in controtendenza rispetto a una prefigurazione che mettesse sull'avviso del pericolo che si sentenziassero «“presunzioni di interesse” ogniqualvolta si fosse verificato un infortunio sul lavoro, come conseguenza dell'inosservanza delle norme antinfortunistiche» (37).

La pronuncia del Gip, presso il Tribunale di Cagliari, il 4 luglio 2011 chiude la rassegna, che ha preceduto la decisione della Corte d'Assise torinese. Pur giungendo a una decisione di assoluzione per la società coinvolta – perché il fatto non sussiste, in quanto il reato non fu commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente –, i criteri oggettivi di ascrizione della responsabilità da reato degli enti sono stati ritenuti compatibili con i delitti di omicidio e lesioni colpose (38). Per il giudice sardo si deve considerare che «l'intera disciplina della responsabilità degli enti va letta nell'ottica di una funzione di prevenzione speciale che si rivolge alla logica imprenditoriale» (39). Le scelte d'impresa, sempre secondo il giudice, si fondano su un'analisi costi/benefici: «si tratta dunque di rendere la condotta illecita meno conveniente di quella lecita» (40).

Riconosciuta la compatibilità dei parametri di imputazione, in particolare quello dell'interesse (41), si è posto l'accento sui contenuti che

(36) G. Lunghini, L. Paris, *D.lgs. n. 231/2001 e responsabilità dell'ente per reati colposi*, in *Il corriere del merito*, 2011, 4, p. 411.

(37) Metteva sull'avviso di tale possibile rischio E. Amati, *La responsabilità degli enti alla luce del testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro*, in *Critica del diritto*, 2007, 2, p. 154.

(38) D. Loy, *In tema di responsabilità dell'ente e reati colposi d'evento (art. 25-septies d.lgs. n. 231/2001)*, in [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it) (11 novembre 2011).

(39) Pagina 118 della motivazione della sentenza, integralmente reperibile nel sito [www.penalcontemporaneo.it](http://www.penalcontemporaneo.it).

(40) Pagina 118 della motivazione (Trib. Cagliari, n. 1188/11, dep. 13 luglio 2011).

(41) «In proposito si deve, infatti, evidenziare che i due termini (interesse e vantaggio) appaiono, rispettivamente, riferibili alla condotta e all'evento del reato: l'interesse, ponendosi in una prospettiva soggettiva ed *ex ante*, esprime infatti la direzione finalistica della condotta, mentre il vantaggio, essendo il risultato materiale dell'azione delittuosa, presuppone la verifica dell'evento. Se tuttavia, come si è concluso in precedenza, i due termini non devono essere necessariamente compresenti e in particolare è eventuale che l'ente ricavi un vantaggio, è sistematicamente accettabile che non soltanto in ordine al caso concreto, ma in linea generale – in relazione a una determinata tipologia di reati –, il profitto non sia configurabile; e che quindi si debba prendere come unico termine di riferimento la condotta e la sua direzione finalistica (considerata oggettivamente)» (Pagina 120, Trib. Cagliari, n. 1188/11).

deve possedere la condotta colposa. Così si è affermato che: «... si deve trattare innanzitutto di un'azione od omissione consapevole e volontaria; ciò che esclude, ad esempio, tutte le ipotesi di imperizia, ma può – a seconda del caso concreto – comprendere diverse ipotesi di negligenza, di imprudenza e anche di colpa specifica. In secondo luogo, la volontarietà della condotta non deve derivare da una semplice sottovalutazione dei rischi o da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie, ma deve – oggettivamente – rivelare una tensione finalistica verso un obiettivo di risparmio di costi aziendali che può o meno essere effettivamente conseguito» (42).

D'altro canto, lo sforzo ermeneutico impiegato per assicurare al comma 1 dell'art. 5 una *chance* di vitalità, anche rispetto ai reati colposi di evento, sembra perdere vigore di fronte alle altre disposizioni, contenute nel d.lgs. n. 231/2001. Il comma 2 dello stesso art. 5; l'art. 12, lettera *a*; infine, l'art. 6, lett. *c*, «formano un sistema coerente se il reato presupposto è un delitto doloso» (43); in rapporto ai delitti di cui all'art. 25-*septies*, si dice che: «... qualsiasi risultato interpretativo è talmente opinabile da essere, più che un punto di equilibrio, un equilibrismo. Ciò si traduce, in termini giuridici, in un difetto di tassatività» (44).

Il giudice isolano si spinge a dichiarare la fondatezza delle questioni di legittimità costituzionale, sollevate dalla difesa, in particolare proprio sul presupposto di un difetto di tassatività. Tuttavia, conclude che il giudizio *de quo* possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione della pregiudiziale costituzionale, sancendone pertanto l'irrelevanza nella vicenda specifica.

3.2. — *«Interesse» e omicidio colposo: la scelta dei giudici della Corte torinese* — Il giudice della Corte d'Assise non hanno avuto alcuna esitazione nell'affermare la perfetta compatibilità del parametro oggettivo di imputazione, che si identifica in particolare con l'interesse, rispetto al reato di cui all'art. 589, comma 2, cod. pen. Ancora una volta l'*escamotage* è stato quello di ancorare tale requisito alla condotta, anziché all'evento

---

(42) Pagina 121 della motivazione (Trib. Cagliari, n. 1188/11). Con l'ulteriore specificazione che: «La volontarietà della condotta e il fatto che essa sia il frutto di una deliberazione con lo scopo di conseguire un profitto è infatti un'opzione illegittima, ma compatibile con la struttura del delitto colposo, perché non implica necessariamente la volizione dell'evento, neppure nella forma del dolo eventuale», *ivi*.

(43) Pagina 122 (Trib. Cagliari, n. 1188/11).

(44) Pagina 124 (Trib. Cagliari, n. 1188/11).

(45). La Corte afferma che: «... le gravissime violazioni della normativa antinfortunistica e antincendio, le colpevoli omissioni, sono caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'azienda non solo aveva interesse, ma se ne è anche sicuramente avvantaggiata, sotto il profilo del considerevole risparmio economico che ha tratto omettendo qualsiasi intervento nello stabilimento di Torino; oltre che dell'utile contemporaneamente ritratto dalla continuità della produzione» (46).

Senza addentrarsi nel vero e proprio ginepraio di considerazioni elaborate in dottrina, alle quali abbiamo visto stanno incominciando a sommarsi alcune importanti decisioni di merito, l'Assise piemontese ha concisamente affermato che il collegamento dell'interesse o vantaggio non all'evento, bensì alla condotta, costituisca una corretta applicazione ai reati colposi della normativa riguardante gli enti. A questa soluzione i giudici piemontesi giungono senza lasciare spazio a un'argomentazione particolarmente analitica.

Una trattazione così frettolosa si può forse far dipendere dall'esclusione di una fisionomia penale della responsabilità per soggetti collettivi, come delineata nel d.lgs. n. 231/2001 (47). L'ossequio alle garanzie di ordine costituzionale, in particolare in questo caso al principio di tassatività, è certamente meno cogente se a tali disposizioni si assegna una natura estranea all'ambito penalistico in senso stretto (48).

4. — *La natura «ibrida» della responsabilità degli enti* — Per aggirare le possibili censure di incostituzionalità, alla persona giuridica viene attribuita una responsabilità di natura ibrida (49), ovvero: «amministrativa,

---

(45) In dottrina si afferma che: «... ritenendo l'interesse come una qualità che caratterizza la condotta, in sé idonea a produrre un beneficio per l'ente, e non come una sorta di dolo specifico del suo autore, può ben essere ravvisata la compatibilità tra i criteri di imputazione oggettiva della responsabilità da reato dell'ente e la natura dei delitti colposi»: R. Guerrini, *Le modifiche al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, in Aa.Vv., *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, a cura di F. Giunta, Milano, 2010, p. 146.

(46) Pagine 375 ss. (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

(47) In questo senso si è espresso anche Trib. Milano, Uf. Gup, ord., 8 marzo 2012, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (27 marzo 2012).

(48) Per un'accurata disamina, anche in chiave comparatistica, delle possibili declinazioni attribuibili al «parametro» della responsabilità degli enti, G. De Simone, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, in *Criminalia*, 2010, pp. 605 ss.

(49) L'ibridazione delle due componenti, penale e amministrativa, è altra cosa dall'attribuzione di una natura *sui generis*, in quanto non riconducibile né al penale,

con garanzie procedurali che richiamano quelle processual-penalistiche, con sanzioni innovative in quanto non assimilabili né alle pene né alle misure di sicurezza» (50).

Il campo minato di una qualificazione in chiave penale della responsabilità per la commissione di fattispecie criminose, da parte di soggetti collettivi, ha timidamente prima, più risolutamente poi, indotto anche la giurisprudenza di legittimità a optare per soluzioni più sfumate. Così la famosa decisione sul caso *Jolly Mediterraneo Srl* del 2005 (51), che esprimeva il netto favore per una qualificazione solo nominalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, ha ceduto presto il passo a successive pronunce, approdate nel 2009 a un'affermazione secondo la quale nel d.lgs. n. 231/2001 si stagierebbe «un *tertium genus*, rispetto ai noti e tradizionali sistemi di responsabilità penale e di responsabilità amministrativa, prevedendo un'autonoma responsabilità amministrativa dell'ente» (52).

Il dato certo è che si tratta di sanzioni applicate a seguito della commissione di fatti qualificati come reati e la cui cognizione è affidata al giudice penale (53). Il proliferare di ipotesi ermeneutiche intorno all'in-

---

né all'ambito amministrativo: L. Stortoni, D. Tassinari, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti?*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 20. La qualifica più univocamente come «amministrativa» M.L. Minella, *D.lgs. n. 231 del 2001 e reati colposi nel caso ThyssenKrupp. Sulla responsabilità dell'ente per gli omicidi colposi con violazione delle norme sulla sicurezza del lavoro*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) (10 dicembre 2011).

(50) Pagina 374 della motivazione (Corte d'Assise Torino, n. 2/2009).

(51) Cass. pen., Sez. II, 20 dicembre 2005, n. 3615, Ced 232957, in *Guida dir.*, 2006, 15, p. 60; in dottrina si veda O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, pp. 10 ss.

(52) Cass. pen., Sez. VI, 9 luglio 2009, n. 36083, come riprodotta da G. Lunghini, *La responsabilità amministrativa degli enti nel processo penale: rassegna giurisprudenziale*, in *Corriere giur.*, 2010, 11 - Allegato 2, p. 31. In questo senso anche Gip Trib. Milano, 24 gennaio 2008, ord., in [www.rivista231.it](http://www.rivista231.it). Già la relazione alla legge delega aveva etichettato questa forma di responsabilità come *tertium genus*, partecipe sia della natura penale che amministrativa: O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in Aa.Vv., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano, 2010, II ed., pp. 10 ss. Sottolinea la «... la funzione ortopedica svolta dall'opzione per l'ibridismo categoriale» C.E. Paliero, *Dieci anni di «corporate liability» nel sistema italiano*, cit., p. 16.

(53) C.E. Paliero, *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento: profili sistematici*, in Aa.Vv., *Societas puniri ipotest*, Padova, 2003, p. 23. Mette in guardia sull'operatività delle garanzie costituzionali anche qualora si aderisca all'indirizzo che sostiene la responsabilità (solo) parapenale dell'ente E. Belfiore, *La «rimprove-*

terrogativo sulla vera natura della responsabilità dei soggetti collettivi sembra approdato, dopo un'iniziale oscillazione tra l'estremo di una caparbia adesione al dato letterale e la contrapposta lettura in termini addirittura di «truffa delle etichette», a una soluzione apparentemente neutra, che parrebbe avere il pregio di conservare inalterato il dato normativo esistente, modellandolo elasticamente sull'esigenze applicative di volta in volta emergenti (54). È chiaro che accettando tale prospettiva finirebbero per affievolirsi molto le critiche rivolte a un sistema di regole che contempla forme di colpevolezza sganciate «dal fatto», in cui il rimprovero è legato al difetto di organizzazione (per non aver saputo prevedere e impedire la commissione di uno dei reati presupposti, attraverso l'adozione ed efficace attuazione di un idoneo modello organizzativo e gestionale), anziché «per il fatto» reato contestato (55).

Non può neppure parlarsi di scardinamento degli schemi del diritto penale tradizionale, qualora venga sanzionata la «condotta di vita» dell'ente, piuttosto che la commissione di uno specifico fatto di reato, se le misure applicate godono di un'identità ambivalente, che non è possibile ricondurre univocamente né all'ambito penale, né a quello amministrativo. Si esaurisce qualsiasi osservazione critica se, nel caso dei reati colposi per violazione delle norme in materia di sicurezza sul lavoro, l'addebito legato a scelte aziendali protese al puro profitto, anche a scapito dell'incolumità dei propri dipendenti, non è riferibile ai parametri distintivi del diritto penale.

4.1. — *Un déjà vu da superare* — A questo punto l'impressione di un *déjà vu* si fa più nitida. Nel nostro ordinamento esistono già strumenti

---

*rabilità» dell'ente ex d.lgs. n. 231/2001 nella recente giurisprudenza*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. II, Torino, 2011, p. 704.

(54) D. Pulitanò, *La responsabilità da reato degli enti. Problemi di inquadramento e di applicazione*, in Aa.Vv., *Rappresentanza e responsabilità negli enti collettivi*, Milano, 2007, pp. 261 ss. «... lo statuto punitivo dell'ente collettivo si presenta spesso come «una terra di nessuno» in cui *derive* interpretative incrociano empirismi insofferenti ai principi costituzionali»: A. Gargani, *Delitti colposi commessi con violazione delle norme sulla tutela della sicurezza*, cit., 1973.

(55) F. Sgubbi, relazione svolta al Convegno «La responsabilità dell'ente per infortuni e malattie da lavoro. Necessità di aggiornamento del modello e compiti dell'Organismo di vigilanza», 19 febbraio 2008, Milano, in *www.rivista231.it*. Mette in guardia da suggestioni di *colpa d'autore*, rinvenibili nella più recente giurisprudenza della Corte Suprema, E. Belfiore, *Colpevolezza e rimproverabilità dell'ente ai sensi del d.lgs. n. 231/2001*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, vol. III, p. 1755.

che godono di un elevato grado di flessibilità, proprio perché sfuggono ai severi controlli di caratura costituzionale: sono le misure di prevenzione. In nome di una pericolosità, che sottende una domanda più o meno genuina di sicurezza, esse si sono moltiplicate esponenzialmente. All'origine le più «nobili» riguardavano il soggetto in odore di mafia; oggi si sono estese al tifoso violento, al consumatore di sostanze stupefacenti, allo straniero, e così via nell'elencazione di categorie deboli e marginali. Oggi le singole misure di prevenzione, concepite in modo del tutto indipendente tra loro, ciascuna invocata come impellenza improcrastinabile, trovano una larga applicazione, sebbene prive di un coordinamento unitario, anche sotto il profilo processuale. La prevenzione sta acquisendo sempre più un ruolo da protagonista della scena, in cui opera il controllo sociale. In nome di una pacifica convivenza, da assicurare alla maggioranza dei consociati, si attuano interventi fortemente inabilitativi, secondo modalità a ridotto contenuto di garanzia, nei confronti di chi costituisce una minaccia anche per il solo fatto di collocarsi in un'area periferica del contesto sociale dominante (56).

Il d.lgs. n. 231/2001 certamente non corre il rischio di essere classificato tra i mezzi di contenimento preventivo della criminalità di tipo economico; tuttavia, la recente direzione assunta dalla giurisprudenza, in particolare di legittimità, sulla qualificazione della responsabilità, come delineata nelle norme in esso contenute, sembra fare eco alle problematiche analoghe a quelle che tradizionalmente investono le misure *ante delictum*. Invocando una pericolosità che può provenire indistintamente sia da autori individuali che da soggetti collettivi, si ricorre a strumenti duttili sotto il profilo della efficacia applicativa, ma gravemente lacunosi sul fronte delle garanzie costituzionali (57).

Certamente il *white collar crime* non condivide elementi di fondo co-

---

(56) È stata definita: «criminalità di sussistenza» (L. Ferrajoli, *Pincipia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. 2, *Teoria della democrazia*, Bari, 2007, pp. 372 ss.). L. Wacquant, *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*, Roma, 2006, pp. 201 ss., in particolare p. 210. Antesignano di una trasposizione «attenuata» della dottrina sul *Tätertyp* nell'ambito della prevenzione *ante delictum* è stato M. Pavarini, *Le fattispecie soggettive di pericolosità nelle leggi 27 dicembre 1956, n. 1423, e 31 maggio 1965, n. 575*, in *Aa.Vv., Le misure di prevenzione*, Atti del Convegno Enrico De Nicola, Milano, 1975, pp. 283-316, e pp. 303 ss.

(57) Per una disamina analitica dei profili normativi contenuti nel d.lgs. n. 231/2001 «maggiormente indiziati di illegittimità costituzionale», G. De Simone, *Persone giuridiche, responsabilità penale e principi costituzionali*, cit., pp. 626 ss.

muni con la criminalità di marginalità (58), ma proprio il ricorso a risposte *lato sensu* sanzionatorie di tipo nominalmente amministrativo, ma di fatto operanti in un contesto penale, istituisce un terreno di preoccupante affinità.

È ormai nota la naturale ritrosia del giudice delle leggi a recepire le istanze volte a correggere le numerose forzature sotto il profilo – per esempio – del principio di tassatività, o di personalità della responsabilità penale, riguardo a strumenti *praeter delictum*, che incidono in modo assai rilevante sulla libertà individuale. Si tratta di soluzioni escogitate da un legislatore particolarmente prolifico in questa materia (59).

Se per il settore dell'intervento preventivo, che ha visto nascere le prime misure sin dal diciannovesimo secolo, si registra un forte *self-restraint* della giurisprudenza costituzionale, è difficile pensare che il lento, ma ormai chiaramente progressivo, scivolamento verso una forma «ibrida» della responsabilità riguardante le persone giuridiche possa cadere sotto una censura più selettiva. D'altro canto, riteniamo che non vi sia altra strada se non auspicare e possibilmente esortare il legislatore all'affinamento, con particolare riguardo alle garanzie costituzionali, di un apparato normativo, dotato di una parte generale e di una speciale, ormai largamente estesa, che condiziona in modo forse determinante la vita imprenditoriale ed economica del nostro paese, soprattutto a seguito dell'inclusione nella parte speciale del d.lgs. n. 231/2001 dei reati in materia prevenzionistica (60).

CORTE D'ASSISE TORINO, 14 novembre 2011 – Pres. Iannibelli, Est. Dezani – Imp.: E.H., P.M., P.G., M.D., S.R., C.C., e ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni Spa.

---

(58) L. Wacquant, *La militarizzazione della marginalità urbana: lezioni dalla metropoli brasiliana*, in *Studi sulla questione criminale*, I, n. 3, 2006, 7.

(59) Sia consentito rinviare a F. Curi, «*La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga*»: alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi, in *Cass. pen.*, 2007, pp. 380 ss.

(60) Si suggerisce, in modo più radicale, un «mutamento di paradigma», ripensando a un altro diritto penale, rimodellato sulle fattezze del macroantropo: «In una seconda (o terza) via penalistica, al cui interno le categorie dell'imputazione penale andrebbero rimodulate in chiave analogico-funzionale, i principi costituzionali potrebbero applicarsi con minore intransigenza e maggiore flessibilità» (G. De Simone, *Societates e responsabilità da reato. Note dogmatiche e comparatistiche*, in *Aa.Vv., Scritti in onore di Mario Romano*, vol. III, Napoli, 2011, pp. 1919-1920).

**Sicurezza sul lavoro – Omicidio colposo con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro – Art. 25-septies, d.lgs. n. 231/2001 – Responsabilità delle persone giuridiche da reato – Natura della responsabilità.**

*La volontà del legislatore, come traspare sia dalla legge delega sia dal decreto delegato n. 231/2001, è quella di introdurre una nuova forma di responsabilità, tipica degli enti: di natura amministrativa, con garanzie procedurali che richiamano quelle processual-penalistiche, con sanzioni innovative in quanto non assimilabili né alle pene né alle misure di sicurezza. Con la conseguenza che, così definita la natura della responsabilità, non possono porsi questioni di legittimità costituzionale, in particolare l'affermato conflitto con l'art. 27 Cost.*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).



*Roberto Rivero* (\*)

## LE STATUIZIONI CIVILI DELLA SENTENZA *THYSSEN*

SOMMARIO: 1. La legittimazione degli enti collettivi; gli interessi civili protetti nel processo penale; la determinazione dei danni. — 2. Gli enti territoriali: Comune di Torino, Provincia e Regione Piemonte. — 3. I Sindacati e Medicina democratica. — 4. I danni. I danni patrimoniali e non riconosciuti ai lavoratori dipendenti dello stabilimento Thyssen e ai parenti e affini. — 5. I danni patrimoniali e non riconosciuti ai parenti e affini delle vittime.

1. — *La legittimazione degli enti collettivi; gli interessi civili protetti nel processo penale; la determinazione dei danni* — La Corte ha riconosciuto – e liquidato (salvo alcune limitatissime eccezioni) – tutti i danni patrimoniali e non patrimoniali azionati in giudizio dalle 52 parti civili costituite nel processo penale.

Per pervenire a tale risultato la Corte ha affrontato e risolto, in via gradata, tutte le questioni inerenti alla legittimazione a stare in giudizio delle parti civili, all'individuazione della lesione dedotta (*an*), alla determinazione del relativo risarcimento (*quantum*), e ciò ha fatto attraverso un'accurata rievocazione dei percorsi giurisprudenziali che hanno contrassegnato una evoluzione interpretativa affatto agevole. Pervenendo alla concreta applicazione dei più aggiornati arresti in materia (di protezione degli interessi e costituzione di parte civile), la sentenza si pone, anche su questo fronte, come punto d'arrivo ineludibile per chiunque si trovi ad affrontare d'ora in avanti le stesse questioni risarcitorie discendenti da reati in materia di sicurezza sul lavoro.

Si tratta perciò di una corposa vicenda risarcitoria, risolta all'interno di una sentenza già di per sé imponente per mole e difficoltà delle questioni penali affrontate. In questa sede è utile richiamare anzitutto i concetti basilari attraverso cui si snoda il percorso argomentativo e che sono serviti per operare il risarcimento dei danni nei diversi casi singoli.

Le questioni preliminari, relative alla legittimazione di enti territoria-

---

(\*) Magistrato nel Tribunale di Ravenna.

li, Sindacati e associazioni, sono state affrontate e risolte alla luce dell'importante precedente rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 22558/2010.

La premessa sistematica sta nell'art. 74 cod. proc. pen., il quale legittima ogni *soggetto* (sia esso persona fisica, giuridica o associazione non riconosciuta) che abbia ricevuto dal reato un danno di qualsiasi natura a costituirsi parte civile nel processo penale e reclamare il risarcimento. Inoltre, enti e associazioni rappresentative possono partecipare al giudizio per esercitare i diritti e le stesse facoltà della persona offesa, secondo le forme nuove consentite dagli artt. 91 e 92 cod. proc. pen. e confermate da ultimo dall'art. 61 d.lgs. n. 81/2008 che esplicita la stessa facoltà in favore delle organizzazioni sindacali e delle associazioni dei familiari delle vittime di infortuni sul lavoro.

Sono state quindi richiamate tutte le tappe delle «mobili frontiere» della responsabilità civile: sia sul fronte del concetto di danno ingiusto, sia su quello collegato della legittimazione a costituirsi parte civile degli enti collettivi, che si risolve sostanzialmente nella individuazione del soggetto a cui il reato ha recato danno e dei requisiti del danno risarcibile.

Sul primo versante, sono stati richiamati i percorsi che hanno condotto all'ampliamento della nozione di danno ingiusto: dal concetto di diritto soggettivo alla tutela aquiliana del credito, e via via alla tutela dell'aspettativa, fino a quella dell'interesse legittimo; per pervenire oggi al riconoscimento dell'art. 2043 cod. civ. quale clausola generale di responsabilità, in base alla quale il danno ingiusto può identificarsi nella semplice lesione di una situazione soggettiva giuridicamente protetta, cioè riconosciuta rilevante dall'ordinamento, con esclusione solo degli interessi di mero fatto e delle aspettative semplici.

Sulla nozione di interesse collettivo, e sulla legittimazione dell'ente esponenziale, è stato rievocato il faticoso percorso che partiva dalla tesi restrittiva secondo cui l'ammissione della tutela civilistica nel processo penale postula la necessaria presenza della cd. norma di protezione (reclamata dalla Cassazione, anche a Sezioni Unite penali, sentenza 21 maggio 1988, n. 3). Una tesi superata elevando a presupposto della legittimazione la diretta assunzione dell'interesse collettivo da parte dell'ente come oggetto della propria attività, sussunto nel suo scopo specifico. Da tali premesse è derivato il superamento del requisito della stretta consequenzialità tra reato e danno e la valorizzazione della natura plurioffensiva dell'illecito (tale per cui è possibile che il fatto reato possa offendere interessi e soggetti non coincidenti sul piano penale e su quello civile).

Il tema del danno non patrimoniale, categoria su cui maggiormente si sono impennate le liquidazioni risarcitorie operate nella sentenza, è stato ricostruito alla luce delle due svolte fondamentali prodotte dalla giurisprudenza dell'ultimo decennio: quella del 2003 (Cass. nn. 8828 e 8827) che è valsa a elevare, attraverso l'art. 2059 cod. civ., i valori della persona a pilastro del sistema della responsabilità civile, oltre le strettoie del danno morale soggettivo di cui all'art. 185 cod. pen.; e quella effettuata con le sentenze gemelle di San Martino del 2008 (Ss.Uu. nn. 26972, 26973, 26974, 26975), con la rimodulazione binaria dei contenitori danno patrimoniale-danno non patrimoniale, attraverso i quali è stato ribadito che ogni lesione degli interessi della persona protetti dall'ordinamento comporta quanto meno una protezione risarcitoria *sub specie* di danno non patrimoniale, inteso come danno conseguenza, da provarsi, sia pure a livello presuntivo.

Si è trattato di sviluppi che, ampliando la protezione risarcitoria della persona, anche giuridica o ente collettivo (pubblico e privato), hanno prodotto inevitabili riflessi estensivi sul diritto a costituirsi parte civile nell'ambito del processo penale, quale che sia l'interesse non patrimoniale leso dall'illecito, andando così oltre la sola rivendicazione del danno morale, prima ritenuto esclusiva figura di danno non patrimoniale risarcibile.

Per ciò che attiene al *quantum*, la Corte ha fatto in prima battuta riferimento alle tabelle utilizzate dal Tribunale di Milano, recependo in questo gli insegnamenti più recenti della Suprema Corte che con l'attesa sentenza n. 12408/2011 ha generalizzato, come misura dell'equità del giudice, il metodo tabellare e ha stabilito che le tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale elaborate dal Tribunale di Milano sono le uniche ad avere un valore paranormativo, valido su tutto il territorio nazionale, salvo ulteriori prove e deduzioni tali da consentire motivati scostamenti, secondo la specialità del caso.

Sotto questo aspetto gli stessi giudici torinesi, discostandosi costantemente dai valori tabellari, hanno dato prova di aver sempre tenuto conto, nella concreta liquidazione del danno, della gravità del reato emersa dalle circostanze accertate nella parte penalistica della sentenza. D'altra parte, una volta accertato il carattere doloso degli addebiti, era logico che tale atteggiamento soggettivo riverberasse i propri effetti sul *quantum* del risarcimento del danno, essendo evidente che, anche ai fini della offensività del danno non patrimoniale o di quello morale *stricto sensu*, una cosa è ricevere la lesione in base a un reato colposo, cosa ben più dolorosa è riceverla a titolo doloso.

2. — *Gli enti territoriali: Comune di Torino, Provincia e Regione Piemonte* — Sulla base dei percorsi sopra indicati, la legittimazione a stare in giudizio del Comune, della Provincia di Torino e della Regione Piemonte è stata individuata sotto una duplice veste: sia in quanto l'Ente territoriale rappresenta, secondo il dettato costituzionale (artt. 5 e 2 Cost.), la collettività dei cittadini e quindi, complessivamente, la loro identità storica, culturale, politica, economica; sia in quanto esso costituisce un soggetto istituzionale che si prefigge determinati obiettivi a favore della collettività e svolge una serie di compiti istituzionali per raggiungerli. Proprio per questo, come è stato giustamente evidenziato in sentenza, in questi casi l'ente territoriale o associativo si costituisce parte civile come rappresentante della comunità (dei suoi bisogni, valori di civile convivenza, territorio), non certo come rappresentante dell'organizzazione dell'Ente, né sotto il profilo politico né sotto il profilo amministrativo; con la conseguenza che eventuali comportamenti individuali di suoi funzionari, per ipotesi infedeli rispetto proprio a quei fini istituzionali dell'Ente, non potevano rilevare.

In particolare per quanto attiene alla Regione, la individuazione della legittimazione è stata di immediata evidenza, posto che in capo alla Regione esistono attribuzioni costituzionali e amministrative in tema di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (si pensi alla nuova formulazione dell'art. 117 Cost. che ne fa materia di potestà legislativa concorrente con quella dello Stato). Di conseguenza, la commissione di reati con violazioni delle norme di prevenzione sicuramente comporta una frustrazione degli scopi istituzionali dell'Ente, costituendo lesione di una situazione soggettiva dell'Ente, un'offesa diretta e determinata del suo scopo sociale.

Analoghi presupposti sono stati agevolmente rintracciati in capo agli altri enti territoriali, posto che anche la Provincia è espressione della collettività e riveste analoghe competenze in materia di lavoro, in base alle attribuzioni che sono state delegate dalla Regione. Mentre il Comune di Torino ha perseguito in concreto obiettivi analoghi, come dimostrato dagli scopi statutari e dalla sua azione nel campo della sicurezza, con la sottoscrizione di appositi protocolli d'intesa con altri enti.

È stata giustamente evidenziata la stessa identità storica della città di Torino: «Città operaia e industrializzata che ha fatto delle conquiste e delle lotte per il lavoro uno dei fondamenti della propria costituzione culturale e identità nel mondo».

Pertanto il danno non patrimoniale è stato riconosciuto alla Regione, al Comune e alla Provincia, con analoghe motivazioni e sulla base di

medesime premesse, sotto un triplice ordine di motivi: per la lesione delle finalità istituzionali dell'ente; per la lesione dell'immagine dell'ente presso la collettività degli amministrati; e con una efficace argomentazione, per la stessa rappresentanza del dolore, dello sbigottimento e insicurezza cagionati nella popolazione torinese e piemontese dalla gravissima vicenda della morte dei sette operai; lesioni ancora più gravi per la storia industriale e la tradizione democratica che sono parte integrante e caratteristica della collettività rappresentata dagli Enti territoriali e che costituiscono, insieme agli altri valori democratici, storici e civili, il contenuto della comune identità.

Non si è trattato, ovviamente, del danno morale collegato al reato riconoscibile alla vittima del reato, né di una riedizione della superata teorica dei danni riflessi. Si fa riferimento invece a danni per lesioni di altri interessi non patrimoniali protetti in capo alla persona (ancorché giuridica): non il dolore soggettivo, ma semmai la rappresentanza del dolore patito sul piano collettivo dalla popolazione rappresentata, colpita anche nella sua identità storica e democratica.

Anche la liquidazione equitativa del danno non patrimoniale è stata effettuata in maniera congrua e ben motivata, tenendo conto dell'entità delle conseguenze prodotte dalla sentenza nel tessuto civile e democratico della popolazione di riferimento, collettivamente rappresentata dagli enti territoriali. Proprio per questo il danno risarcito non è stato né poteva essere simbolico; e attraverso un criterio che ha pure distintamente apprezzato la maggiore prossimità dell'Ente rispetto al luogo e alla comunità coinvolta nell'incendio, sono stati liquidati al Comune 1.000.000 di euro; 800.000 euro alla Regione e 500.000 euro alla Provincia.

La Regione ha pure ottenuto il risarcimento del danno patrimoniale pari ai costi sostenuti per prestare soccorso, assistenza e cure alle vittime dell'incendio (documentate in euro 173.299,08).

3. — *I Sindacati e Medicina democratica* — Nei confronti delle organizzazioni sindacali (Fim-Cisl; Fiom-Cgil; Uilm-Uil; Flmu-Uniti Cub) la legittimazione *ad causam* è stata riconosciuta a prescindere dalla prova di un comportamento direttamente lesivo dei diritti di controllo e prevenzione specificamente attribuiti (dall'art. 9 dello Statuto) al Sindacato, e a prescindere dalla stessa iscrizione al Sindacato dei lavoratori vittime dell'infortunio.

È stato assunto come sufficiente — sulla scia della citata Cass. 22558/2010 — il dato secondo cui la tutela delle condizioni di lavoro,

con riferimento alla sicurezza dei luoghi di lavoro, costituisce uno dei compiti principali delle organizzazioni sindacali, come si evince appunto dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori, che ha costituito il primo riconoscimento della presenza organizzata dei lavoratori a tali fini, e dalle ulteriori attribuzioni effettuate in favore delle associazioni sindacali dalla legislazione interna di attuazione della normativa comunitaria (Direttiva n. 391 del 1989); si tratta del d.lgs. n. 626 del 1994, che ha attuato un più vasto coinvolgimento dei lavoratori nella tematica della prevenzione prevedendo la designazione in ogni azienda del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza, e oggi del sistema di protezione potenziato dal Testo Unico 9 aprile 2008, n. 81, il quale distingue tre tipologie di rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza (al livello aziendale, territoriale o di comparto, e di sito produttivo).

La concreta lesione dell'interesse protetto, riconosciuto in capo ai Sindacati, è stata ricavata in via induttiva dalla constatazione della gravità delle condotte e delle violazioni commesse dagli imputati, che hanno provocato un'inevitabile ripercussione negativa sull'immagine e sulla reputazione delle organizzazioni sindacali «inducendo nei lavoratori un effetto di sostanziale sfiducia nelle associazioni di categoria e nella loro idoneità a incidere con efficacia pratica in materia di sicurezza».

La lesione del Sindacato è stata considerata pure per l'evidente delegittimazione conseguita dal fatto che sono rimaste inascoltate le plurime segnalazioni effettuate dai lavoratori e dai Sindacati proprio con riferimento alle violazioni in materia di sicurezza.

Riconosciuta la legittimazione e la lesione dell'interesse, la concreta determinazione del danno non patrimoniale è stata operata attraverso un esercizio controllato della equità, previa determinazione dei criteri a cui è stata ancorata la discrezionalità giudiziale.

È stata richiamata la gravità dei reati, per le circostanze messe in luce ai fini della responsabilità penale, allo scopo di escludere un valore meramente simbolico del risarcimento, operando una liquidazione che ha voluto tener conto – anche – della storia e della tradizione industriale della città legata a filo doppio con quella delle organizzazioni sindacali sullo stesso territorio. Per questi motivi, i giudici torinesi hanno ritenuto congrua una quantificazione del danno non patrimoniale di euro 100.000 per ciascun Sindacato, senza alcuna distinzione all'interno di posizioni giudicate sostanzialmente analoghe.

La stessa somma di 100.000 euro è stata pure liquidata in favore di Medicina democratica a titolo di danno non patrimoniale, e la legittimazione riconosciuta in base agli scopi statutari e alla concreta attività

svolta dalla benemerita associazione fin dagli anni settanta; presupposti certamente lesi dai reati commessi dagli imputati come già riconosciuto dalla Corte di Cassazione con sentenza in punto (n. 1117/2010): «Questa Corte di legittimità ha statuito che gli enti di fatto sono legittimati a costituirsi parte civile non soltanto quando il danno riguardi un bene su cui gli stessi vantano un diritto patrimoniale, ma più in generale quando il danno coincida con la lesione di un diritto soggettivo, come avviene nel caso in cui offeso sia l'interesse perseguito da un'associazione storicamente circostanziata, assunto nello Statuto a ragione della propria esistenza e azione, con l'effetto che ogni attentato a tale interesse si configura come lesione della personalità o identità del sodalizio»; e, ancora con riferimento al danno non patrimoniale: «... per quanto attiene al danno non patrimoniale di cui al già citato art. 2059 cod. civ. alla luce dell'art. 2 della Costituzione che riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo che nelle formazioni sociali in cui si svolge la sua personalità, non può più essere identificato secondo la tradizionale restrittiva lettura dell'art. 2059 cod. civ. in relazione all'art. 185 cod. pen., soltanto come il danno morale soggettivo, sicché nell'ambito del danno non patrimoniale rientra, oltre al danno morale subiettivo nei casi previsti dalla legge, anche ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, dalla» quale conseguono pregiudizi non suscettibili di valutazione economica. E tale lesione deve essere riconosciuta come possibile anche in danno alle persone giuridiche e in genere agli enti collettivi; pregiudizio non patrimoniale che non coincide con la *pecunia doloris* bensì ricomprende qualsiasi conseguenza pregiudizievole di un illecito che, non prestandosi a una valutazione monetaria basata su criteri di mercato, non possa essere oggetto di risarcimento ma di riparazione.

4. — *I danni. I danni patrimoniali e non riconosciuti ai lavoratori dipendenti dello stabilimento Thyssen e ai parenti e affini* — Ai lavoratori della Thyssen costituiti parti civili sono stati liquidati danni patrimoniali e non patrimoniali.

Nove lavoratori si sono costituiti parti civili per il reato di incendio doloso e colposo, reclamando il risarcimento per i danni derivanti dall'incendio verificatosi nello stabilimento di Torino la notte del 6 dicembre 2007.

Si tratta di lavoratori, dipendenti dello stabilimento di Torino, presenti nel luogo di lavoro quella notte e che sono accorsi, mentre l'in-

condio era ancora in corso, per prestare aiuto ai compagni ustionati, i quali sono in seguito tutti deceduti.

Per evidenziare il dramma sconvolgente da essi vissuto quella notte, la Corte ha richiamato le testimonianze veramente toccanti dei medesimi lavoratori, e inoltre il riscontro contenuto nelle perizie medico-legali, pervenendo *de plano* al risarcimento del danno non patrimoniale, costituito dal danno morale e dal danno alla salute, ristorato in sentenza.

In particolare, le perizie depositate in giudizio hanno consentito di classificare sul piano medico-legale l'esistenza delle patologie sofferte dai lavoratori come lesioni post-traumatiche da stress collegabili eziologicamente al reato di incendio; cioè a quanto da loro visto e compiuto per prestare soccorso ai colleghi quella notte, ai ricordi divenuti, in alcuni casi, vere e proprie ossessioni, al senso di impotenza per non aver potuto aiutare i colleghi ustionati, a irrazionali sensi di colpa per non avere «fatto di più e anche solo per essere vivi di fronte alla morte degli altri, cui erano legati anche da rapporti di amicizia e, in alcuni casi, di affetto».

Ad esempio, è stato riportato in sentenza quanto riferito da uno dei medici legali secondo cui i lavoratori hanno subito «... una sintomatologia essenzialmente ansiosa, caratterizzata da insicurezze, da uno stato di allarme particolarmente pronunciato [...] non si tratta soltanto di un fatto psichico, ma anche di un fatto organico, nel senso che in questi casi esistono delle vere alterazioni anatomiche, anatomo-funzionali, dell'encefalo, del cervello, che sottendono a queste reazioni psicologiche».

Per la liquidazione la Corte ha fatto riferimento alla tabella del Tribunale di Milano 2009 operando un motivato aumento (del 25%) sull'importo dovuto per l'invalidità permanente e (fino a 100 euro/die) per quello liquidato a titolo di danno temporaneo.

Va segnalato inoltre che fondatamente la Corte ha rigettato le obiezioni sollevate per il fatto che le medesime lesioni subite dalle parti civili in discorso non fossero state contestate agli imputati, atteso che nondimeno lo stesso danno civilistico era causalmente dipeso dall'incendio, e quindi doveva essere comunque risarcito dagli imputati.

In mancanza di domanda, non sono stati considerati dalla Corte danni esistenziali autonomi, che invece ben avrebbero potuto essere risarciti alla luce del ritorno in auge di tale categoria di danni (cfr. l'approfondita sentenza Cass. n. 14402/2011) se si pensa che, come provato in giudizio, tutti i lavoratori danneggiati hanno, in diversa misura, riportato profonde modifiche peggiorative del proprio modo di essere e del modello di vita precedente al fatto illecito.

Anche ai lavoratori costituiti come parti civili con riferimento al reato di omissione dolosa di cautele antinfortunistiche di cui all'art. 437 cod. pen., la Corte ha riconosciuto la liquidazione del danno non patrimoniale sotto il profilo del turbamento provocato dall'omissione delle medesime cautele, per tutto il tempo in cui è stata accertata come esistente una conclamata condizione di rischio (e quindi a partire dal giugno 2006 fino alla data dell'evento).

La Corte ha ricordato: che si tratta di un delitto doloso ricompreso nel Titolo VI del codice penale, tra i delitti «contro l'incolumità pubblica»; che è un reato di pericolo «presunto» (così Corte di Cassazione, sentenza n. 6396/20051); che tale pericolo non deve interessare necessariamente la collettività dei cittadini o un numero rilevante di persone, in quanto la tutela si estende anche all'incolumità dei singoli lavoratori, come si evince dal fatto che l'interesse tutelato dalla norma è la pubblica incolumità con specifico riferimento all'ambiente di lavoro; che si tratta di reato plurioffensivo perché tutela anche l'incolumità dei singoli lavoratori i quali, per la loro relazione con un determinato habitat (nel senso che ivi risiedono e/o svolgono attività lavorativa), *patiscono un pericolo astratto di attentato allo loro sfera individuale*; che è un reato di «mera condotta», nella forma omissiva classificabile come reato omissivo proprio che si consuma nel momento in cui si verifica l'omissione e ha carattere permanente. Nel caso di specie, secondo la contestazione, il reato si è consumato nel giugno 2006 (dopo l'incendio nello stabilimento Nirosta di Igefeld) ed è perdurato sino al verificarsi dell'evento di cui al comma 2, il 6 dicembre 2007.

Ciò premesso, la Corte, in accordo con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione civile (n. 2515/2002), ha riconosciuto che deve essere risarcito il danno non patrimoniale derivante anche da un reato di pericolo, ammettendo così l'autonoma risarcibilità dello stesso danno, *sub specie* di danno morale, all'unica condizione (artt. 2059 cod. civ. e 185 cod. pen.) che sussista un perturbamento psichico della vittima cagionato da un reato, e dunque anche in assenza di danno biologico o di altro evento produttivo di danno patrimoniale.

D'altra parte, l'art. 185 cod. pen. non richiede, oltre al perturbamento psichico della vittima, anche il verificarsi di un distinto evento di danno incluso nella fattispecie incriminatrice; e a favore della tesi della risarcibilità concorrono i diversi elementi dell'idoneità del fatto a ledere l'interesse protetto della norma penale, dell'incidenza di esso su una posizione soggettiva, della compatibilità del risarcimento con i reati di pericolo, della riconosciuta possibilità di risarcire il perturbamento psi-

chico dei titolari di interessi suscettibili di essere compromessi da reati plurioffensivi.

I lavoratori costituiti parti civili con riferimento all'art. 437 cod. pen. sono stati quindi riconosciuti soggetti che, per la loro particolare relazione – consistente nel caso di specie nell'aver lavorato nello stabilimento di Torino, come dipendenti, nel periodo di permanenza del reato (da giugno 2006 sino al momento precedente il verificarsi dell'evento aggravante 6 dicembre 2007) –, hanno subito «un pericolo astratto di attentato alla loro sfera individuale», intendendo per «sfera individuale» ovviamente la loro integrità psico-fisica, direttamente tutelata nei luoghi di lavoro dalla Costituzione (artt. 2, 32, 41 Cost.).

In particolare, è stato considerato che il pericolo derivante dal non aver installato un impianto di rilevazione e di spegnimento automatico anche nella zona di entrata della Linea 5 costituiva un perenne (dal giugno 2006, sotto il profilo soggettivo del reato) e reale rischio di incendio, le cui potenzialità lesive dell'incolumità fisica non erano circoscritte ai soli lavoratori addetti a quell'impianto, ma si estendevano a tutti i lavoratori che prestavano la loro attività nello stabilimento di Torino; affermazione, quest'ultima, comprovata dai cambi di mansioni, dalla polivalenza degli operai, dall'accorrere di tutti gli operai presenti in occasione dei frequenti incendi, e soprattutto, purtroppo, dal fatto che due delle vittime (Rocco Marzo e Santino Bruno) non erano addetti a quell'impianto, eppure hanno perso la vita a seguito dell'incendio del 6 dicembre 2007.

Il rischio riguardava perciò tutti i lavoratori dello stabilimento ed era da essi percepito, come comprovato nel corso dibattimento, come vera e propria consapevolezza di una condizione di lavoro degradata (come tale incidente anche sulla loro dignità di persone e di lavoratori) e sempre in via di peggioramento, soprattutto a causa della frequenza con la quale si verificavano, nello stabilimento, incendi, focolai di incendi, principi di incendi: una sorta di quotidiana esposizione a un concreto pericolo di lesione alla loro incolumità fisica, alla loro vita.

Da ciò il *profondo turbamento, la sofferenza psichica, il disagio continuo, il timore serpeggiante*, confermati drammaticamente dagli eventi, che la Corte non ha potuto che ammettere a risarcimento, quale danno morale direttamente derivante dal reato commesso.

Per la liquidazione di tale danno la Corte ha utilizzato alcuni elementi oggettivi riferendoli al periodo di tempo di esposizione individuale al rischio, individuato come sussistente per la durata totale di 17 mesi. È stato fatto un riferimento alla retribuzione mensile, con au-

mento in considerazione della gravità dei fatti e del periodo di esposizione, per complessivi euro 35.000,00, cui è stato aggiunto un importo di euro 15.000,00, per l'ulteriore turbamento derivante per ciascun lavoratore dall'essersi verificata l'aggravante di cui al comma 2 dell'art. 437 cod. pen., per un totale complessivo di 50.000 euro (salva una liquidazione diversa per due lavoratori esposti al rischio per un periodo minimo).

Con logica e coerente applicazione del principio di integralità del danno, la stessa somma è stata riconosciuta, in aggiunta, anche ai 9 lavoratori costituitisi parte civile in relazione al reato di incendio, essendo del tutto evidente che, come ben precisato dalla Corte, il diritto al risarcimento derivante dalla commissione del reato di incendio è del tutto indipendente dal diritto al risarcimento derivante dal reato di omissione dolosa di presidi antinfortunistici.

5. — *I danni patrimoniali e non riconosciuti ai parenti e affini delle vittime* — Si tratta di sette familiari (cognati, zii, nipoti) dei lavoratori deceduti rientranti nella nozione di prossimi congiunti, nel rispetto di quanto stabilito dal comma 4 dell'art. 307 cod. pen., ma anche di soggetti diversi dai familiari delle vittime che avevano beneficiato del risarcimento provato prima dell'apertura del dibattimento; tant'è che in base all'avvenuta verifica di quest'ultima circostanza era stata riconosciuta agli imputati l'attenuante del danno risarcito (anche perché i parenti e gli affini costituitisi parte civile non ne avevano beneficiato in quanto non avevano avanzato le loro richieste per tempo).

Ai medesimi soggetti la Corte riconosce il danno da perdita del rapporto parentale sulla scorta della prova concreta del normale rapporto affettivo (non trattandosi di congiunti costituenti il nucleo familiare più ristretto per i quali vale invece la prova presuntiva); dalla dimostrazione di tale presupposto è discesa come naturale conseguenza la sussistenza del dolore per il lutto subito, che a sua volta costituisce il danno non patrimoniale definito da perdita del rapporto parentale.

Sul punto la Corte si rifà al noto precedente della Cassazione n. 15019/2005, che valorizza gli elementi indiziari e presuntivi ai fini della prova di un danno che è essenzialmente di natura psicologica, discendente dalla perdita degli affetti. Per la commisurazione del danno viene richiamata la sentenza della Cassazione n. 26905/2009, che valorizza il metodo tabellare anche per la liquidazione del danno parentale e che nella fattispecie viene concretamente commisurato utilizzando le tabelle del Tribunale di Milano.

CORTE D'ASSISE TORINO, 15 aprile 2011 – imp. E.I. (più altri).

**Controversie di lavoro e previdenza – Legittimazione a costituirsi parte civile nel processo penale – Art. 74 cod. proc. pen. – Enti territoriali, Sindacati e associazioni – Sufficienza di un danno di qualsiasi natura – Sussiste.**

**Sicurezza sul lavoro – Incendio doloso e omissione dolosa di cautele infortunistiche – Risarcimento del danno da stress e da turbamento dei lavoratori esposti al pericolo – È ammissibile.**

*In forza dell'art. 74 cod. proc. pen., enti e associazioni rappresentative che abbiano ricevuto dal reato – consistito nella morte sul lavoro di sette operai per incendio doloso e omissione dolosa di cautele antinfortunistiche – un danno di qualsiasi natura, sono legittimati a costituirsi parte civile nel processo penale e reclamare il risarcimento, essendo sufficiente all'uopo l'aver assunto l'interesse collettivo leso dal reato come oggetto della propria attività, sussumendolo nel loro specifico scopo. Il danno non patrimoniale deve essere individuato nella lesione delle finalità istituzionali dell'ente e dell'associazione, della loro immagine presso la collettività degli amministrati e per il dolore e l'insicurezza cagionati dai reati nella popolazione di riferimento o negli aderenti da essi collettivamente rappresentati. (1)*

*Ai lavoratori costituiti parti civili con riferimento al reato di incendio doloso e omissione dolosa di cautele antinfortunistiche deve essere attribuito il risarcimento del danno da stress e da turbamento provocato dai reati medesimi, dovendosi pure considerare, ai fini della liquidazione, tutto il periodo di tempo in cui è stata accertata come esistente una conclamata condizione di rischio. (2)*

# OSSERVATORIO

---

## LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE GENNAIO-MARZO 2012

### RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Finanziamento degli oneri per le prestazioni di lavoro straordinario del personale della Protezione civile. — 2. Illegittimità della stabilizzazione dei Lsu della Regione Molise. — 3. Illegittimità di incarichi regionali di collaborazione con il potere politico attribuibili soltanto sulla base di criteri fiduciari e non selettivi.

1. — *Finanziamento degli oneri per le prestazioni di lavoro straordinario del personale della Protezione civile* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale in merito agli articoli 11, 16, 36, 47, 55, 63, 75 e 76 della legge della Regione Abruzzo 10 gennaio 2011, n. 1 (legge finanziaria regionale 2011), deducendo la violazione degli artt. 3, 18, 23, 97, 117 e 120 della Costituzione. Per quel che riguarda la materia giuslavoristica, di rilievo risulta essere esclusivamente la questione sollevata in merito all'art. 11. Nello specifico, tale norma prevede disposizioni in materia di erogazione di compensi per lavoro straordinario effettuati nell'ambito della notoria emergenza terremoto intervenuta nella Regione Abruzzo lo scorso 6 aprile 2009. In particolare, il comma 1 dispone che al personale con contratto di collaborazione coordinata e continuativa appartenente alla Protezione Civile della Regione Abruzzo e agli Enti strumentali della Regione impegnato, nell'anno 2009, presso le Strutture del Dipartimento nazionale della Protezione civile e, nell'anno 2010, presso la Struttura per la gestione dell'emergenza, è riconosciuto il compenso previsto per le prestazioni aggiuntive rese nell'ambito delle disposizioni speciali per la gestione dell'emergenza post sisma. Il comma 2 prevede che i suddetti compensi siano rimborsati alla Regione dalla Struttura per la gestione dell'emergenza e sono erogati dalla Direzione regionale competente in materia di Risorse umane e strumentali della Giunta regionale, d'intesa con la stessa Struttura per la gestione dell'emergenza. Secondo la Presidenza del Consiglio il rimborso in questione verrebbe a incidere su fondi di pertinenza statale vincolati alla realizzazione di interventi per

l'emergenza in Abruzzo, realizzando una distrazione di tali risorse (aventi una destinazione fatta oggetto d'intesa da parte dell'amministrazione regionale) mediante atto unilaterale della Regione e per scopi diversi rispetto a quelli definiti dalla legge e dalle ordinanze di protezione civile, in tal modo violando i principi di leale collaborazione, di non contraddittorietà e di ragionevolezza enucleati all'art. 120 Cost., il disposto dell'art. 117, comma 2, lettere e (sistema tributario e contabile dello Stato) e g (ordinamento e organizzazione amministrativa degli enti pubblici nazionali) della Cost., e quello previsto al comma 3 del medesimo articolo in materia di protezione civile e, segnatamente, il principio fondamentale dell'art. 5, comma 2, della legge 24 febbraio 1992, n. 225 (istituzione del Servizio nazionale della protezione civile), che demanda alle ordinanze di protezione civile, «in deroga a ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico», la disciplina per l'attuazione degli interventi conseguenti alla deliberazione dello stato di emergenza. La Corte Cost. ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 11 della legge Reg. Abruzzo n. 1 del 2011 (1). Nello specifico, è stato ritenuto che la Re-

---

(1) Corte Cost., sentenza 15-23 febbraio 2012, n. 32 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 11 della legge della Regione Abruzzo 10 gennaio 2011, n. 1 (Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2011 e pluriennale 2011-2013 della Regione Abruzzo – legge finanziaria regionale 2011);

2) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 16 della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011;

3) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, comma 3, della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011, relativamente alla disposizione di una riduzione della tariffa per i servizi di soccorso sanitario e non sanitario in favore dei residenti nella Regione Abruzzo e alla copertura finanziaria del conseguente minor introito in quota parte delle risorse assegnate dal fondo sanitario per il funzionamento del Suem 118;

4) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 76, comma 1, della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011;

5) dichiara estinto il giudizio relativo alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 47 della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011 promosse, in riferimento agli artt. 3, 97 e 117, comma 3, Cost., dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso n. 26 del 2011;

6) dichiara cessata la materia del contendere limitatamente alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 55 della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011 promossa, in riferimento all'art. 117, comma 2, lettera g, Cost., dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso n. 26 del 2011;

7) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 36 della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011 promosse, in riferimento all'art. 117, comma 2, lettere e, l e s, Cost., dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso n. 26 del 2011;

8) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 63 della legge reg.

gione, nel disporre di risorse statali, non possa intervenire con una propria disciplina in un ambito di competenza dello Stato. Essa certamente non può interferire in materie di esclusiva competenza statale, né può farlo, per le materie di legislazione concorrente, nella sfera, pure afferente allo Stato, dell'emanazione dei principi fondamentali. Ciò posto, l'impugnato art. 11 viola, in primo luogo, l'art. 117, comma 2, lettere e e g, Cost., perché, per il suo tramite, il legislatore regionale ha disposto unilateralmente a favore della Regione Abruzzo di somme già precedentemente attribuite per il perseguimento di determinate finalità a un'autorità statale, qual è il Commissario delegato per la ricostruzione successiva al terremoto. La norma regionale in esame finisce, così, per incidere illegittimamente nel sistema contabile dello Stato e nella disciplina della dotazione di un organo della sua amministrazione. Invero, la disposizione regionale censurata invade il campo dei principi fondamentali fissati dallo Stato nella materia di legislazione concorrente della protezione civile, poiché è evidente che il legislatore regionale ha sovrapposto la propria disciplina a quella dettata, secondo le regole, dalle ordinanze di protezione civile, in guisa da ledere il principio fondamentale desumibile dall'art. 5, comma 2, della legge n. 225 del 1992. Alla stregua di esso, per l'attuazione degli interventi di emergenza si provvede, appunto, con le ordinanze di protezione civile, che servono a regolare temporaneamente, per tutta la durata dello stato di emergenza, uno straordinario assetto di poteri, allo scopo di tutelare l'integrità della vita, dei beni e degli insediamenti. Nella fattispecie in esame, i compensi straordinari dovuti ai lavoratori utilizzati per l'emergenza erano stati posti «a carico del bilancio della Regione Abruzzo» sia dall'ordinanza del Presidente del Consiglio dei ministri n. 3833 del 2009, richiamata in ricorso, sia dall'ordinanza n. 3754 del 2009; quest'ultima espressamente riferita al corrispettivo del lavoro straordinario autorizzato in capo al personale con contratti di collaborazione coordinata e continuativa, appartenente alla Protezione civile della Regione Abruzzo, direttamente impegnato in attività emergenziali e post-emergenziali. Al contrario, l'impugnato art. 11 è venuto a gravare la Struttura (nazio-

---

*Abruzzo n. 1 del 2011 promosse, in riferimento all'art. 117, comma 2, lettera e, Cost., nonché all'art. 117, comma 1, Cost. e agli artt. 49 e 56 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso n. 26 del 2011;*

*9) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, comma 1, della legge reg. Abruzzo n. 1 del 2011 promossa, in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost., dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso n. 26 del 2011.*

nale) per la gestione dell'emergenza del rimborso delle somme erogate dalla Regione a titolo di remunerazione delle prestazioni aggiuntive, rese in conseguenza del terremoto dai suddetti collaboratori coordinati e continuativi. In tal modo, il legislatore regionale ha regolato, in senso oltre tutto difforme, una materia già disciplinata dalle ordinanze di protezione civile.

2. — *Illegittimità della stabilizzazione dei Lsu della Regione Molise* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale in merito all'articolo 11, commi 1 e 10, della legge della Regione Molise 24 marzo 2011, n. 6 (Norme sull'organizzazione dell'esercizio di funzioni e compiti amministrativi a livello locale. Soppressione delle comunità montane), ritenuto lesivo degli artt. 97, 117, commi 2, lettera l, e 3, della Costituzione, nonché all'art. 17, comma 10, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78 (Provvedimenti anticrisi, nonché proroga di termini), convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102, e all'art. 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. L'art. 11, comma 1, della legge regionale n. 6 del 2011, stabilisce che «l'amministrazione regionale e gli enti da essa dipendenti ricoprono i posti vacanti delle rispettive dotazioni organiche, ricorrendone i presupposti di legge, prioritariamente attraverso la mobilità del personale a tempo indeterminato e Lsu delle sopresse Comunità montane, in applicazione dell'articolo 30 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e delle norme di settore disciplinanti l'utilizzazione dei lavoratori socialmente utili». A detta del Presidente del Consiglio dei ministri, la norma in oggetto sarebbe in contrasto con l'art. 97 Cost., in quanto consentirebbe, senza l'espletamento di alcuna procedura concorsuale, la stabilizzazione di soggetti titolari di un rapporto di lavoro non ricompreso nella normativa statale di principio, quali risultano essere i lavoratori già impiegati nei lavori socialmente utili (Lsu) delle sopresse Comunità montane. Ulteriormente, contrasterebbe con l'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, il quale, infatti, trova applicazione solamente per personale con contratto di lavoro a tempo indeterminato e non per personale precario. E infine lederebbe l'art. 117 Cost. in quanto, facendo ricorso all'istituto della mobilità con conseguente inquadramento a tempo indeterminato nei ruoli dall'amministrazione regionale e degli enti da essa dipendenti di personale impiegato nei cosiddetti Lsu e concretizzando una «cessione del contratto» – materia che attiene al diritto privato –, verrebbe a intervenire in un ambito, quello dell'ordinamento civile, riservato alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. In se-

conda battuta, il comma 10 dell'art. 11 della legge regionale citata, che prevede la destinazione, da parte della Regione in sede di manovra finanziaria annuale, di risorse finanziarie al fine di promuovere la stabilizzazione dei lavoratori con contratto Lsu in servizio presso le sopresse Comunità montane, viola, secondo il ricorrente, l'art. 117, comma 3, Cost., in quanto si pone in contrasto con principi fondamentali stabiliti in materia di coordinamento della finanza pubblica dall'art. 17, comma 10, del d.l. n. 78 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 102 del 2009. La Corte ha ritenuto fondate entrambe le questioni così come sollevate (2). Per quel che riguarda le censure sollevate in merito al comma 1 dell'art. 11, la Corte ha più volte dichiarato costituzionalmente illegittime, per violazione dei principi di cui all'art. 97 Cost., disposizioni regionali che prevedevano procedure di stabilizzazione di personale impegnato in lavori socialmente utili senza porre limiti percentuali al ricorso a tale tipo di assunzione (sentenze n. 108, n. 68 e n. 67 del 2011) e «senza fornire indicazioni circa la sussistenza dei requisiti per poter ammettere deroghe al principio del concorso pubblico, vale a dire la peculiarità delle funzioni che il personale svolge (sentenze n. 267 e n. 195 del 2010, n. 293 del 2009) o specifiche necessità funzionali dell'amministrazione» (sentenza n. 68 del 2011). Inoltre la disciplina regionale, consentendo la trasformazione di contratti precari di lavoratori Lsu in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, incide sulla regolamentazione del rapporto precario già in atto (e, in particolare, sugli aspetti connessi alla durata del rapporto) e determina, al contempo la costituzione di altro rapporto giuridico (il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, destinato a sorgere proprio per effetto della stabilizzazione). Una simile disposizione è inquadrabile, quindi, nella materia disciplinata dall'art. 117, comma 2, lettera l, della Costituzione, di competenza esclusiva del legislatore statale. A detta della Corte, infatti, la disciplina della fase costitutiva del contratto di lavoro, così come quella del rapporto sorto per effetto dello stesso, si realizzano mediante la stipulazione di un contratto di diritto privato e, pertanto, appartengono alla materia dell'ordinamento civile» (sentenza n. 69 del 2011; nello stesso senso sentenze n. 108 e n. 68 del 2011, n. 354 del 2010). In

---

(2) Corte Cost., sentenza 5-9 marzo 2012, n. 51 – Pres. Quaranta, Est. Napolitano:

*dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 11, commi 1 e 10, della legge della Regione Molise 24 marzo 2011, n. 6 (Norme sull'organizzazione dell'esercizio di funzioni e compiti amministrativi a livello locale. Soppressione delle comunità montane).*

seconda battuta, in merito all'altra disposizione impugnata – l'art. 11, comma 10, della legge regionale del Molise n. 6 del 2011 –, la Corte Cost. l'ha ritenuta in contrasto con l'art. 117, comma 3 Cost., in quanto si pone in contrasto con principi fondamentali stabiliti in materia di coordinamento della finanza pubblica dall'art. 17, comma 10, del d.l. n. 78 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 102 del 2009. Quest'ultimo – stabilendo che «nel triennio 2010-2012, le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 [...] possono bandire concorsi per le assunzioni a tempo indeterminato con una riserva di posti, non superiore al 40 per cento dei posti messi a concorso, per il personale non dirigenziale in possesso dei requisiti di cui all'articolo 1, commi 519 e 558, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e all'articolo 3, comma 90, della legge 24 dicembre 2007, n. 244» –, oltre a prevedere procedure concorsuali per le possibili assunzioni, fissa limiti «qualitativi», nonché «quantitativi» al possibile riassorbimento di lavoratori cosiddetti precari nel pubblico impiego; limiti che costituiscono, per tutte le amministrazioni pubbliche, presupposti legittimanti e non superabili per la stabilizzazione. Il comma 10 dell'art. 11, diversamente, non prevederebbe procedure selettive, ma bensì la stabilizzazione generalizzata dei lavoratori impiegati in Lsu in servizio presso le sopresse Comunità montane, senza stabilire, quindi, i requisiti di cui devono essere in possesso questi ultimi e, comunque, al di fuori dei limiti previsti dal legislatore statale per il possibile riassorbimento del precariato nel pubblico impiego.

3. — *Illegittimità di incarichi regionali di collaborazione con il potere politico attribuibili soltanto sulla base di criteri fiduciari e non selettivi* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'articolo 5 (oltre che dell'articolo 14, comma 3) della legge della Regione Piemonte 29 aprile 2011, n. 7, in riferimento agli articoli 3, 97 e 117, comma 2, lettera l, della Costituzione. La disposizione censurata prevede, a integrazione della legge regionale n. 23 del 2008 – in tema di organizzazione degli uffici regionali, della dirigenza e del personale –, la facoltà del Presidente del Consiglio regionale di avvalersi, per lo svolgimento delle proprie funzioni, del supporto di una professionalità esterna, scelta sulla base di rapporti fiduciari, e rimette a un provvedimento deliberativo della Presidenza del Consiglio il compito di delineare il contenuto dell'incarico e i rapporti del soggetto assunto con le altre strutture. Secondo la Presidenza del Consiglio, la norma citata, da un lato, contrasterebbe con il principio di ragionevolezza, buon

andamento e imparzialità della pubblica amministrazione, di cui agli artt. 3 e 97, Cost., in quanto autorizzerebbe il ricorso al supporto di una professionalità esterna, indipendentemente dal rispetto dei criteri dettati dall'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 – che prevede che il ricorso a tali forme di collaborazione possa avvenire solo in presenza di specifici presupposti oggettivi, quali l'accertata impossibilità di utilizzare le risorse umane disponibili all'interno dell'amministrazione, il carattere temporaneo e altamente qualificato della prestazione, e altri, e che tali incarichi possano essere conferiti soltanto a esperti di particolare e comprovata specializzazione, anche universitaria –; dall'altro, determinerebbe l'invasione della competenza legislativa esclusiva in materia di ordinamento civile, intervenendo nella disciplina dei rapporti di diritto privato. La Corte ha ritenuto che la questione promossa con riferimento agli artt. 3 e 97 della Costituzione debba essere ritenuta fondata (3), in quanto in tema di incarichi temporanei a soggetti esterni all'amministrazione, il principio in base al quale la Regione può derogare ai criteri statali di cui al d.lgs. n. 165 del 2001 citato è possibile a condizione che preveda, in alternativa, altri criteri di valutazione, ugualmente idonei a garantire la competenza e la professionalità dei soggetti di cui si avvale e ad assicurare che la scelta dei collaboratori esterni avvenga secondo i canoni della buona amministrazione, onde evitare che sia consentito l'accesso a tali uffici di personale esterno del tutto privo di qualificazione. In ragione della specificità degli uffici di diretta collaborazione, la Corte afferma (sentenze n. 7 del 2011, n. 34 del 2010, n. 293 del 2009, n. 104 del 2007) che le Regioni possono dettare, in deroga ai criteri di selezione dettati dall'art. 7, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001, dei propri, autonomi, criteri selettivi, che tengano conto della peculiarità dell'incarico in conseguenza del necessario rapporto fiduciario con l'organo politico. Tuttavia, la Corte ha sempre escluso che la selezione di tale personale

---

(3) Corte Cost., sentenza 5-9 marzo 2012, n. 53 – Pres. Quaranta, Est. Mazza:

*riservata a separata pronuncia la decisione sulla ulteriore questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, comma 3, legge Regione Piemonte 29 aprile 2011, n. 7;*

*dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5 della legge della Regione Piemonte 29 aprile 2011, n. 7, recante «Modifiche alla legge regionale 28 luglio 2008, n. 23 (Disciplina dell'organizzazione degli uffici regionali e disposizioni concernenti la dirigenza e il personale), in attuazione del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e adeguamento al decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, in materia di organizzazione e contenimento della spesa del personale».*

esterno di diretta collaborazione possa avvenire soltanto in base al predetto rapporto fiduciario e, quindi, in totale assenza di criteri di valutazione della professionalità e competenza. La norma della Regione Piemonte censurata, invece, dispone che la individuazione della professionalità esterna, di ausilio alle funzioni del Presidente del Consiglio regionale, possa avvenire esclusivamente sulla base di «rapporti fiduciari», in deroga a quanto disposto dall'art. 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e non prevede, in luogo di tali criteri, alcun meccanismo di selezione alternativo che possa garantire la professionalità del collaboratore esterno.

## SICUREZZA SOCIALE

(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Contribuzione gestione commercianti. — 2. Disoccupazione e *part-time*. — 3. Totalizzazione contributiva enti privatizzati.

1. — *Contribuzione gestione commercianti* — Il socio di una Srl commerciale che lavora nella società e riveste anche la carica di amministratore deve pagare i contributi, per la prima attività, alla gestione commercianti Inps e, per la seconda, alla Gestione separata dei collaboratori. Non è censurabile dal punto di vista costituzionale la norma impugnata che – fornendo un’interpretazione autentica, quindi retroattiva – ha stabilito l’inapplicabilità del principio dell’attività prevalente per decidere qual è il fondo destinatario della contribuzione. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 15/2012 (1), ha quindi dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d’Appello di Genova (art. 12, comma 11, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. dall’articolo 1, comma 1, legge 30 luglio 2010, n. 122). I giudici rimettenti avevano prospettato, tra l’altro, il contrasto con gli articoli 3 (ragionevolezza della norme) e 117, comma 1 (vincoli alla potestà legislativa dello Stato), della Costituzione. La Corte Costituzionale ha rigettato tutte le argomentazioni, ripercorrendo le tappe della vicenda, che parte dalla legge n. 335/1995 – sull’obbligo di iscrizione alla gestione separata Inps per i lavoratori autonomi e i collaboratori – e dalla legge n. 662/1996 (articolo 1, comma 208), che ha stabilito l’iscrizione alla gestione degli esercenti attività

---

(1) Corte Cost. 26 gennaio 2012, n. 15 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo:

*Dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 12, comma 11, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dall’articolo 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, sollevata, con l’ordinanza indicata in epigrafe, dalla Corte d’Appello di Genova, in funzione di giudice del lavoro, in riferimento agli articoli 3, 24, comma 1, 102, 111, comma 2, e 117, comma 1, della Costituzione, in relazione all’articolo 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con legge 4 agosto 1955, n. 848.*

commerciali secondo il principio dell'attività prevalente. L'Inps ha sempre interpretato le due discipline nel senso che i soci di Srl commerciali, che esercitano anche il compito di amministratori, sono obbligati alla doppia contribuzione. Ne è nato un ricchissimo contenzioso: le Corti di merito avevano dato ragione all'Inps, mentre la Cassazione, con una sentenza a Sezioni Unite (n. 3240/2010) aveva ridato speranza ai soci lavoratori e amministratori. A quel punto è intervenuto il decreto legge n. 78, secondo il quale il principio della prevalenza per definire la gestione destinataria della contribuzione si applica solo per le attività autonome esercitate in forma d'impresa da commercianti, artigiani e coltivatori diretti. Sono esclusi i rapporti di lavoro che richiedono l'iscrizione alla gestione separata. Per la Corte Costituzionale la norma di interpretazione autentica non viola l'articolo 3 perché il legislatore non ha aggiunto elementi estranei alla legge originaria, ma ha semplicemente esplicitato un significato già presente. La prova sta nelle numerose sentenze dei tribunali. Il d.l. n. 78 non confligge neppure con l'articolo 24 della Costituzione: il richiamo, in questo caso, non è pertinente, in quanto non sono in gioco diritti processuali. Non c'è lesione neppure dell'articolo 111, perché il decreto legge non interferisce con la funzione giudiziaria, ma consiste in una disciplina generale e astratta di interpretazione di un'altra norma. Infine, la contestazione in relazione all'articolo 117: c'è – secondo i giudici – uno spazio, delimitato, per un intervento dello Stato con efficacia retroattiva, se «giustificato da motivi imperativi di interesse generale».

2. — *Disoccupazione e part-time* — Non è incostituzionale, per violazione degli artt. 3 e 38 Cost., la norma che prevede, per aver diritto all'indennità di disoccupazione, una soglia minima retributiva senza distinzione fra lavoratori a tempo pieno e quelli a tempo parziale (art. 7, comma 1, d.l. 12 settembre 1983, n. 463, conv. in legge 11 novembre 1983, n. 638). La Corte di Cassazione, esaminando la questione, aveva, invece, considerato non infondata la questione di incostituzionalità in quanto sarebbe stato logico prevedere un meccanismo di riparametrazione della retribuzione minima settimanale, così come previsto nella legge n. 389/1989. Essa, pertanto, aveva impugnato la norma in questione nella parte in cui, in sede di computo del numero di contributi settimanali da accreditare ai lavoratori dipendenti nel corso dell'anno solare al fine delle prestazioni pensionistiche (tra cui, appunto, l'indennità di disoccupazione), non prevede che la soglia minima di retribuzione utile per l'accredito del singolo contributo ivi prevista venga ricon-

dotta al valore dell'ora lavorativa del lavoratore a tempo pieno e quindi rapportata al numero di ore settimanali del lavoratore a tempo parziale. La norma censurata, nel determinare un'unica soglia minima retributiva per l'accesso all'indennità di natura previdenziale con riguardo sia ai lavoratori a tempo pieno sia a quelli a tempo parziale, comporterebbe un ingiustificato elemento di discriminazione – per uguale trattamento di situazioni disuguali – a danno di questi ultimi, per i quali si presenterebbe irrazionalmente maggiore la possibilità di non raggiungere tale soglia minima, dato il minore orario praticato. Con sentenza n. 36/2012 (2) la Corte Costituzionale, pur riconoscendo che la norma, «in effetti, può rendere per questi ultimi più difficile il conseguimento di detta soglia minima, avuto riguardo al più ridotto livello di reddito, conseguente al minore orario praticato», ha concluso per l'inammissibilità della questione in quanto, sostanzialmente, verrebbe chiesta al giudice costituzionale una sentenza additiva in una materia non costituzionalmente vincolata, «peraltro in un settore caratterizzato da ampia discrezionalità del legislatore nel bilanciamento dei diversi interessi contrapposti». Invero, la Corte dovrebbe dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma censurata «nella parte in cui non prevede un sistema di riparametrazione della retribuzione minima utile per l'accreditamento del contributo settimanale simile a quello di cui al comma 4 dell'art. 1 del d.l. del 1989». In sostanza, la soglia minima di retribuzione utile per l'accredito del singolo contributo dovrebbe essere «ricondata al valore dell'ora lavorativa del lavoratore a tempo pieno e quindi rapportata al numero di ore settimanali del lavoratore a tempo parziale». Ma ciò, come già rilevato, non può essere frutto dell'intervento additivo da parte della Corte, essendo riservato semmai alla discrezionalità del legislatore.

3. — *Totalizzazione contributiva enti privatizzati* — La Corte Costituzionale, con sentenza n. 8/2012 (3), nel respingere la questione sollevata

---

(2) Corte Cost. 23 febbraio 2012, n. 36 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo:

*Dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 7, comma 1, primo periodo, del decreto legge 12 settembre 1983, n. 463 (Misure urgenti in materia previdenziale e sanitaria, e per il contenimento della spesa pubblica, disposizioni per vari settori della pubblica amministrazione e proroga di taluni termini), convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, sollevata, in riferimento agli articoli 3 e 38 della Costituzione, dalla Corte di Cassazione, Sezione controversie di lavoro.*

(3) Corte Cost. 20 gennaio 2012, n. 8 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella:

*Dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 42 (Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi), sollevate, in riferimento agli articoli 3 e 76 della Costituzione, dalla Corte d'Appello di Torino).*

dalla Corte d'Appello di Torino, ha stabilito che l'autonomia regolamentare delle casse privatizzate soggiace alla normativa nazionale: è, dunque, corretta la previsione del calcolo contributivo con cui le casse di previdenza devono determinare gli spezzoni di pensione del professionista in regime di totalizzazione, anche se riferiti a periodi rientranti nel vecchio regime retributivo. Infatti il ricorso alla totalizzazione fa scattare automaticamente il passaggio al calcolo col regime contributivo, come previsto dal d.lgs. n. 42/2006. Ad avviso della Corte rimettente, la norma censurata (articolo 4, comma 3, del decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 42), disponendo che per gli enti previdenziali privatizzati ai sensi del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509 – e, dunque, anche per la Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali (come nel caso in specie) –, la misura del trattamento pensionistico dovuto a seguito di totalizzazione dei periodi assicurativi è determinata con le regole del sistema di calcolo contributivo, sulla base di parametri dettati dallo stesso art. 4, comma 3, contrasterebbe con l'art. 76 Cost., per violazione del principio direttivo dettato dall'art. 1, comma 2, lettera o, della legge 23 agosto 2004, n. 243, secondo il quale ogni ente presso cui sono stati versati i contributi è tenuto *pro quota* al pagamento del trattamento pensionistico «secondo le proprie regole di calcolo». Ad avviso della Corte, tuttavia, la prescrizione secondo la quale «ogni ente presso cui sono stati versati i contributi sarà tenuto *pro quota* al pagamento del trattamento pensionistico, secondo le proprie regole di calcolo» deve essere sì intesa nel senso di una riaffermazione del principio generale secondo cui le quote di trattamento pensionistico a carico di ogni gestione previdenziale interessata dalla totalizzazione debbono essere calcolate in base ai criteri specifici della singola gestione, non escludendosi, però, che il legislatore delegato fosse autorizzato dalla delega a determinare esso stesso in base a quali criteri ogni ente previdenziale dovesse liquidare la quota di propria spettanza. Si consideri – prosegue la Corte Costituzionale – che i criteri di calcolo previsti dal d.lgs. n. 42 del 2006 costituiscono applicazione del sistema contributivo, vale a dire di quello che è il criterio di determinazione delle prestazioni previdenziali che ormai ha assunto una valenza generale nel sistema previdenziale italiano. La scelta operata dal legislatore, pertanto, è coerente con le generali linee evolutive dell'ordinamento. Neppure la questione sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. è fondata. Ad avviso della Corte torinese, l'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2006 sarebbe fonte di un'irragionevole disparità di trattamento con gli assicurati presso gli enti previdenziali pri-

vati costituiti ai sensi del d.lgs. n. 103 del 1996: per costoro, infatti, il successivo comma 6 dello stesso art. 4 stabilisce che la misura del trattamento pensionistico sia determinata sulla base del sistema di calcolo vigente nell'ordinamento degli enti medesimi. Al riguardo occorre ricordare, in primo luogo, che, per consolidata giurisprudenza costituzionale, i vari sistemi previdenziali non possono essere comparati tra loro (sentenze n. 34 del 2011, n. 202 del 2008, n. 83 del 2006). In secondo luogo, la differenza segnalata dal giudice è apparente, più che reale. Infatti, gli enti costituiti a seguito del d.lgs. n. 103 del 1996 – essendo successivi alla svolta in favore del sistema contributivo operata dalla legge 8 agosto 1995, n. 335 – hanno tutti dovuto adottare il predetto sistema di calcolo (v., in particolare, l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 103 del 1996). Ne consegue che sia gli iscritti agli enti privatizzati in virtù del d.lgs. n. 509 del 1994, sia gli iscritti agli enti di cui al d.lgs. n. 103 del 1996, si vedono liquidare la quota di trattamento pensionistico dovuta, in virtù della totalizzazione dei periodi assicurativi secondo regole proprie del sistema contributivo.



**LA CORTE DI CASSAZIONE**  
**SEZIONE LAVORO**  
**ANNO 2011**

*Fabrizio Miani Canevari*(\*)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2.1. Lavoro autonomo e subordinato. — 2.2. Rapporti associativi e gruppi di società. — 2.3. Soci di cooperative. — 2.4. Lavoro a domicilio. — 2.5. Lavoro sportivo. — 2.6. Rapporto di agenzia. — 3.1. Avviamento obbligatorio. — 3.2. Assunzione in prova. — 3.3. Contratti di formazione e lavoro. — 3.4. Contratti di lavoro a tempo parziale. — 3.5. Contratti di lavoro a tempo determinato. — 3.6. Lavoro temporaneo. — 4.1. Interposizione e appalti. — 5. Controlli del datore di lavoro. — 6. Retribuzione e tempo di lavoro. — 7.1. Mansioni del lavoratore. — 7.2. Trasferimenti. — 7.3. Danno da demansionamento. — 8. Procedimento e sanzioni disciplinari. — 9.1. Le garanzie di stabilità del rapporto. — 9.2. Ipotesi di nullità del licenziamento. — 9.3. Lavoratrici madri. — 9.4. Imprese di tendenza. — 9.5. Dirigenti. — 9.6. Decadenza dalla impugnazione del licenziamento. — 10. Licenziamento disciplinare. — 11.1. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo. — 11.2. Oneri probatori. — 12. Licenziamento e malattia. — 13. Revoca o rinnovazione del licenziamento. — 14. Licenziamenti collettivi. — 15. Reintegrazione, risarcimento e indennità sostitutiva. 16. Licenziamento e dimissioni. — 17. Rinunzie e transazioni. — 18. Prescrizione dei diritti del lavoratore. — 19. Sciopero e condotta antisindacale.

1. — *Premessa* — Questo scritto propone una rassegna delle più significative pronunce della Sezione lavoro della Corte di Cassazione dell'anno 2011, selezionate tra 710 decisioni in materia di lavoro, di cui è nota la massima ufficiale. Una seconda parte del contributo, di prossima pubblicazione, sarà dedicata alla sicurezza sociale.

2.1. — *Lavoro autonomo e subordinato* — Sul noto tema della distinzione tra lavoro autonomo e subordinato la giurisprudenza della S.C. ribadisce la rilevanza attribuita al comportamento tenuto dalle parti nell'attuazione del rapporto di lavoro ai fini della sua qualificazione giuridica, in base a un accertamento di fatto, riservato al giudice di merito

---

(\*) Presidente della Sezione lavoro della Corte di Cassazione.

(Cass. 20 gennaio 2011, n. 1238, che ha confermato la decisione dei giudici di merito con cui sono state riferite a prestazioni di lavoro autonomo le attività dei cd. *pony express* per l'utilizzo di un mezzo di locomozione di proprietà del lavoratore, con oneri economici e di gestione a suo carico, per l'autonomia decisionale nel *quomodo* e nel «quando» dell'itinerario da percorrere e delle consegne e per il rischio d'impresa a carico del lavoratore, comprovato dall'assenza di compenso per l'impossibilità della prestazione in caso di malfunzionamento del mezzo di trasporto).

Meritano di essere poi segnalate alcune decisioni rese per ipotesi in cui, data la difficoltà di individuare gli elementi tipici del vincolo di subordinazione, è determinante il riferimento alla fattispecie concreta. Un caso esaminato riguardava l'attività di una signora che, subentrata al marito, già dipendente di una società, nel godimento di un alloggio all'interno di uno stabilimento aziendale, svolgeva modesti compiti di pulizia e curava l'apertura e chiusura dei cancelli dell'impianto la mattina e la sera. I giudici di merito, la cui decisione è stata confermata da Cass. 11 febbraio 2011, n. 3383, hanno escluso la natura subordinata del rapporto in considerazione della modestia quantitativa delle prestazioni, e della possibilità di organizzare il lavoro con ampia libertà di orario (anche con facoltà di farsi sostituire nell'espletamento della prestazione lavorativa), ritenendo prevalente nel rapporto dedotto l'aspetto relativo al godimento del bene utilizzato come abitazione, rispetto al quale l'attività lavorativa costituiva mero corrispettivo, in corrispondenza della funzione propria assegnata dalle parti al rapporto medesimo).

Un altro caso riguarda le prestazioni rese da un consulente fiscale in uno studio legale tributarista: Cass. 14 febbraio 2011, n. 3594, ha ritenuto correttamente motivata l'esclusione del carattere subordinato del rapporto sul rilievo che l'organizzazione della prestazione non eccedeva le esigenze di coordinamento dell'attività del professionista con quella dello studio e che i controlli – esercitati sui tempi dell'incarico e sul risultato conclusivo dell'attività svolta dal collaboratore – non riguardavano le modalità di espletamento dell'incarico e non si traducevano in una espressione del potere conformativo sul contenuto della prestazione.

2.2. — *Rapporti associativi e gruppi di società* — In tema di distinzione tra rapporti associativi e rapporti di lavoro subordinato, Cass. 24 febbraio 2011, n. 4524, ha precisato che la sussistenza della fattispecie di contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione

lavorativa da parte dell'associato va esclusa quando si ravvisino le caratteristiche tipiche della subordinazione nelle concrete modalità di svolgimento del rapporto (nel caso esaminato caratterizzate dal pagamento di retribuzione a cadenze fisse, da direttive tecniche e continui controlli della prestazione) e non ricorrano invece gli elementi della partecipazione agli utili e della sottoposizione di rendiconti.

Con riguardo alla individuazione del titolare del rapporto di lavoro nel caso di prestazioni nell'ambito di un gruppo di società, va segnalata Cass. 29 novembre 2011, n. 25270, secondo cui la concreta ingerenza della società capogruppo nella gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle società del gruppo, che ecceda il ruolo di direzione e coordinamento generale spettante alla stessa sul complesso delle attività delle società controllate, determina l'assunzione in capo alla società capogruppo della qualità di datore di lavoro, in quanto soggetto effettivamente utilizzatore della prestazione e titolare dell'organizzazione produttiva nella quale l'attività lavorativa è inserita con carattere di subordinazione.

Nel caso in cui sia accertata in giudizio l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato in contrasto con la qualificazione del rapporto come autonomo operata dalle parti, la determinazione del trattamento retributivo spettante deve essere effettuata, secondo Cass. 9 marzo 2011, n. 5552, in base al principio dell'assorbimento, per cui, ove il trattamento economico complessivamente erogato in concreto dal datore di lavoro risulti superiore a quello minimo dipendente dalla qualificazione del rapporto, non debbono essere liquidate mensilità aggiuntive commisurate ai compensi periodicamente corrisposti, dovendosi, peraltro, escludere che il lavoratore sia tenuto, sulla mera richiesta del datore di lavoro, a restituire tale eccedenza, posto che la previsione collettiva di minimi retributivi non impedisce al datore di lavoro di erogare ai propri dipendenti paghe superiori, siano esse semplicemente offerte al lavoratore o determinate da una contrattazione ovvero conseguenti alla diversa e inesatta qualificazione del rapporto tra le parti, la quale può essere frutto di un errore delle parti (errore essenziale avente i requisiti di cui agli artt. 1429 e 1431 cod. civ., che deve essere eventualmente dimostrato dal datore di lavoro) ma anche della volontà di usufruire di una normativa specifica ovvero di eluderla.

2.3. — *Soci di cooperative* — Per le prestazioni svolte dai soci di cooperative di produzione e lavoro, la normativa legale è informata alla regola fondamentale della duplicità dei rapporti che qualificano il lavoro cooperativo e dell'applicabilità a tali rapporti di tutti i conseguenti ef-

fetti; la legge n. 142 del 2001 ha introdotto in favore dei soci un complesso di tutele minime e inderogabili che, pur non retroattive, sono applicabili a tutte le situazioni giuridiche che maturino nella vigenza della legge, ancorché relative a rapporti contrattuali sorti anteriormente alla sua entrata in vigore.

Secondo Cass. 5 luglio 2011, n. 14741, ove il provvedimento di esclusione del socio sia stato deliberato nel vigore della legge citata, la mancata adozione del regolamento previsto dall'art. 6 della stessa legge n. 142 del 2001 non condiziona l'efficacia della disciplina legale. Nel caso di licenziamento disciplinare irrogato dalla società cooperativa, una volta rimosso il provvedimento di esclusione del socio, il medesimo avrà diritto alla ricostituzione del rapporto associativo e del concorrente rapporto di lavoro indipendentemente dall'applicabilità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

D'altro canto, secondo Cass. 8 febbraio 2011, n. 3043, l'onere probatorio della sussistenza anche del rapporto associativo con il lavoratore compete alla società e, ove tale onere non sia assolto, deve escludersi la possibilità di attribuire al medesimo la qualità di socio-lavoratore, dovendo egli essere considerato un lavoratore subordinato puro e semplice, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2 della legge 3 aprile 2001, n. 142, il quale, nel caso in cui venga a cessare, con il rapporto di lavoro, anche quello associativo, prevede che ai soci lavoratori si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, con esclusione dell'art. 18.

Per Cass. 5 luglio 2011, n. 14741, l'inadempimento che giustifica l'esclusione del socio lavoratore ai sensi dell'art. 2533 cod. civ. deve essere qualificato in termini di specifica gravità e presuppone, pertanto, anche una valutazione del tempo trascorso fra la mancanza addebitata e la reazione da parte della società recedente, dovendosi ritenere non conforme ai criteri legali, anche alla luce delle regole di buona fede e correttezza, l'esclusione disposta a notevole distanza di tempo dai fatti addebitati, mentre resta escluso che nella clausola che sanziona la «violazione dello spirito mutualistico e solidaristico della cooperativa» sia ascrivibile la tutela in giudizio dei diritti del socio, salvo che si dimostri che la tutela giudiziaria fosse strumentale al perseguimento di finalità indebite, del tutto estranee alla legittima (anche se eventualmente infondata nel merito) protezione dei propri interessi giuridici.

2.4. — *Lavoro a domicilio* — Ai fini della qualificazione del lavoro a domicilio come autonomo o subordinato – secondo la configurazione risultante dalla disciplina contenuta nella legge 18 dicembre 1973, n.

877 — assume rilevanza la possibilità attribuita al lavoratore di accettare o rifiutare le singole commesse, all'esito di trattative concernenti le caratteristiche del lavoro e il prezzo da stabilire di volta in volta, dovendosi accertare, in particolare, se tale possibilità di negoziazione sia limitata in ambiti prefissati dal contratto di lavoro, inserendosi in esso quale modalità di esecuzione, ovvero sia espressione di una realtà incompatibile con il lavoro subordinato, configurandosi, in tal caso, tanti contratti di lavoro autonomo per quante sono le singole commesse. Cass. 11 gennaio 2011, n. 461, ha così confermato la sentenza impugnata che aveva qualificato quale rapporto di lavoro subordinato a domicilio il rapporto intercorrente tra una società e alcune lavoratrici, valorizzando, fra l'altro, l'inserimento delle predette nel ciclo produttivo aziendale, l'assenza di concreti margini di discrezionalità delle stesse nell'esecuzione del lavoro, la correlazione del compenso al tipo di pezzo da lavorare e la determinazione da parte della società dei tempi di consegna.

Nel giudizio di accertamento negativo dell'obbligo contributivo e con riguardo alla qualificazione del lavoro a domicilio come autonomo o subordinato, è onere del contribuente provare la sussistenza degli elementi che escludono la sussistenza del vincolo della subordinazione (Cass. 5 aprile 2011, n. 7747).

2.5. — *Lavoro sportivo* — Per i rapporti tra società e sportivi professionisti, Cass. 1° agosto 2011, n. 16849, precisa che la legge 23 marzo 1981, n. 91, detta regole per la qualificazione del rapporto di lavoro dell'atleta professionista, stabilendo specificamente all'art. 3 i presupposti della fattispecie in cui la prestazione pattuita a titolo oneroso costituisce oggetto di contratto di lavoro subordinato; per le altre figure di lavoratori sportivi contemplate nell'art. 2 (allenatori, direttori tecnico-sportivi e preparatori atletici) la sussistenza o meno del vincolo di subordinazione deve essere accertata di volta in volta nel caso concreto, in applicazione dei criteri forniti dal diritto comune del lavoro. Ne consegue che, anche ove l'attività sia stata svolta a favore di un'associazione dilettantistica (nella specie, con mansioni di massaggiatore e di assistenza per le esigenze della squadra di calcio), è configurabile una prestazione di lavoro subordinato.

2.6. — *Rapporto di agenzia* — In tema di contratto di agenzia, va segnalata la decisione n. 14968 del 7 luglio 2011, che in relazione all'onere, posto a carico dell'agente che richieda il pagamento di provvigio-

ni, di dimostrare gli affari conclusi per il preponente, ha ritenuto legittimo l'ordine impartito a quest'ultimo di esibizione delle scritture contabili; infatti l'art. 1748 cod. civ., nel testo modificato dall'art. 2 del d.lgs. n. 303 del 1991, ha riconosciuto il diritto dell'agente di esigere che gli siano fornite tutte le informazioni, in particolare un estratto dei libri contabili, necessarie per verificare l'importo delle provvigioni liquidate. D'altro canto, l'onere di allegazione dei fatti costitutivi della domanda impone l'indicazione, con elementi sufficienti a consentirne l'identificazione, dei contratti che l'agente assume essere stati conclusi per suo tramite, non essendo sufficiente a tal fine la mera produzione degli ordini raccolti (Cass. 17 maggio 2011, n. 10821).

Con riferimento a rapporto di agenzia regolato dalla disciplina del codice civile prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 303 del 1991, Cass. 18 maggio 2011, n. 10934, ha affermato la legittimità del recesso senza preavviso dell'impresa preponente in presenza di una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto; entro questi limiti, e cioè in presenza di un inadempimento dell'agente integrante giusta causa di recesso, può ritenersi valida e operante una clausola risolutiva espressa inserita nel contratto.

In questo rapporto contrattuale, all'autonomia delle parti è dato di derogare convenzionalmente alla disciplina legale del recesso, riducendone convenzionalmente la durata fino a escluderne la necessità (Cass. 10 marzo 2011, n. 5716). L'istituto del preavviso riguarda d'altro canto solo il recesso dal contratto a tempo indeterminato, e non può essere esteso al contratto a tempo indeterminato, ancorché, in mancanza di allegazione e prova della loro simulazione, si siano succeduti, senza soluzione di continuità, più contratti a termine (Cass. 14 febbraio 2011, n. 3595).

3.1. — *Avviamento obbligatorio* — Nell'ambito delle regole del collocamento obbligatorio dei lavoratori disabili, di cui alla legge 2 marzo 1999, n. 68, Cass. 25 marzo 2011, n. 7007, ha esaminato la questione dell'obbligo di assunzione del lavoratore avviato in relazione alla facoltà del datore di lavoro di indicare nella richiesta di avviamento la qualifica del lavoratore disabile da assumere a copertura dei posti riservati, che consente, mediante il riferimento a una specifica qualifica, la specificazione delle prestazioni richieste sotto il profilo qualitativo delle capacità tecnico-professionali di cui il lavoratore avviato deve essere provvisto; ha quindi affermato che il datore di lavoro può legittimamente rifiutare l'assunzione non soltanto di un lavoratore con qualifica

che risulti, in base all'atto di avviamento, diversa, ma anche di un lavoratore con qualifica «simile» a quella richiesta, in mancanza di un suo previo addestramento o tirocinio da svolgere secondo le modalità previste dall'art. 12 della stessa legge n. 68 del 1999.

Per il reclutamento del personale docente sulla base della graduatoria permanente di cui alla legge n. 124 del 1999, per coprire i posti riservati agli invalidi ai sensi dell'art. 3 della legge n. 68 del 1999, l'amministrazione scolastica è obbligata ad attingere dalla graduatoria medesima a prescindere dall'operatività dei vari scaglioni della graduatoria; si tratta, secondo Cass. 6 aprile 2011, n. 7889, di un diritto che non è suscettibile di alcuna lesione a opera di fonti non primarie, ed è stata pertanto esclusa, ai fini dell'immissione in ruolo di professori iscritti nell'elenco dei disabili per il collocamento obbligatorio, la necessità del previo esaurimento delle precedenti graduatorie di merito, essendo priva di rilievo l'esistenza di separati scaglioni, che costituiscono solo una suddivisione derivante dall'inserimento dei vincitori di concorso di epoche precedenti, di per sé inidonea a ostacolare il soddisfacimento delle quote d'obbligo.

3.2. — *Assunzione in prova* — In tema di assunzione in prova, Cass. 27 gennaio 2011, n. 1957, ha precisato che la necessità di specifica indicazione delle mansioni in tale patto non comporta che le stesse tuttavia, specie quando trattasi di lavoro intellettuale e non meramente esecutivo, debbano essere determinate in dettaglio, essendo sufficiente che, in base alla formula adoperata nel documento contrattuale, siano determinabili.

3.3. — *Contratti di formazione e lavoro* — Per i contratti di formazione e lavoro, viene confermato l'orientamento secondo cui la divergenza fra obblighi contrattuali e il concreto svolgimento del rapporto non realizza un inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione del rapporto medesimo in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ove detto svolgimento avvenga con modalità tali da non compromettere la funzione del contratto, che, diversamente dall'apprendistato, non tende a consentire il mero conseguimento delle nozioni base per l'esecuzione della prestazione professionale, ma a favorire, attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze, l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale in funzione dell'accesso nel mondo del lavoro. In difetto di predeterminazione legislativa di specifici modelli di formazione, il giudice, per accertare che non vi sia stato

inadempimento degli obblighi formativi, può e deve fare riferimento al progetto formativo approvato, indipendentemente dal fatto che il lavoratore abbia o meno tempestivamente dedotto la mancanza di formazione anche in relazione al progetto (Cass. 22 aprile 2011, n. 9294).

Per il caso di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto a tempo indeterminato, ovvero nel caso di assunzione a tempo indeterminato, con chiamata nominativa, entro dodici mesi dalla cessazione del rapporto di formazione e lavoro, altre decisioni hanno risolto in senso positivo la questione della computabilità del periodo di formazione e lavoro nell'anzianità di servizio, anche quando l'anzianità sia presa in considerazione da discipline contrattuali ai fini dell'attribuzione di emolumenti che hanno fondamento nella sola contrattazione collettiva (Cass. 28 giugno 2011, n. 14229, 2 agosto 2011, n. 16888).

3.4. — *Contratti di lavoro a tempo parziale* — Con riguardo alla disciplina del contratto a tempo parziale di cui all'art. 5 della legge n. 863/1984, Cass. 19 luglio 2011, n. 15774, ha stabilito che l'osservanza di un orario lavorativo pari a quello previsto per il tempo pieno è idonea a comportare, nonostante la difforme iniziale volontà delle parti, l'automatica trasformazione del rapporto *part-time* in altro a tempo pieno, non occorrendo, a tal fine, l'osservanza di alcun requisito formale.

Per Cass. 29 agosto 2011, n. 17726, il rispetto del principio di non discriminazione, di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 61 del 2000, attuativo della Direttiva n. 97/81/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale, comporta che il lavoratore in regime di *part-time* non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile, che va individuato esclusivamente in quello inquadrato nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dai contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, dello stesso decreto (contratti collettivi nazionali stipulati dai Sindacati comparativamente più rappresentativi, contratti collettivi territoriali stipulati dai medesimi Sindacati e contratti collettivi aziendali stipulati dalle rappresentanze sindacali aziendali, di cui all'art. 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni). Ne consegue che, ai fini della suddetta comparazione, non sono ammissibili criteri alternativi, quale quello del sistema della turnazione continua e avvicendata seguita dai lavoratori a tempo pieno.

Quando la contrattazione collettiva preveda il diritto del lavoratore di ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, la mancata concessione di tale trasforma-

zione costituisce violazione dei criteri di buona fede e correttezza che debbono ispirare l'esecuzione del contratto e, quindi, inadempimento contrattuale, di cui si può chiedere l'accertamento in relazione alla domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla mancata trasformazione del rapporto di lavoro (Cass. 4 maggio 2011, n. 9769).

Sempre in tema di lavoro a tempo parziale, regolato dal d.l. 30 ottobre 1984, n. 726, convertito in legge 19 dicembre 1984, n. 863, Cass. 10 marzo 2011, n. 5714, ha affermato che la violazione del divieto di espletamento di lavoro supplementare – previsto dell'art. 5, comma 4, del citato testo normativo – comporta per il datore di lavoro l'irrogazione della sanzione amministrativa quando non sia giustificato dalle eccezionali esigenze previste dalla contrattazione collettiva.

3.5. — *Contratti di lavoro a tempo determinato* — Nell'ambito di un imponente contenzioso su questioni attinenti alla disciplina dei contratti a tempo determinato, e alle modifiche introdotte da recenti interventi legislativi, la giurisprudenza di legittimità ha fornito importanti indicazioni per la ricostruzione del sistema, anche alla luce delle decisioni della Corte Costituzionale in materia, nonché dei principi di diritto comunitario.

Va anzitutto ricordata, per la portata della nuova regolamentazione introdotta dal d.lgs. n. 368/2001, la decisione di Cass. 27 gennaio 2011, n. 1931, con cui (nella linea di Cass. 27 aprile 2010, n. 10033) si è affermato che, in tema di apposizione del termine al contratto di lavoro, il legislatore ha imposto, con l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368, un onere di specificazione delle ragioni giustificatrici di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo del termine finale, che debbono essere sufficientemente particolareggiate così da rendere possibile la conoscenza della loro effettiva portata e il relativo controllo di effettività, dovendosi ritenere tale scelta in linea con la Direttiva n. 1999/70/Ce e con l'accordo quadro in essa trasfuso, come interpretata dalla Corte di Giustizia (sentenza del 23 aprile 2009, in causa C-378/07 e altre; sentenza del 22 novembre 2005, in causa C-144/04), la cui disciplina non è limitata al solo fenomeno della reiterazione dei contratti a termine (ossia ai lavoratori con contratti di lavoro a tempo determinato successivi) ma si estende a tutti i lavoratori subordinati con rapporto a termine indipendentemente dal numero di contratti stipulati dagli stessi, rispetto ai quali la clausola 8, n. 3 (cosiddetta clausola «di non regresso»), dell'Accordo quadro prevede – allo scopo di impedire ingiustificati arretramenti di tutela nella ricerca di un difficile equilibrio tra esigenze di

armonizzazione dei sistemi sociali nazionali, flessibilità del rapporto per i datori di lavoro e sicurezza per i lavoratori – che l'applicazione della Direttiva «non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo». In base a questo orientamento, l'apposizione di un termine al contratto di lavoro, consentita dall'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001, a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, che devono risultare specificate, a pena di inefficacia, in apposito atto scritto, impone al datore di lavoro l'onere di indicare in modo circostanziato e puntuale, al fine di assicurare la trasparenza e la veridicità di tali ragioni, nonché l'immodificabilità delle stesse nel corso del rapporto, le circostanze che contraddistinguono una particolare attività e che rendono conforme alle esigenze del datore di lavoro, nell'ambito di un determinato contesto aziendale, la prestazione a tempo determinato, sì da rendere evidente la specifica connessione tra la durata solo temporanea della prestazione e le esigenze produttive e organizzative che la stessa sia chiamata a realizzare e la utilizzazione del lavoratore assunto esclusivamente nell'ambito della specifica ragione indicata e in stretto collegamento con la stessa.

La Cassazione si è anche occupata delle nuove regole stabilite per le conseguenze economiche della conversione del contratto a tempo determinato dall'art. 32 (commi 5-7) della legge 4 novembre 2010, n. 183, le cui disposizioni – per espressa previsione normativa – trovano applicazione per tutti i giudizi, compresi quelli pendenti. Ha quindi stabilito che tale *ius superveniens* si applica anche ai processi in corso in grado di appello e in cassazione; nel giudizio di legittimità è necessario che il motivo di ricorso investa specificamente le conseguenze patrimoniali dell'accertata nullità del termine (Cass. 4 gennaio 2011, n. 80; Cass. 26 luglio 2011, n. 16266).

La stessa Corte, con ordinanza n. 2112 del 28 gennaio 2011, ha ritenuto non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di tale normativa, nella parte in cui prevede la liquidazione da parte del giudice di una indennità onnicomprensiva, determinata tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, e la dimidiazione del limite massimo in presenza di contratti o accordi collettivi che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie.

I dubbi di legittimità costituzionale sono stati peraltro disattesi dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 303 dell'11 novembre 2011. Di

particolare interesse sono i rilievi svolti in ordine all'adeguatezza della protezione offerta dalla legge, che non si limita a forfetizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, assicurando anzitutto l'instaurazione di un rapporto a tempo indeterminato (con la precisazione che il danno coperto dall'indennità copre solo il periodo intermedio dalla scadenza del termine alla sentenza che accertandone la nullità dichiara la conversione del rapporto, mentre per il periodo successivo spettano le retribuzioni contrattualmente dovute, anche in caso di mancata riammissione effettiva); sulla premessa dell'attribuzione alla stessa Corte del potere di verificare se la norma della Cedu, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione, in ordine alla sussistenza di «motivi imperativi d'interesse generale», tali da giustificare un intervento del legislatore con efficacia retroattiva.

Altre decisioni si occupano della questione della configurabilità di una risoluzione del rapporto per mutuo consenso, spesso prospettata nei casi di pretese azionate dal lavoratore per il riconoscimento della sussistenza di un unico rapporto a tempo indeterminato, dopo una prolungata inerzia nel periodo successivo alla scadenza del termine apposto al contratto. La giurisprudenza si è espressa nel senso che al fine della dimostrazione della chiara e certa comune volontà delle parti di porre fine a ogni rapporto lavorativo, non è di per sé sufficiente la mera inerzia del lavoratore dopo l'impugnazione del licenziamento, o il semplice ritardo nell'esercizio del diritto, e, in ogni caso, la valutazione del significato e della portata del complesso degli elementi di fatto compete al giudice di merito (Cass. 11 marzo 2011, n. 5887; Cass. 4 agosto 2011, n. 16932).

3.6. — *Lavoro temporaneo* — In tema di contratti di fornitura di lavoro temporaneo regolati dalla legge n. 196/1997, Cass. 24 giugno 2011, n. 13960, ha confermato la decisione dei giudici di merito con cui, in relazione a contratti per prestazioni di lavoro temporaneo conclusi da un'azienda che aveva a sua volta stipulato contratti di fornitura di lavoro temporaneo con un'altra società, ha affermato la costituzione di rapporti di lavoro subordinato direttamente alle dipendenze della società utilizzatrice. La decisione ha rilevato nella specie che la mancanza o generica previsione, nel contratto intercorrente tra l'impresa fornitrice e il singolo lavoratore, dei casi in cui è possibile ricorrere a prestazioni di lavoro temporaneo, in base ai contratti collettivi dell'impresa utilizzatrice, fa venir meno la presunzione di legittimità del contratto

interinale che il legislatore fa discendere dalla indicazione nel contratto di fornitura delle ipotesi in cui il contratto interinale può essere concluso. La S.C. ha ritenuto che in questa ipotesi trova applicazione il disposto di cui all'art. 10 della legge 24 giugno 1997, n. 196, e dunque quanto previsto dall'art. 1 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, per cui il contratto di lavoro col fornitore «interposto» si considera a tutti gli effetti instaurato con l'utilizzatore «interponente», con la costituzione di un rapporto a tempo indeterminato, anche se il comma 2 dell'art. 10 prevede tale sanzione nell'ipotesi specifica della mancanza di forma scritta del contratto.

4.1. — *Interposizione e appalti* — Con riferimento al divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro *ex art. 1, legge n. 1369/1960*, e in particolare all'ipotesi di appalti endoaziendali, si conferma l'indirizzo della giurisprudenza secondo cui ai fini dell'esclusione degli estremi della fattispecie vietata non è sufficiente verificare che l'appalto venga concluso con un soggetto dotato di una propria ed effettiva organizzazione, occorrendo accertare, in primo luogo, se, a termini di contratto, la prestazione lavorativa debba essere resa nell'ambito di un'organizzazione e gestione propria dell'appaltatore, in quanto finalizzata a un autonomo risultato produttivo e, all'esito positivo di tale indagine, la concreta esecuzione del contratto e, quindi, l'esistenza, anche in fatto, dell'autonomia gestionale dell'appaltatore esplicita nella conduzione aziendale, nella direzione del personale, nella scelta delle modalità e dei tempi di lavoro. Ne consegue che non è violato il divieto di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 ove sia accertata dal giudice di merito, con congrua e logica motivazione, l'effettiva autonoma struttura organizzativa in capo all'appaltatore, né incide sulla dissociazione tra titolarità formale ed effettiva destinazione del rapporto l'applicazione concreta da parte dell'appaltatore medesimo di lavoratori a servizi non previsti dal contratto di appalto (Cass. 28 marzo 2011, n. 7034; v. anche Cass. 29 settembre 2011, n. 19920).

Nella stessa linea, Cass. 6 aprile 2011, n. 7898, afferma che la fattispecie vietata si realizza quando restino in capo all'appaltatore-datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), senza una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata a un risultato produttivo autonomo. La circostanza che il personale dell'appaltante impartisca disposizioni agli ausiliari rappresenta un indice dell'accordo fraudolento, il quale può essere tuttavia

dimostrato solo quando dette disposizioni sono riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro anche in relazione alle effettive modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative (Cass. 6 giugno 2011, n. 12201, 15 luglio 2011, n. 15615).

5. — *Controlli del datore di lavoro* — In materia di controlli sull'attività lavorativa, ai sensi degli artt. 2 e 4 Stat. lav., Cass. 14 febbraio 2011, n. 3590, ha riaffermato il principio secondo cui le disposizioni della prima norma citata, nel limitare la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a tutela del patrimonio aziendale, non precludono a quest'ultimo di ricorrere ad agenzie investigative – purché queste non sconfinino nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori – restando giustificato l'intervento in questione non solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, ma anche in ragione del solo sospetto o della mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione.

Cass. 22 marzo 2011, n. 6498, ha confermato la decisione del giudice di appello di consentire l'utilizzazione delle registrazioni effettuate con videocamera a circuito chiuso, autorizzata ai sensi dell'art. 4, legge n. 300/1970, sul rilievo che il divieto di legge di controllo dell'attività lavorativa non si applica ai controlli diretti ad accertare condotte illecite del lavoratore e a tutelare il patrimonio aziendale; nella specie le riprese riguardavano l'ambiente in cui, secondo la motivazione del licenziamento, era avvenuta l'apprensione indebita di un plico contenente valori da parte del lavoratore, ed erano potenzialmente idonee a evidenziare la commissione dell'illecito contestato.

Nel caso esaminato da Cass. 28 gennaio 2011, n. 2117, si addebitava a dei lavoratori, addetti a mansioni di sorveglianza dei locali della propria impresa, di essere abusivamente entrati nell'attiguo ufficio appartenente a una diversa impresa. Tale condotta era stata ripresa dall'impianto di videoregistrazione ivi installato da questo diverso soggetto; il datore di lavoro, presa contezza dell'accaduto, aveva licenziato i lavoratori utilizzando, a sostegno della propria decisione, il filmato. La S.C. ha rilevato che la norma dell'art. 4, cit., si riferisce alle sole installazioni poste in essere dal datore di lavoro, e non preclude a questo, al fine di dimostrare l'illecito posto in essere da propri dipendenti, di utilizzare le risultanze di registrazioni video operate fuori dall'azienda da un soggetto terzo, del tutto estraneo all'impresa e ai lavoratori dipendenti della stessa, per esclusive finalità «difensive» del proprio ufficio e della

documentazione in esso custodita; con la conseguenza che tali risultanze sono legittimamente utilizzabili nel processo dal datore di lavoro.

6. — *Retribuzione e tempo di lavoro* — In tema di retribuzione, Cass. 29 dicembre 2011, n. 29675, esamina il particolare caso dell'accordo aziendale stipulato per i dipendenti di una banca di credito cooperativo, che aveva stabilito per un periodo di tre anni una riduzione della retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva nella misura dell'11,50%. La S.C. ha ritenuto nulla questa clausola, perché la contrattazione collettiva del settore, consentendo la riduzione o modulazione di orario e di salario per un periodo di tempo determinato, vietava al contratto collettivo di livello inferiore di ridurre la retribuzione senza proporzionale riduzione di orario; questa clausola di salvaguardia garantiva così la conservazione del trattamento economico mediante una regola di corrispondenza tra orario e retribuzione.

Un altro caso riguarda la determinazione della retribuzione adeguata in base al parametro dell'art. 36 Cost., che i giudici di merito avevano ritenuto di poter stabilire in misura inferiore ai minimi della contrattazione collettiva di settore facendo generico riferimento alle retribuzioni correnti nelle piccole imprese operanti nel meridione d'Italia. Cass. 17 gennaio 2011, n. 896, ha riformato questa decisione, rilevando l'irrazionalità e insufficienza di tale motivazione; ha considerato tra l'altro, ai fini dell'utilizzazione del suddetto parametro, che l'elaborazione della retribuzione minima fissata dalle parti in sede di contrattazione collettiva ha tenuto conto anche dell'esistenza e delle esigenze delle piccole imprese e delle difficoltà in cui possono versare quelle operanti in alcune zone del paese.

Con riguardo a compenso erogato per lavoro straordinario, Cass. 12 gennaio 2011, n. 542, ha affermato che il compenso forfettario della prestazione resa oltre l'orario normale di lavoro accordato al lavoratore per lungo tempo, ove non sia correlato all'entità presumibile della prestazione straordinaria resa, costituisce attribuzione patrimoniale che, con il tempo, assume funzione diversa da quella originaria, tipica del compenso dello straordinario, e diviene un superminimo che fa parte della retribuzione ordinaria e non è riducibile unilateralmente dal datore di lavoro.

Per la disciplina delle festività infrasettimanali di cui all'art. 5, comma 3 (ultima parte), della legge n. 260/1949, come modificato dalla legge n. 90/1954, Cass. 3 gennaio 2011, n. 30, ha precisato che il compenso aggiuntivo ivi previsto spetta al lavoratore retribuito in misura fissa

senza distinzione nell'ambito delle categorie previste dall'art. 2095 cod. civ. e si riferisce alle giornate di festività nazionali cadenti di domenica non lavorate e anche alle altre festività indicate dalla legge, in ragione del fatto che l'art. 3 della legge 31 marzo 1954, n. 90, prevede la suddetta estensione unicamente in favore dei lavoratori, dipendenti da privati, retribuiti in misura non fissa. Quindi per il trattamento retributivo riguardante le festività diverse da quelle nazionali occorre fare riferimento, in assenza di una disciplina legale, a quella della contrattazione collettiva del settore. Nello stesso senso, v. Cass. 23 agosto 2011, n. 17453.

Cass. 25 giugno 2011, n. 14288, e 30 giugno 2011, n. 14339, si occupano del particolare istituto, previsto dalla contrattazione collettiva, della reperibilità in giorno festivo, consistente nell'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciato, fuori del proprio orario di lavoro, per un'eventuale prestazione lavorativa. Questo servizio di reperibilità svolto nel giorno destinato al riposo settimanale limita soltanto, senza escluderlo del tutto, il godimento del riposo stesso e comporta il diritto a un particolare trattamento economico aggiuntivo stabilito dalla contrattazione collettiva o, in mancanza, determinato dal giudice, nonché – ove previsto dalla contrattazione collettiva (nella specie, dall'art. 18, comma 5, del d.P.R. n. 270 del 1987, e, da ultimo, dall'art. 7, comma 6, del Ccnl 20 settembre 2001, integrativo del Ccnl per il personale del comparto Sanità del 7 aprile 1999) – il diritto a un giorno di riposo compensativo. Questo non è riconducibile, attesa la diversa incidenza sulle energie psico-fisiche del lavoratore della disponibilità allo svolgimento della prestazione rispetto al lavoro effettivo, all'art. 36 Cost., ma la mancata concessione del riposo è idonea a integrare un'ipotesi di danno non patrimoniale (per usura psico-fisica) da fatto illecito o da inadempimento contrattuale che è risarcibile in caso di pregiudizio concreto patito dal titolare dell'interesse leso, sul quale grava l'onere della specifica deduzione e della prova.

Nel rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, il principio espresso dall'art. 45, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo il quale gli enti datori di lavoro devono garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva. Cass. 5 marzo 2011, n. 5139, ha quindi rilevato che i contratti individuali di lavoro sono validi e conservano la loro validità purché rispettino tale principio, non potendo attribuire al singolo lavoratore un beneficio negato dal contratto collettivo per l'intera categoria di lavoratori. Pertan-

to, ove il beneficio sia stato prima attribuito dal contratto collettivo e, successivamente, negato dal contratto di interpretazione autentica, stipulato ai sensi dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001, e avente efficacia retroattiva, il lavoratore non può conservare il miglior trattamento attribuitogli ancorché recepito nel contratto individuale.

Quanto al trattamento economico del personale con qualifica dirigenziale, regolato dallo stesso testo normativo, la specificità delle retribuzioni accessorie, quali la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato, strutturalmente collegate al valore economico di ogni posizione dirigenziale, consente la previsione di una pluralità di fasce retributive anche nell'ambito di una determinata qualifica dirigenziale. Ne consegue, secondo Cass. 2 febbraio 2011, n. 2459, che non viola il suddetto principio di parità di trattamento la previsione contrattuale secondo la quale la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato del dirigente amministrativo di distretto sanitario, direttore amministrativo di presidio ospedaliero, siano inferiori a quelle previste per il dirigente medico sanitario appartenente alla stessa area.

Lo stesso principio, secondo Cass. 2 marzo 2011, n. 5097, si applica anche nel caso di passaggio del pubblico dipendente ad altra amministrazione, a meno che l'eventuale diversificazione del trattamento economico sia previsto da una specifica disciplina. In proposito, Cass. 22 aprile 2011, n. 9313, ha affermato che in presenza di disposizioni dei contratti collettivi con i quali, ai fini della qualifica spettante ai lavoratori addetti a identiche mansioni, sia diversificata la posizione di alcuni di essi in relazione a determinate circostanze personali, non è consentito al giudice del merito valutare la razionalità del regolamento di interessi realizzato dalle parti sociali, a meno che le predette disposizioni non violino specifiche norme di diritto (nella specie, si è ritenuta legittima la previsione collettiva che attribuiva un trattamento più favorevole riservato a dipendenti con lo stesso inquadramento, ma iscritti in uno speciale ruolo a esaurimento, per la necessità di salvaguardare diritti quesiti di natura economica).

Quanto alla particolare ipotesi di personale degli enti locali trasferito nel ruolo del personale Ata (amministrativo, tecnico, ausiliario) dello Stato ai sensi dell'art. 8, comma 2, legge n. 124 del 1999 (autenticamente interpretato dall'art. 1, comma 218, legge n. 266 del 2005), Cass. 12 ottobre 2011, n. 20980, ha rilevato che il legislatore – come precisato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza 6 settembre 2011 (procedimento C-108/10) – è tenuto ad attenersi allo scopo della Direttiva n. 77/187/Cee consistente «nell'impedire che i

lavoratori coinvolti in un trasferimento siano collocati in una posizione meno favorevole per il solo fatto del trasferimento». Ne consegue che il giudice è tenuto a valutare – ai fini dell’esercizio del potere-dovere di dare immediata attuazione alle norme dell’Unione europea – se, all’atto del trasferimento, si sia verificato un peggioramento della condizione retributiva globalmente attribuita al lavoratore rispetto a quella goduta immediatamente prima del trasferimento stesso e, dunque, secondo un apprezzamento non limitato a uno specifico istituto, ma considerando anche eventuali trattamenti più favorevoli su altri istituti ed eventuali effetti negativi sul Trattamento di fine rapporto e sulla posizione previdenziale, senza che assumano rilievo, invece, eventuali disparità con i lavoratori che, a tale data, erano già in servizio presso il cessionario.

7.1. — *Mansioni del lavoratore* — Con riguardo alla tutela della professionalità del lavoratore, Cass. 6 dicembre 2011, n. 26150, ha affermato che il divieto di patti contrari all’adibizione del lavoratore a mansioni di livello inferiore a quelle svolte, previsto dall’art. 2103, comma 2, cod. civ., non si applica all’ipotesi del cd. riassetto, che comporta il riassetto contrattuale delle qualifiche e dei rapporti di equivalenza tra le mansioni stesse, richiedendosi solo che lo stesso non operi un’indiscriminata fungibilità di compiti tale da mortificare ingiustificatamente il livello professionale degli interessati la cui protezione è insita nella suddetta norma (Nella specie la S.C. ha confermato la decisione con cui il giudice territoriale, nell’ipotesi di riassetto a seguito di fusione per incorporazione di società di trasporto aereo, avuto riguardo alla maggiore complessità della nuova struttura organizzativa, aveva ritenuto legittimo, ai fini del reinquadramento, l’utilizzo, fatto proprio dal contratto collettivo, del criterio, valorizzante il maggior numero di ore di volo, fondato sulla preminente esigenza di sicurezza dei voli, escludendo potesse derivare un demansionamento, per gli assistenti di volo che nelle tratte internazionali prima del riassetto non avevano alcuno sopra di sé, dalla mera subordinazione a un collega con maggiore esperienza).

Per Cass. 8 agosto 2011, n. 17095, le limitazioni poste da tale disciplina allo *ius variandi* del datore di lavoro mirano a impedire che il cambiamento di mansioni o il trasferimento siano disposti contro la volontà del lavoratore e in suo danno; le stesse, pertanto, non operano nel caso in cui – secondo un accertamento di fatto riservato al giudice del merito e incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato – il mutamento di mansioni o il trasferimento siano stati disposti a

richiesta dello stesso lavoratore, ossia in base a un'esclusiva scelta dello stesso, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, del datore di lavoro, che l'abbia invece subita.

Va però segnalata in senso contrario una sentenza non massimata (14 aprile 2011, n. 4527) che, riaffermando il principio della inderogabilità della tutela dell'art. 2103 cod. civ. (con la previsione della nullità di ogni patto contrario), ha ritenuto irrilevante, nell'ipotesi di demansionamento, il consenso manifestato dal lavoratore con la richiesta di mansioni inferiori.

Nell'ipotesi di sostituzione di un lavoratore con qualifica superiore, il carattere vicario delle mansioni svolte preclude il diritto del sostituto all'inquadramento nella qualifica superiore del sostituito, e lo stesso diritto alla maggiore retribuzione per il periodo della sostituzione, sia quando la sostituzione non abbia riguardato mansioni proprie della qualifica rivendicata né comportato l'assunzione dell'autonomia e della responsabilità tipiche della qualifica stessa, sia quando le mansioni proprie della qualifica del sostituto comprendano compiti di sostituzione di dipendenti di grado più elevato (Cass. 21 febbraio 2011, n. 4149).

Fuori da questa ipotesi, trova applicazione il principio secondo cui il diritto del lavoratore all'attribuzione della qualifica superiore, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. (nel testo fissato dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 13), quando sia stato assegnato alle corrispondenti mansioni per il periodo di tre mesi (o per quello inferiore fissato dai contratti collettivi), deve essere riconosciuto anche nel caso di una pluralità di assegnazioni di durata inferiore, e per effetto di cumulo dei rispettivi periodi, qualora le stesse, alla stregua del numero e dell'intervallo di tempo fra l'uno e l'altra, presentino connotati di frequenza e sistematicità, sì da implicare per il datore di lavoro l'obiettivo vantaggio della copertura per un trimestre di un posto di qualifica superiore mediante il dipendente di rango inferiore. Cass. 8 giugno 2011, n. 12460, ha precisato in proposito che grava sul datore di lavoro, in presenza di assegnazione del lavoratore a mansioni superiori per periodi singolarmente considerati non superiori al termine previsto dall'art. 2103 cod. civ., in relazione all'art. 38 del Ccnl di settore, la prova di aver fatto ricorso a tali modalità nella gestione delle assegnazioni provvisorie per assicurare la vacanza del posto da coprire obbligatoriamente per il tramite di procedura concorsuale o selettiva e per il periodo necessario alla definizione di essa, al fine di dimostrare la mancanza di un intento elusivo della disciplina della cd. promozione automatica.

Per il settore del lavoro pubblico contrattualizzato, Cass. 12 ottobre

2011, n. 20976, rileva che secondo la contrattazione collettiva del comparto Ministeri la retribuzione di risultato, comprensiva della quota fissa minima di cui si compone, è erogata solo a seguito della positiva verifica del raggiungimento degli obiettivi previamente determinati cui la stessa è correlata. Ne consegue che deve escludersi che tale retribuzione possa spettare per il solo fatto dello svolgimento di funzioni superiori.

La stessa sentenza afferma che il diritto del lavoratore subordinato alle differenze retributive conseguenti all'espletamento di mansioni superiori si estende ai tempi del riposo settimanale, atteso che quest'ultimo svolge funzioni di recupero delle energie psico-fisiche del prestatore e non può essere equiparato, in alcun caso, a un periodo di assenza dal servizio non retribuibile; che la tredicesima mensilità deve essere computata nella determinazione delle suddette differenze retributive dovute per lo svolgimento di mansioni superiori a quelle previste per la posizione ricoperta dal dipendente, in quanto costituisce una componente strutturale dello stipendio tabellare.

7.2. — *Trasferimenti* — Cass. 6 luglio 2011 fa riferimento alla fattispecie del cd. trasferimento disciplinare, in cui il trasferimento del lavoratore si ricollega a un esercizio (definito atipico) della potestà disciplinare del datore di lavoro, per osservare che il trasferimento disposto per ragioni tecniche e organizzative prescinde dalla colpa del dipendente e dall'osservanza delle garanzie proprie del procedimento disciplinare, e richiede quindi per la sua legittimità, in relazione ai limiti posti dall'art. 2103 cod. civ., una valutazione della necessaria corrispondenza tra la misura e le finalità tipiche dell'impresa. Questo controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, deve essere diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa, non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore; quest'ultima, inoltre, non deve presentare necessariamente i caratteri dell'inevitabilità, essendo sufficiente che il trasferimento concreti una delle possibili scelte, tutte ragionevoli, che il datore di lavoro può adottare sul piano tecnico, organizzativo e produttivo (Cass. 2 marzo 2011, n. 5099).

Per Cass. 26 aprile 2001, n. 9345, qualora la disciplina collettiva preveda che il trasferimento del dipendente ad altra sede debba essere preceduto da un preavviso di determinata durata, è illegittimo il provve-

dimento con cui il datore di lavoro, prima della scadenza del termine, incarichi il medesimo dipendente di una trasferta presso la stessa sede di destinazione finale, venendo in tal modo compromessa la finalità della disposizione, intesa a ridurre al minimo i disagi del trasferimento e a consentire al lavoratore di provvedere tempestivamente a ogni bisogno individuale e familiare, anche abitativo, derivante dal mutamento di sede.

7.3. — *Danno da demansionamento* — In tema di lesione del diritto alla professionalità per demansionamento, Cass. 4 marzo 2011, n. 5237, ha affermato che la risarcibilità del danno all'immagine derivato al lavoratore a cagione del comportamento del datore di lavoro presuppone che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi.

8. — *Procedimento e sanzioni disciplinari* — Sul procedimento per l'irrogazione di sanzioni disciplinari, Cass. 27 gennaio 2011, n. 1926, ha affermato che anche relativamente alle sanzioni disciplinari conservative – e non per le sole sanzioni espulsive – deve ritenersi che, in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionario sia immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché contrario al cd. minimo etico o a norme di rilevanza penale, non sia necessario provvedere all'affissione del codice disciplinare, in quanto il lavoratore ben può rendersi conto, anche al di là di un'analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni da parte del codice disciplinare, della illiceità della propria condotta. Questo orientamento segue altri precedenti conformi, ma si è registrato in passato anche un diverso indirizzo secondo cui la regola della rilevanza disciplinare dei fatti il cui divieto risiede non già nelle fonti collettive, o nelle determinazioni del datore di lavoro, bensì nella coscienza sociale quale minimo etico, è applicabile solo alle sanzioni disciplinari espulsive, per le quali il potere di recesso dell'imprenditore, in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, è tipizzato e previsto direttamente dalla legge, e non anche per le sanzioni cosiddette conservative, per le quali il potere disciplinare del datore di lavoro, solo genericamente previsto dall'art. 2106 cod. civ., esige necessariamente, per il suo concreto esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria, cui corrisponde l'onere della pubblicità (v. Cass. n. 12735/2003, n. 10201/2004).

Cass. 19 gennaio 2011, n. 1145, conferma che il principio dell'im-

mutabilità della contestazione dell'addebito disciplinare mosso al lavoratore ai sensi dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori preclude al datore di lavoro di licenziare per altri motivi, diversi da quelli contestati, ma non vieta di considerare fatti non contestati e situati a distanza anche superiore ai due anni dal recesso, quali circostanze confermate della significatività di altri addebiti posti a base del licenziamento, al fine della valutazione della complessiva gravità, sotto il profilo psicologico, delle inadempienze del lavoratore e della proporzionalità o meno del correlativo provvedimento sanzionatorio del datore di lavoro.

Invece, secondo Cass. 22 marzo 2011, n. 6499, anche se il fatto contestato può essere ricondotto a una diversa ipotesi disciplinare (dato che, in tal caso, non si verifica una modifica della contestazione, ma solo un diverso apprezzamento dello stesso fatto), il principio dell'immutabilità della contestazione preclude al datore di lavoro di far poi valere, a sostegno della legittimità del licenziamento stesso, circostanze nuove rispetto a quelle contestate, tali da implicare una diversa valutazione dell'infrazione anche diversamente tipizzata dal codice disciplinare apprestato dalla contrattazione collettiva (nella specie è stato ritenuto illegittimo il licenziamento che, facendo seguito a una contestazione disciplinare relativa alla constatazione di un «ammanco» di un certo quantitativo di merce, aveva richiamato altra ipotesi del Ccnl, relativa al furto in azienda).

Nel corso del procedimento disciplinare il lavoratore, quando ne abbia fatto richiesta, ha diritto di essere sentito oralmente a propria difesa, nel termine previsto dall'art. 7, comma 5, Stat. lav.; il datore di lavoro ha l'obbligo della sua audizione, senza che tale istanza – fuori dai casi in cui la richiesta appaia ambigua e incerta – sia sindacabile dal datore di lavoro in ordine all'effettiva idoneità difensiva, rispondendo tale esito all'esigenza di consentire la piena rispondenza del giudizio disciplinare al principio del contraddittorio tra le parti e all'espressa previsione dell'impossibilità di applicare qualsiasi sanzione più grave del rimprovero verbale senza che il lavoratore, che ne abbia fatto richiesta, sia sentito a sua discolta. Cass. 14 giugno 2011, n. 12978, pur confermando tale principio, ha ritenuto corretta la decisione dei giudici di merito che avevano valutato come conforme ai principi di buona fede e lealtà contrattuale il comportamento della società datrice di lavoro che aveva disposto la convocazione del lavoratore presso una sede aziendale diversa da quella di lavoro, in considerazione dell'organizzazione dell'azienda sul territorio attraverso uffici rispondenti a direzioni diverse e alla facile raggiungibilità del luogo di convocazione dalla sede di lavoro.

Con riferimento ad analoga fattispecie, Cass. 31 marzo 2011, n. 7493, ha escluso che una volta fissata la data e il luogo della convocazione il dipendente abbia il diritto a un differimento dell'incontro limitandosi ad addurre una mera disagiata o sgradita possibilità di presenziare, poiché l'obbligo di accogliere la richiesta del lavoratore sussiste solo ove la stessa risponda a un'esigenza difensiva non altrimenti tutelabile.

9.1. — *Le garanzie di stabilità del rapporto* — Ai fini della delimitazione dell'area di stabilità reale del rapporto di lavoro, rileva la nozione di unità produttiva, con cui deve intendersi non ogni sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto dell'impresa, ma soltanto la più consistente e vasta entità aziendale che, eventualmente articolata in organismi minori, anche non ubicati tutti nel territorio del medesimo comune, si caratterizzi per condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa tali che in essa si esaurisca per intero il ciclo relativo a una frazione o a un momento essenziale dell'attività produttiva aziendale. Ne consegue che deve escludersi la configurabilità di unità produttiva in relazione alle articolazioni aziendali che, sebbene dotate di una certa autonomia amministrativa, siano destinate a scopi interamente strumentali o a funzioni ausiliarie sia rispetto ai generali fini dell'impresa, sia rispetto a una frazione dell'attività produttiva della stessa (Cass. 26 settembre 2011, n. 19614).

9.2. — *Ipotesi di nullità del licenziamento* — Independentemente dai presupposti di applicazione della tutela reale od obbligatoria, entrano in considerazione altre ipotesi in cui la stabilità del rapporto è comunque assicurata da specifiche sanzioni di nullità del recesso; possono essere ricordate in primo luogo le decisioni sulla fattispecie di licenziamento nullo, nelle quali la garanzia opera independentemente dalle dimensioni dell'azienda, in relazione alla previsione dell'art. 3 della legge n. 108 del 1990, che estende ai licenziamenti nulli – in quanto discriminatori, ai sensi degli artt. 4 della legge n. 604 del 1966 e 15 della legge n. 300 del 1970 – le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18 della medesima legge n. 300 del 1970, qualunque sia il numero dei dipendenti e anche a favore dei dirigenti. Rientra in questa ipotesi, prevista dagli artt. 4 della legge n. 604 del 1966, 15 della legge n. 300 del 1970, e 3 della legge n. 108 del 1990, il licenziamento intimato per ritorsione – purché tale motivo sia l'unico determinante –, e cioè per la ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra

persona a esso legata (Cass. 8 giugno 2011, n. 17087, con riguardo al caso del licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa, e al successivo contenzioso insorto). Nello stesso senso si esprime Cass. 18 marzo 2011, n. 6282.

Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, ha ritenuto infondato l'assunto relativo al carattere discriminatorio del licenziamento, che si sosteneva intimato in ragione dell'appartenenza del lavoratore licenziato a un'associazione religiosa; è stata confermata la decisione dei giudici di merito secondo cui il provvedimento era stato adottato indipendentemente da tale ragione, essendo invece giustificato dal fatto che il dipendente aveva incautamente autorizzato detta associazione a somministrare ai dipendenti un test attitudinale invasivo nei riguardi della loro vita privata, non essendovi alla base del recesso l'orientamento etico religioso dell'associazione di appartenenza, ma solo i riflessi negativi della vicenda sul contesto aziendale e sulla serenità dei dipendenti.

Per il caso in cui lavoratore deduca il carattere ritorsivo del provvedimento datoriale, è necessario che tale intento abbia avuto un'efficacia determinativa ed esclusiva del licenziamento anche rispetto agli altri eventuali fatti idonei a configurare un'ipotesi di legittima risoluzione del rapporto, dovendosi escludere la necessità di procedere a un giudizio di comparazione fra le diverse ragioni causative del recesso, ossia quelle riconducibili a una ritorsione e quelle connesse, oggettivamente, ad altre inadempienze (nella specie, Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, nel rigettare il ricorso, ha ritenuto ininfluenti che le contestazioni mosse al dipendente, investito di funzioni di responsabilità in diverse filiali di un istituto bancario, fossero state originate da una ispezione, asseritamente disposta come reazione ingiusta a sue segnalazioni in ordine alle modalità di gestione di un gruppo finanziario).

9.3. — *Lavoratrici madri* — Quanto al divieto di licenziamento della lavoratrice nel periodo di gravidanza e puerperio, Cass. 29 settembre 2011, n. 19912, ha precisato che il divieto di licenziamento della lavoratrice madre è reso inoperante, ai sensi dell'art. 3, lett. *a*, del d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, quando ricorra la colpa grave della lavoratrice, che non può ritenersi integrata dalla sussistenza di un giustificato motivo soggettivo, ovvero di una situazione prevista dalla contrattazione collettiva quale giusta causa idonea a legittimare la sanzione espulsiva, essendo invece necessario – in conformità a quanto stabilito nella sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 1991 – verificare se sussista

quella colpa specificamente prevista dalla suddetta norma e diversa, per l'indicato connotato di gravità, da quella prevista dalla disciplina pattizia per i generici casi d'inadempimento del lavoratore sanzionati con la risoluzione del rapporto.

9.4. — *Imprese di tendenza* — La garanzia di stabilità dell'art. 18 Stat. lav. è esclusa, ai sensi dell'art. 4, legge n. 108/1990, nei confronti dei datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale di istruzione ovvero di religione o di culto (cd. organizzazioni di tendenza). L'applicazione di questa regola presuppone l'accertamento in concreto, da parte del giudice di merito, della presenza dei requisiti tipici dell'organizzazione di tendenza, definita come datore di lavoro non imprenditore che svolge, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione e di culto e, più in generale, qualunque attività prevalentemente ideologica, purché in assenza di una struttura imprenditoriale (Cass. 27 maggio 2011, n. 11777). Secondo Cass. 3 febbraio 2011, n. 2673, lo svolgimento di attività imprenditoriali da parte di soggetti giuridici che non hanno fini di lucro, e quindi non hanno uno statuto di imprenditore come persona o soggetto giuridico complessivamente considerato, comporta l'applicazione delle normative riguardanti lo svolgimento dell'attività imprenditoriale solo relativamente a tali attività ed eventualmente alle relative strutture organizzative e non anche riguardo al soggetto complessivamente considerato e alle strutture organizzative non coinvolte nell'attività imprenditoriale.

9.5. — *Dirigenti* — Secondo la giurisprudenza, l'esclusione della categoria dei dirigenti dal regime di stabilità, ai sensi dell'art. 10 della legge n. 604/1966, riguarda i dirigenti convenzionali – quelli cioè da ritenere tali alla stregua delle declaratorie del contratto collettivo applicabile – sia che si tratti di dirigenti apicali che di dirigenti medi e minori, a eccezione di quelli che possono essere definiti come «pseudo dirigenti», vale a dire coloro i cui compiti non sono in alcun modo riconducibili alla declaratoria contrattuale del dirigente. Secondo Cass. 17 gennaio 2011, n. 897, per la categoria dei dirigenti trovano applicazione le garanzie procedurali previste dall'art. 7 Stat. lav., per l'irrogazione di sanzioni disciplinari, sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o, in senso lato, colpevole), sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia. Dalla violazione di dette garanzie, che si traduce

in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione. Ove, peraltro, il lavoratore, seppure nominativamente indicato quale dirigente (e con attribuzione di un omologo trattamento), non rivesta nell'organizzazione aziendale un ruolo di incisività e rilevanza analogo ai dirigenti convenzionali e, dunque, sia qualificabile come pseudo-dirigente, all'applicazione delle garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello statuto dei lavoratori devono seguire le conseguenze previste, secondo le norme ordinarie, per qualsiasi lavoratore subordinato. Cass. 21 marzo 2011, n. 6367, ha escluso l'operatività delle suddette garanzie quando il recesso del datore di lavoro sia assistito da giustificatezza e si fondi su ragioni concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale, non avendo quindi natura ontologicamente disciplinare.

Cass. 17 gennaio 2011, n. 1937, si è occupata, in relazione alla disciplina collettiva del rapporto dei dirigenti che prevede una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, al fine di definire le controversie sulla mancanza di giustificazione del licenziamento e quindi sul diritto alla indennità supplementare, sulla regola della alternatività di questa tutela rispetto all'azione giudiziaria; ha stabilito così che questa può essere esperita se non sia stata attivata la procedura arbitrale, o se il collegio arbitrale si sia dichiarato privo di legittimazione a decidere la controversia, il procedimento non sia pervenuto alla sua conclusione con il lodo o il relativo patto sia divenuto per qualsiasi ragione inoperante.

9.6. — *Decadenza dalla impugnazione del licenziamento* — Per quanto riguarda la previsione dell'art. 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604 – che impone al lavoratore l'onere dell'impugnativa del licenziamento entro il termine di sessanta giorni –, può essere segnalato solo il precedente costituito da Cass. 23 settembre 2011, n. 19405, secondo cui la decadenza da tale termine non può essere rilevata d'ufficio, attenendo a un diritto disponibile, ma necessita di un'eccezione (in senso stretto), che, nel rito del lavoro, deve essere proposta, dalla parte convenuta, nella memoria di costituzione.

10. — *Licenziamento disciplinare* — Per la verifica giudiziale della legittimità del licenziamento disciplinare, il giudizio di proporzionalità tra violazione contestata e provvedimento adottato si sostanzia nella valutazione della gravità dell'inadempimento del lavoratore e dell'adeguatezza della sanzione: tutte questioni di merito che, ove risolte dal giudi-

ce di appello con apprezzamento in fatto adeguatamente giustificato con motivazione esauriente e completa, si sottraggono al riesame in sede di legittimità. In questo senso si esprime Cass. 7 aprile 2011, n. 7948; si precisa anche che nel giudicare se la violazione disciplinare addebitata al lavoratore abbia compromesso la fiducia necessaria ai fini della permanenza del rapporto di lavoro e, quindi, costituisca giusta causa di licenziamento va tenuto presente che è differenziata l'intensità della fiducia richiesta, a seconda della natura e della qualità del singolo rapporto, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono, e che il fatto concreto va valutato nella sua portata oggettiva e soggettiva, attribuendo rilievo determinante, ai fini in esame, alla potenzialità del medesimo di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento (Cass. 8 agosto 2001, n. 17092).

Si ritiene anche che, nell'esprimere il giudizio di valore necessario a integrare la norma elastica da cui si desume la nozione di giustificato motivo soggettivo, il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa, per cui dà concretezza a quella parte mobile di essa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla a un determinato contesto storico-sociale. Pertanto, detto giudizio di valore deve essere effettuato dando conto del procedimento logico su cui si basa, nel rispetto delle nozioni di comune esperienza evincibili dall'osservazione dei fenomeni socio-economici e con l'osservanza dei principi generali dell'ordinamento. Su questa premessa, Cass. 8 agosto 2011, n. 17093, ha annullato la decisione dei giudici di merito che aveva escluso l'idoneità dell'inadempimento contestato a giustificare il recesso, sul rilievo che le prestazioni del lavoratore avrebbero potuto essere utilizzate in una diversa posizione rispetto a quella collegata al compimento dell'infrazione. Ad avviso della S.C., il giudizio sulla futura affidabilità del lavoratore licenziato non può essere espresso dal giudice violando i principi costituzionali da cui si desume che l'assetto organizzativo dell'impresa è, di regola, insindacabilmente stabilito dal datore di lavoro e che il giudice medesimo non può imporre all'imprenditore modifiche delle proprie scelte organizzative.

Altri criteri di valutazione si traggono dalle decisioni con cui si è affermato che se all'integrazione dei fatti giuridicamente legittimanti il licenziamento è necessario il dolo, la prova della sussistenza dei fatti addebitati nella loro materialità è insufficiente e l'onere datoriale di provare la sussistenza dei detti fatti si estende alla prova del dolo (Cass. 26 gennaio 2011, n. 2788). Diversamente, ove la giusta causa sia costituita

dall'assenza ingiustificata del lavoratore dal servizio, nella sua valenza di inadempimento sanzionabile sul piano disciplinare, il datore di lavoro può limitarsi a provare l'assenza nella sua oggettività, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare gli elementi che possono giustificare l'assenza e in particolare la sua dipendenza da causa a lui non imputabile (Cass. 7 febbraio 2011, n. 2988).

Cass. 1° marzo 2011, n. 5019, ha riaffermato la necessità di considerare, per la valutazione della gravità dell'infrazione, anche l'elemento soggettivo della condotta del lavoratore; è stata così confermata la decisione dei giudici di merito secondo cui non era giustificata la sanzione espulsiva irrogata al dipendente che aveva indicato abitualmente nello statino delle presenze l'orario di uscita già al momento dell'ingresso, dovendosi tener conto di circostanze quali la diffusa disapplicazione da parte di vari dipendenti delle disposizioni aziendali rispetto alle nuove procedure di rilevazione dell'orario, la mancanza da parte del lavoratore dell'intento di evitare un controllo sull'osservanza dell'orario (data la materiale continuativa disponibilità del foglio presenze da parte del datore di lavoro), l'effettivo svolgimento della quasi totalità dell'orario di lavoro e, comunque, la concreta esecuzione di tutte le operazioni affidate nel turno.

Quando un determinato comportamento del lavoratore, invocato dal datore di lavoro come giusta causa di licenziamento, sia contemplato dal contratto collettivo come integrante una specifica infrazione disciplinare cui corrisponda una sanzione conservativa, la violazione non può formare oggetto di un'autonoma e più grave valutazione da parte del giudice, a meno che non accerti che le parti avevano inteso escludere, per i casi di maggiore gravità, la possibilità della sanzione espulsiva (Cass. 17 giugno 2011, n. 13353).

Va poi ricordata Cass. 25 marzo 2011, n. 7021, secondo cui l'espreso divieto di svolgere qualsivoglia attività lavorativa da parte del dipendente fruitore di congedo familiare ai sensi dell'art. 4, comma 2, della legge n. 53 del 2000, non importa che lo svolgimento di altra attività lavorativa da parte del dipendente in congedo sia in ogni caso tale da giustificare la sanzione espulsiva, per il solo fatto di aver contravvenuto il suindicato principio, dovendo verificarsi se la diversa attività abbia in concreto compromesso il soddisfacimento degli interessi alla base del congedo e inciso sulla fiducia dal datore di lavoro (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto gli episodi contestati tali da non ledere il vincolo fiduciario o da concretare un grave inadempimento contrattuale, tenuto conto dell'elemento psicolo-

gico della condotta del lavoratore, causata dalla necessità di percepire una retribuzione, e della sporadicità dell'attività lavorativa, limitata a quattro giorni in relazione a un periodo di aspettativa di due mesi, con impegno di poche ore in tre giorni).

Cass. 16 febbraio 2011, n. 3822, richiama il principio secondo cui il carattere extralavorativo di un comportamento non ne preclude la sanzionabilità in sede disciplinare, quando la natura della prestazione dovuta dal lavoratore richieda un ampio margine di fiducia esteso ai comportamenti privati; rileva peraltro che a questi fini disciplinari, sotto il profilo della violazione dell'obbligo di fedeltà, non può essere considerato un comportamento del dipendente che costituisca espressione della libertà di pensiero, costituzionalmente tutelato (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso l'illegittimità del licenziamento irrogato, per violazione dell'obbligo di fedeltà, a un direttore esecutivo di testata giornalistica che aveva pubblicato presso altre case editrici un volume relativo ad argomenti trattati anche dalla rivista della quale era dipendente).

Con riferimento al rapporto di un sanitario dipendente da azienda sanitaria locale, sono stati ravvisati gli estremi della giusta causa di licenziamento del dirigente medico che aveva consentito a un'ostetrica di effettuare con la sua assistenza, presso la sala parto del presidio ospedaliero, un intervento chirurgico di taglio cesareo, in violazione delle regole di competenza che garantiscono corretto svolgimento degli interventi sanitari, al fine di garantire la salute degli utenti e l'affidabilità delle strutture erogatrici dei relativi servizi (Cass. 13 aprile 2011, n. 8458).

La disciplina del d.lgs. n. 165/2001 vieta ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni con rapporto di lavoro a tempo pieno l'espletamento di incarichi retribuiti, anche occasionali, non compresi nei compiti e nei doveri d'ufficio, per i quali sia corrisposto, sotto qualunque forma, un compenso, salvo che lo svolgimento dell'incarico sia stato preventivamente autorizzato, ai sensi dell'art. 1, comma 60, della legge n. 662 del 1996, dall'amministrazione di appartenenza per le specifiche attività consentite dalla legge. Ne consegue, per Cass. 8 luglio 2011, n. 15098, la legittimità del licenziamento disciplinare irrogato a un dipendente dell'Agenzia delle entrate che abbia svolto, in assenza di autorizzazione, attività di revisore contabile a favore di un consorzio di enti locali, senza che rilevi la circostanza che l'incarico fosse stato espletato anteriormente all'adozione di una circolare dell'amministrazione finanziaria con la quale era stata individuata l'incompatibilità tra detta attività e lo status di dipendente.

11.1. — *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo* — In tema di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, ex art. 3 della legge 15 luglio 1996, n. 604, è stato affermato (Cass. 26 settembre 2011, n. 19616) che la giustificazione è data non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti. Il lavoratore ha quindi il diritto che il datore di lavoro – su cui incombe il relativo onere – dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate a effettive ragioni di carattere produttivo-organizzativo, e non a un mero incremento di profitti (nella specie non era stata raggiunta la prova della soppressione del posto di responsabile di laboratorio, emergendo solo una diversa distribuzione delle mansioni in forza di una revisione del pregresso assetto organizzativo). Si riafferma così che compete al giudice – il quale non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. – il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi e indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto (Cass. 11 luglio 2011, n. 15157).

Per il caso in cui sia prospettata come giustificazione del recesso una generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile (e si tratti quindi di scegliere in questo ambito i destinatari del provvedimento), Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, ha affermato che il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 cod. civ., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il recesso di una di esse.

11.2. — *Oneri probatori* — L'onere della prova del giustificato motivo oggettivo a carico del datore di lavoro riguarda anche l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte. Al riguardo, Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, ha precisato che tale prova, tuttavia, non deve essere intesa in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile *repêchage*,

mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato, e conseguendo a tale allegazione l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti predetti. Secondo Cass. 23 marzo 2011, n. 6625, tale onere non può essere assolto con la prova di aver proposto al dipendente un'attività di natura non subordinata, ma autonoma, esterna all'azienda e priva di qualsiasi garanzia reale in termini di flusso di lavoro e di reddito, come quella di sub-agente, specialmente se agli altri dipendenti siano state offerte ben più valide alternative.

12. — *Licenziamento e malattia* — La malattia del lavoratore può giustificare il licenziamento sia nel caso di definitiva inidoneità fisica allo svolgimento delle mansioni contrattualmente dovute, sia nel caso di protrazione dell'inidoneità temporanea oltre la durata del periodo di comportamento stabilito ai sensi dell'art. 2110 cod. civ. La diversità tra le due ipotesi comporta che ove il recesso del datore di lavoro sia stato intimato per entrambe le ragioni, l'impugnazione del licenziamento deve avere a oggetto entrambi i motivi posti a fondamento dello stesso, senza che sia possibile, ove il lavoratore abbia proposto ricorso solamente contro uno di essi, l'estensione dell'impugnazione all'altra giustificazione (Cass. 20 gennaio 2001, n. 1250).

Con riferimento alla particolare ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica alla navigazione del personale marittimo, Cass. 18 aprile 2011, n. 8832, ha affermato che tale situazione non impedisce la ricostituzione del rapporto, bensì solo la utilizzabilità del marittimo in mansioni incompatibili con l'accertata inidoneità, in quanto la sopravvenuta inidoneità fisica e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo di recesso, non possono essere ravvisate nella sola inesequibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore e restano escluse dalla possibilità di svolgere un'altra attività riconducibile alle mansioni assegnate o ad altre equivalenti ovvero, qualora ciò non sia possibile, a mansioni inferiori, sempre che questa attività sia utilizzabile all'interno dell'impresa.

Non configura un inadempimento ai danni dell'interesse del datore di lavoro, tale da giustificare il licenziamento, la condotta del lavoratore che, in ottemperanza delle prescrizioni del medico curante, si sia allontanato dalla propria abitazione e abbia ripreso a compiere attività della vita privata – la cui gravosità non è comparabile a quella di un'attività lavorativa piena – senza svolgere una ulteriore attività lavorativa; Cass. 21 marzo 2001, n. 2375, esclude che il lavoratore sia onerato a

provare, a ulteriore conferma della certificazione medica, la perdurante inabilità temporanea rispetto all'attività lavorativa, laddove è a carico del datore di lavoro la dimostrazione che, in relazione alla natura degli impegni lavorativi attribuiti al dipendente, il suddetto comportamento contrasti con gli obblighi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto di lavoro.

Quanto all'ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comporto, le assenze del lavoratore per malattia non giustificano il recesso del datore di lavoro ove l'infermità dipenda dalla nocività delle mansioni o dell'ambiente di lavoro che lo stesso datore di lavoro abbia omesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 cod. civ. o di specifiche norme. Peraltro, incombe sul lavoratore l'onere di provare il collegamento causale tra la malattia che ha determinato l'assenza e le mansioni espletate, in mancanza del quale deve ritenersi legittimo il licenziamento (Cass. 7 aprile 2011, n. 7946).

Nello stesso senso si esprime Cass. 28 marzo 2011, n. 7037, con riguardo alla inclusione nel computo del periodo di comporto delle assenze del lavoratore dovute a infortunio sul lavoro o a malattia professionale, che non si verifica nelle ipotesi in cui l'infortunio sul lavoro o la malattia professionale non solo abbiano avuto origine in fattori di nocività insiti nelle modalità di esercizio delle mansioni e comunque presenti nell'ambiente di lavoro, e siano pertanto collegate allo svolgimento dell'attività lavorativa, ma altresì quando il datore di lavoro sia responsabile di tale situazione nociva e dannosa.

Se il lavoratore impugna il licenziamento contestando l'avvenuto superamento del periodo di comporto in relazione al calcolo, secondo le previsioni del contratto collettivo, del cd. termine lungo per la riferibilità dei giorni di malattia allo stesso episodio morboso, grava su di lui l'onere di dimostrare l'assunto, depositando idonea documentazione (Cass. 21 settembre 2011, n. 19234, secondo cui anche la produzione di una perizia stragiudiziale impone al giudice di esaminarla; lo stesso giudice non è peraltro tenuto a disporre una consulenza di ufficio sulla tipologia della malattia medesima).

Il datore di lavoro può recedere dal rapporto non appena terminato il periodo di comporto, e quindi anche prima del rientro del prestatore; tuttavia ha anche la facoltà di attendere tale rientro per sperimentare in concreto se residuino o meno margini di riutilizzo del dipendente all'interno dell'assetto organizzativo, se del caso mutato, dell'azienda. Ne deriva che solo a decorrere dal rientro in servizio del lavoratore, l'eventuale prolungata inerzia datoriale nel recedere dal rapporto può essere

oggettivamente sintomatica della volontà di rinuncia del potere di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, ingenerare un corrispondente incolpevole affidamento da parte del dipendente (Cass. 25 novembre 2011, n. 24899). Dunque, a differenza che nel caso di licenziamento disciplinare – in cui esiste l'esigenza della immediatezza del recesso, volta a garantire la pienezza del diritto di difesa all'incolpato –, nel licenziamento per superamento del periodo di comportamento per malattia l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va contemperato con un ragionevole *spatium deliberandi* che va riconosciuto al datore di lavoro perché egli possa valutare convenientemente nel complesso la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di compatibilità della sua presenza in rapporto agli interessi aziendali; ne consegue che in questo caso la tempestività del licenziamento non può risolversi in un dato cronologico fisso e predeterminato, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice di merito deve fare caso per caso, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative (Cass. 28 marzo 2001, n. 7037).

13. — *Revoca o rinnovazione del licenziamento* — Alcune decisioni si occupano dei casi di revoca o rinnovazione del licenziamento. È confermato il principio secondo cui la revoca del recesso datoriale non può, di per sé, avere l'effetto di ricostituire il rapporto di lavoro, occorrendo a tal fine una manifestazione di volontà, anche tacita, del lavoratore (Cass. 15 giugno 2011, n. 13090; Cass. 3 gennaio 2011, n. 36, con cui si esclude che il consenso al ripristino del rapporto possa derivare dalla prestazione di lavoro nel periodo di preavviso, che ha efficacia solo obbligatoria).

Per Cass. 23 dicembre 2011, n. 28703, il datore di lavoro, che abbia sospeso l'efficacia del recesso intimato per una determinata causa o motivo (nella specie, per riduzione di personale), può intimare al lavoratore un nuovo licenziamento per altra causa o motivo (nella specie, per superamento del periodo di comportamento), con la conseguenza che l'estromissione dall'azienda va imputata esclusivamente al secondo licenziamento e il giudice, innanzi al quale sia stato impugnato il primo recesso, può, ricorrendone le condizioni, dichiararne l'illegittimità ma non ordinare la reintegra del lavoratore.

Cass. 11 gennaio 2011, n. 459, qualifica come annullabile il licenziamento disciplinare intimato senza la preventiva osservanza delle garanzie procedurali stabilite dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970, parificando tale mancanza al vizio sostanziale dell'assenza di giusta causa o

giustificato motivo. Il licenziamento annullabile, secondo tale decisione, interrompe, estinguendolo, il rapporto di lavoro, sicché un ulteriore licenziamento intimato successivamente, ancorché nel corso del processo ma prima della sentenza di annullamento, deve considerarsi nullo e privo di effetti per mancanza di causa, per l'impossibilità di adempiere la sua funzione, mentre l'eventuale sentenza di accoglimento dell'azione di annullamento, se nei rapporti di lavoro a tutela reale è idonea a ricostituire senza soluzione di continuità il rapporto di lavoro, non può restituire, retroattivamente, efficacia alla suddetta manifestazione di volontà datoriale, poiché posta in essere quando il rapporto di lavoro non era in essere, sia pure in conseguenza di un primo licenziamento annullabile.

Una diversa impostazione è seguita da Cass. 20 gennaio 2001, n. 1244, secondo cui il datore di lavoro, qualora abbia già intimato al lavoratore il licenziamento per una determinata causa o motivo, può legittimamente intimargli un secondo licenziamento, fondato su una diversa causa o motivo, restando quest'ultimo del tutto autonomo e distinto rispetto al primo. Ne consegue che entrambi gli atti di recesso sono in sé astrattamente idonei a raggiungere lo scopo della risoluzione del rapporto, dovendosi ritenere il secondo licenziamento produttivo di effetti solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente.

Si registra così il permanente contrasto tra l'indirizzo che attribuisce al negozio risolutivo del rapporto immediati effetti estintivi sino all'eventuale annullamento disposto dal giudice e l'opinione secondo cui il licenziamento illegittimo non è idoneo a estinguere il rapporto al momento in cui è stato intimato, ma determina unicamente una sospensione della prestazione dedotta in contratto, a causa del rifiuto del datore di ricevere la stessa.

Cass. 11 marzo 2011, n. 5887, ha esaminato la configurabilità dell'ipotesi della risoluzione del rapporto per mutuo consenso successiva all'impugnazione del licenziamento, seguita da una prolungata inerzia del lavoratore per la tutela del suo diritto. La S.C. ha osservato che al fine della dimostrazione della chiara e certa comune volontà delle parti di porre fine a ogni rapporto lavorativo, non è di per sé sufficiente la mera inerzia del lavoratore dopo l'impugnazione del licenziamento, o il semplice ritardo nell'esercizio del diritto e, in ogni caso, la valutazione del significato e della portata del complesso degli elementi di fatto compete al giudice di merito, le cui conclusioni non sono censurabili in sede di legittimità se non sussistono vizi logici o errori di diritto (nella

specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto che i circa due anni e mezzo trascorsi dall'impugnativa del licenziamento potessero essere giustificati dalla necessità di prendere consapevolezza della propria posizione giuridica e di assumere le conseguenti azioni legali).

14. — *Licenziamenti collettivi* — Sul presupposto dell'autonomia, rispetto al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, della fattispecie del licenziamento collettivo disciplinato dalla legge n. 223 del 1991 (specificatamente caratterizzato in base alle dimensioni occupazionali dell'impresa, al numero dei licenziamenti, all'arco temporale entro cui gli stessi sono effettuati, e inderogabilmente collegato al controllo preventivo, sindacale e pubblico, dell'operazione imprenditoriale di ridimensionamento dell'azienda), Cass. 22 novembre 2011, n. 24566, stabilisce che qualora il datore di lavoro che occupi più di 15 dipendenti intenda effettuare, in conseguenza di una riduzione o trasformazione dell'attività di lavoro, almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni, è tenuto all'osservanza delle procedure previste dalla legge stessa, mentre resta irrilevante che il numero dei licenziamenti attuati a conclusione delle procedure medesime sia eventualmente inferiore, così com'è inammissibile la «conversione» del licenziamento collettivo in licenziamento individuale.

In tema di licenziamenti collettivi per cessazione dell'attività d'impresa, l'art. 24, comma 1, legge 23 luglio 1991, n. 223, nel richiedere, ai fini dell'applicabilità della relativa disciplina, che le imprese «occupino più di quindici dipendenti», deve essere interpretato nel senso che il predetto requisito dimensionale non deve essere determinato in riferimento al momento della cessazione dell'attività e dei licenziamenti, ma con riguardo all'occupazione media dell'ultimo semestre, in analogia con quanto espressamente stabilito dall'art. 1, comma 1, della stessa legge n. 223 del 1991 ai fini dell'intervento di cassa integrazione guadagni straordinaria. Ne consegue che la suddetta disciplina è applicabile, con attribuzione ai lavoratori licenziati del diritto all'iscrizione nelle liste di mobilità e percezione della relativa indennità, anche all'impresa che, al momento dei licenziamenti, abbia un numero di dipendenti inferiore a sedici, ma che nei mesi precedenti abbia compensato tale carenza superando il limite dimensionale (Cass. 21 gennaio 2001, n. 1465).

Quanto alla disciplina prevista dall'art. 4 della legge n. 223/1991, Cass. 31 marzo 2001, n. 3490, conferma che il requisito della contestualità della comunicazione del recesso al lavoratore e alle organizza-

zioni sindacali e ai competenti uffici del lavoro, richiesto a pena d'inefficacia del licenziamento medesimo, non può che essere valutato, in una procedura temporalmente cadenzata in modo rigido e analitico, e con termini molto ristretti, nel senso di una necessaria e ineliminabile contemporaneità delle due comunicazioni la cui mancanza, solo se sostenuta da giustificati motivi di natura oggettiva, da comprovare dal datore di lavoro, può non determinarne l'inefficacia.

Cass. 15 marzo 2011, n. 6030, esaminando un caso in cui la comunicazione iniziale di cui all'art. 4, comma 3, della legge citata era stata preceduta da un accordo di programma, concluso con una rappresentanza sindacale *ad hoc* secondo la previsione di contratto collettivo per i dipendenti delle aziende di credito, ha ritenuto che l'eventuale contrasto tra detto accordo e la lettera di avvio della procedura di licenziamento collettivo non potesse assumere rilievo, in quanto al fine di verificare la correttezza del comportamento aziendale era necessario fare riferimento all'atto di apertura della procedura, sulla cui validità non può incidere il precedente accordo programmatico.

Quanto ai criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, si è confermato (Cass. 3 maggio 2011, n. 9711) che ove il progetto di ristrutturazione aziendale si riferisca in modo esclusivo a un'unità produttiva o a uno specifico settore dell'azienda, la platea dei lavoratori interessati può essere limitata agli addetti a un determinato reparto o settore solo sulla base di oggettive esigenze aziendali, in relazione al progetto di ristrutturazione aziendale, ed è onere del datore provare il fatto che determina l'oggettiva limitazione di queste esigenze e giustificare il più ristretto spazio nel quale la scelta è stata effettuata. Ne consegue che non può essere ritenuta legittima la scelta di lavoratori solo perché impiegati nel reparto operativo soppresso o ridotto, trascurando il possesso di professionalità equivalente a quella di addetti ad altre realtà organizzative.

D'altro canto i criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità, individuati dai contratti collettivi ai sensi dell'art. 5 della legge 23 luglio 1991, n. 223, devono essere, tutti e integralmente, basati su elementi oggettivi e verificabili, in modo da consentire la formazione di una graduatoria rigida e da essere controllabili in fase applicativa, e non possono implicare valutazioni di carattere discrezionale, neanche sotto forma di possibile deroga all'applicazione di criteri in sé oggettivi (Cass. 9 giugno 2011, n. 12544, per un caso in cui il criterio di scelta oggettivo, riferito al raggiungimento dei requisiti per il pensionamento di anzianità entro un dato periodo, era però integrato dalla frase «fatte salve

le competenze professionali necessarie alla gestione delle aziende, da queste discrezionalmente identificate»).

Cass. 27 gennaio 2011, n. 1938, ha affermato che il criterio di scelta adottato nell'accordo sindacale tra datore di lavoro e organizzazioni sindacali può anche essere unico e consistere nella vicinanza al pensionamento, in quanto esso permette di formare una graduatoria rigida e può essere applicato e controllato senza alcun margine di discrezionalità da parte del datore di lavoro. Tuttavia, ove quello della vicinanza al pensionamento sia l'unico criterio prescelto e lo stesso, applicato nella realtà, si riveli insufficiente a individuare i dipendenti da licenziare, esso diviene automaticamente illegittimo se non combinato con un altro criterio di selezione interna. Ne consegue che, ove, in sede di accordo sindacale, le parti sociali abbiano concordato la sostituzione dei criteri legali con quelli della prossimità alla pensione tenendo conto delle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'azienda, i nuovi criteri debbono ritenersi alternativi e di integrale applicazione, dovendosi ritenere arbitraria la qualificazione delle esigenze tecnico-produttive e organizzative solo come mera riconduzione alla previsione di cui alla prima parte dell'art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991.

15. — *Reintegrazione, risarcimento e indennità sostitutiva* — Nell'ambito della tutela cosiddetta obbligatoria nei confronti del licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, secondo la disciplina delle leggi n. 604 del 1966 e n. 108 del 1990, la previsione dell'art. 8 della legge n. 604 sull'alternatività tra riassunzione e risarcimento del danno deve essere interpretata, per assicurarne la conformità ai principi costituzionali nel senso che il pagamento della indennità risarcitoria, qualora il rapporto di lavoro non si ripristini, sia sempre dovuto, senza che rilevi quale sia il soggetto e quale sia la ragione per cui ciò si verifichi.

Con riguardo alla tutela cd. reale di cui all'art. 18 della legge n. 300 del 1970, il risarcimento del danno, stabilito dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 nella misura minima di cinque mensilità, è dovuto – secondo Cass. 28 dicembre 2011, n. 28703 – per il solo fatto dell'intimazione di un licenziamento illegittimo, indipendentemente dalla necessità di un intervento reintegratorio, perciò anche quando il rapporto di lavoro non abbia avuto un'effettiva interruzione (Nella specie, affermando il principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito che, riconosciuto illegittimo il licenziamento, aveva condannato il datore di lavoro a pagare le cinque mensilità, pur avendo egli scelto di non eseguire il licenziamento e di rinnovarlo per altra causale).

Sul punto, Cass. n. 6331/2001 aveva invece affermato che il lavoratore licenziato non può giovarsi della presunzione di danno nella misura minima quando sia mancata un'effettiva interruzione del rapporto; Cass. n. 12102/2004 aveva peraltro escluso che il presupposto per il risarcimento nella misura minima manchi solo nell'ipotesi sia intervenuta una revoca del recesso nell'assoluta immediatezza del licenziamento, tale (per modi, tempi e forme) da proporsi all'esterno come manifestazione di una medesima (contraddittoria) volontà, venendo a mancare così la riconoscibilità esterna dell'atto di licenziamento.

Cass. 11 novembre 2011, n. 23666, ha riferito la liquidazione del risarcimento nella misura minima a una presunzione *iuris et de iure* del danno causato dal recesso, assimilabile a una sorta di penale connaturata al rischio di impresa; la corresponsione, invece, dell'indennità commisurata alla retribuzione effettivamente non percepita costituisce una presunzione *iuris tantum* di lucro cessante, costituendo onere del datore provare che il danno ulteriore non sussiste.

Con riguardo al calcolo della indennità risarcitoria di cui all'art. 18, comma 4, Stat. lav., Cass. 22 settembre 2011, n. 19285, come sostituito dall'art. 1 della legge n. 108 del 1990, deve essere commisurata alla retribuzione globale di fatto spettante al lavoratore al tempo del licenziamento, nella quale, in relazione alla natura risarcitoria delle somme spettanti al lavoratore in seguito all'illegittimo licenziamento, vanno inclusi gli aggiornamenti delle retribuzioni medesime che di detta natura costituiscono espressione.

Ancora in tema di tutela risarcitoria, con riferimento all'ipotesi di licenziamento collettivo per riduzione di personale, Cass. 14 febbraio 2011, n. 3597, ha precisato che le indennità previdenziali non possono essere detratte dalle somme cui il datore di lavoro è stato condannato a titolo di risarcimento danni in favore del lavoratore, in quanto queste non sono acquisite in via definitiva dal lavoratore e sono ripetibili dagli istituti previdenziali.

Per il caso di illegittimo licenziamento di un dipendente comunale, Cass. 5 gennaio 2011, n. 190, ha affermato l'applicabilità della tutela risarcitoria dell'art. 18 legge n. 300/1970, trattandosi di rapporto di lavoro compreso nell'ambito del cosiddetto lavoro pubblico privatizzato, cui si applicano le norme proprie del rapporto di lavoro privato.

16. — *Licenziamento e dimissioni* — Particolari problemi di distribuzione dell'onere della prova si pongono quando all'allegazione da parte del lavoratore di un licenziamento senza comunicazione scritta il datore di

lavoro contrapponga a propria difesa che il rapporto di lavoro è cessato per dimissioni del dipendente. Per tale caso, secondo Cass. 19 ottobre 2011, n. 21684, qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità di tale licenziamento, mentre il datore di lavoro deduca la sussistenza di dimissioni del lavoratore, il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte del giudice di merito, tenendo conto che, nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepente ai sensi dell'art. 2697, comma 2, cod. civ. Per analogia fattispecie Cass. 9 settembre 2011, n. 18523, ha ritenuto che, se spetta al lavoratore provare l'esistenza del licenziamento di cui assume l'invalidità, quando l'attuazione del rapporto di lavoro sia cessata in assenza di atti formali di licenziamento o di dimissioni e in presenza di contrapposte tesi circa la causale di detta cessazione, il giudice di merito deve, ai fini dell'accertamento del fatto, prestare particolare attenzione (indagandone la rilevanza sostanziale e probatoria nel caso concreto) anche agli eventuali episodi consistenti nell'offerta delle prestazioni da parte del lavoratore e nel rifiuto o mancata accettazione delle stesse da parte del datore di lavoro.

Nell'ipotesi di lettera di dimissioni, è necessario, come rilevato da Cass. 11 gennaio 2011, n. 460, ricostruire il contenuto della manifestazione di volontà negoziale esclusivamente in base all'intento proprio del soggetto che ha posto in essere il negozio, ferma l'applicabilità, del criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto (nella fattispecie, si trattava di stabilire se il lavoratore, dando atto della ricezione di una somma «in aggiunta alle normali competenze di fine rapporto» avesse inteso rinunciare ad altri diritti derivanti dal rapporto di lavoro, o invece espresso solamente la volontà di computabilità della somma quale anticipazione di eventuali crediti nascenti dal rapporto di lavoro).

Il recesso volontario del lavoratore può essere desunto da dichiarazioni o comportamenti che, inequivocabilmente, manifestino l'intento di recedere dal rapporto, come nel caso in cui il prestatore si sia allontanato dal posto di lavoro e non si sia più presentato per diversi giorni; né l'applicazione di tale principio è esclusa dalla previsione del contratto collettivo di una forma scritta, ove questa non sia imposta *ad substantiam* e dovendosi, per converso, intendere la presentazione di una disdetta scritta come un onere a carico del prestatore e non come un intrinseco requisito di validità del recesso (Cass. 8 marzo 2011, n. 5454).

Sugli effetti della manifestazione della volontà di recesso del lavoratore, Cass. 29 aprile 2011, n. 9575, ha rilevato che le dimissioni costituiscono un negozio unilaterale recettizio idoneo a determinare la risoluzione del rapporto di lavoro dal momento in cui l'atto venga a conoscenza del datore di lavoro e indipendentemente dalla volontà di quest'ultimo di accettarle. Ne consegue che, una volta risolto il rapporto, per la sua ricostituzione è necessario che le parti stipulino un nuovo contratto di lavoro, non essendo sufficiente a eliminare l'effetto risolutivo che si è prodotto la revoca delle dimissioni da parte del lavoratore, neppure se la revoca sia manifestata in costanza di preavviso.

Per l'ipotesi in cui venga dedotta in giudizio l'invalidità dell'atto di dimissioni per incapacità naturale del soggetto, Cass. 1° settembre 2011, n. 17977, ha affermato che ai fini della sussistenza della incapacità di intendere e di volere non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente la menomazione di esse, tale comunque da impedire la formazione di una volontà cosciente, facendo così venire meno la capacità di autodeterminazione del soggetto e la consapevolezza in ordine all'atto che sta per compiere.

Quanto al diritto alla indennità di preavviso nella specifica ipotesi di dimissioni per giusta causa, Cass. 21 novembre 2011, n. 24777, ha precisato che tale fattispecie può ricorrere anche quando il recesso non segua immediatamente i fatti che lo giustificano e la giusta causa sia adottata solo successivamente al recesso; è tuttavia da escludere nel caso in cui il lavoratore, manifestando la volontà di dimettersi, abbia dichiarato al datore di lavoro di essere pronto a continuare l'attività per tutto o per parte del periodo di preavviso, atteso che, in tale ipotesi, è lo stesso lavoratore a escludere, con il suo comportamento, la ravvisabilità di circostanze tali da impedire la prosecuzione anche soltanto temporanea del rapporto.

Con riguardo alla previsione, ai sensi dell'art. 1 della legge n. 7 del 1963, di nullità delle dimissioni della lavoratrice intervenute nel periodo intercorrente tra il giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio sino a un anno dalla celebrazione di questo, in quanto non confermate entro un mese all'Ufficio del lavoro, si è stabilito (Cass. 17 maggio 2011, n. 10817) che l'interruzione delle prestazioni – che non determina l'estinzione del rapporto durante il periodo di interdizione – può configurare un valido recesso tacito della stessa lavoratrice se si protragga oltre la scadenza del periodo stesso o quella, se successiva, del termine per la conferma delle dimissioni.

Questa ipotesi non è regolata dalla disposizione di cui all'art. 2 della

legge n. 7 del 1963, che prevede, in caso di nullità del licenziamento della lavoratrice perché intimato a causa di matrimonio, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere alla lavoratrice medesima la retribuzione globale di fatto fino al giorno della riassunzione in servizio. Pertanto, secondo la stessa sentenza sopra citata, l'obbligo della retribuzione con la *mora credendi* relativa del datore di lavoro sorge soltanto nel momento in cui la lavoratrice, facendo valere la nullità del proprio recesso e la perdurante validità del rapporto di lavoro, offra nuovamente la propria prestazione.

17. — *Rinunzie e transazioni* — In tema di rinunzie e transazioni del lavoratore, può essere ricordata Cass. 6 giugno 2011, che ha esaminato il caso di accordo transattivo con cui era stato riconosciuto un incentivo per le dimissioni rassegnate dal lavoratore, ritenuto funzionale a reintegrare il lavoratore dei mancati redditi provenienti dalla sua attività all'interno della società a causa della cessazione anticipata del rapporto. La S.C. ha ricordato che al fine del riconoscimento del valore negoziale abdicativo dell'atto non è necessaria l'esteriorizzazione delle contrapposte pretese, né che siano state usate espressioni direttamente rivelatrici del negozio transattivo, la cui esistenza può essere desunta anche dalla corresponsione di denaro da parte del debitore, accettata dal creditore dichiarando di essere stato pienamente soddisfatto e di non avere null'altro a pretendere; che i requisiti dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum* non sono da rapportare agli effettivi diritti delle parti, bensì alle rispettive pretese e contestazioni, e pertanto non è necessaria l'esistenza di un equilibrio economico tra le reciproche concessioni. Si è anche confermata l'applicabilità della regola secondo cui che non è ammissibile la prova testimoniale relativa al diverso contenuto del rapporto transattivo risultante dal documento sottoscritto dalle parti, sia nel caso di patti aggiunti o contrari al contenuto del documento, ostandovi il principio di cui all'art. 2725 cod. civ., sia nel caso si intenda provare un contenuto diverso dell'atto rispetto a quello sottoscritto, ostandovi l'art. 1967 cod. civ.

Secondo Cass. 27 maggio 2011 non è ravvisabile una volontà negoziale nella dichiarazione, sottoscritta dal lavoratore, ma predisposta dal datore di lavoro in occasione della corresponsione del Trattamento di fine rapporto, di rinuncia a diritti, quando essa sia accompagnata dall'espressione «con riserva», in quanto l'indeterminatezza del contenuto rende nulla la complessiva dichiarazione, ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, cod. civ.

18. — *Prescrizione dei diritti del lavoratore* — Per l'applicazione della regola della decorrenza della prescrizione dei crediti del lavoratore in rapporto garantito da regime di stabilità, Cass. 19 gennaio 2011, n. 1147, conferma l'orientamento secondo cui tale stabilità va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo, ben diversa essendo la situazione psicologica in cui versa il lavoratore per il timore della risoluzione del rapporto, allorché si tratti di lavoro formalmente autonomo, da quella in cui il rapporto di lavoro sia garantita sin dall'inizio della stabilità reale, e a nulla rilevando, in relazione alla situazione di soggezione in cui versa il lavoratore nel primo caso, il successivo riconoscimento giudiziale della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto.

Per Cass. 27 giugno 2011, n. 14163, l'impossibilità di far valere il diritto, alla quale l'art. 2935 cod. civ. attribuisce rilevanza di fatto impeditivo della decorrenza della prescrizione, è solo quella che deriva da cause giuridiche che ne ostacolano l'esercizio e non comprende anche gli impedimenti soggettivi o gli ostacoli di mero fatto, per i quali il successivo art. 2941 prevede solo specifiche e tassative ipotesi di sospensione tra le quali, salvo l'ipotesi di dolo prevista dal n. 8 del citato articolo, non rientra l'ignoranza, da parte del titolare, del fatto generatore del suo diritto, né il dubbio soggettivo sulla esistenza di tale diritto e il ritardo indotto dalla necessità del suo accertamento.

Cass. 30 marzo 2011, n. 7272, ha affermato che la prescrizione del diritto al risarcimento del danno alla salute patito dal lavoratore in conseguenza della mancata adozione da parte del datore di adeguate misure di sicurezza delle condizioni di lavoro, ai sensi dall'art. 2087 cod. civ., decorre dal momento in cui il danno si è manifestato, divenendo oggettivamente percepibile e riconoscibile solo ove l'illecito sia istantaneo, ossia si esaurisca in un tempo definito, ancorché abbia effetti permanenti, mentre, ove l'illecito sia permanente e si sia perciò protratto nel tempo, il termine prescrizionale inizia a decorrere al momento della definitiva cessazione della condotta inadempiente. È stata così annullata la decisione dei giudici di merito che, ai fini del decorso della prescrizione decennale del diritto al risarcimento del danno per una malattia professionale imputabile alla responsabilità del datore di lavoro, aveva dato esclusivo rilievo all'epoca in cui il lavoratore aveva acquisito conoscenza della patologia e della sua eziologia professionale, in una situazione nella quale l'inosservanza, da parte del datore di lavoro, dei doveri ex art. 2087 cod. civ. si era pacificamente protratta in epoca successiva.

È confermato poi il principio secondo cui l'azione promossa dal lavoratore subordinato e avente a oggetto il riconoscimento della qualifica superiore si prescrive nell'ordinario termine decennale di cui all'art. 2946 cod. civ., mentre le azioni dirette a ottenere le differenze retributive derivanti dal suddetto riconoscimento si prescrivono nel termine quinquennale previsto dall'art. 2948 cod. civ., il quale decorre anche quando il diritto a tali differenze venga fatto valere contemporaneamente al diritto all'attribuzione alla qualifica superiore, soggetto alla prescrizione decennale (Cass. 8 aprile 2011, n. 8057).

Si sono registrate in giurisprudenza oscillazioni in ordine alla natura retributiva o risarcitoria dell'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi. Ai fini della determinazione del regime prescrizionale del credito, Cass. 11 maggio 2011, n. 10341, segue la seconda opzione, affermando quindi l'applicabilità della prescrizione ordinaria decennale, decorrente anche in costanza del rapporto di lavoro; la pretesa in questione è infatti pur sempre correlata a un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, che obbliga quest'ultimo al risarcimento del danno; questo comprende, in primo luogo, la retribuzione dovuta per il lavoro prestato nei giorni destinati alle ferie o al riposo (nonché la riparazione di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore a seguito del mancato ristoro delle energie psicofisiche) e soggiace alla prescrizione ordinaria decennale prevista dall'art. 2946 cod. civ., e non già a quella quinquennale *ex art.* 2947 cod. civ. (concernente la prescrizione del diritto al risarcimento del danno per responsabilità aquiliana).

19. — *Sciopero e condotta antisindacale* — Vanno segnalate, infine, alcune decisioni in tema di esercizio del diritto di sciopero e repressione della condotta antisindacale. Cass. 12 gennaio 2011, n. 548, esamina un caso di astensione collettiva dal lavoro in un settore in cui la disciplina collettiva prevedeva l'obbligo del dipendente di sostituire, oltre la sua prestazione contrattuale già determinata, in quota parte oraria, un collega assente, remunerandolo con una quota di retribuzione inferiore alla maggiorazione per lavoro straordinario. Secondo la S.C., l'astensione collettiva da tale prestazione non attiene al legittimo esercizio del diritto di sciopero, ma costituisce inadempimento parziale degli obblighi contrattuali, sicché non sono di per sé illegittime le sanzioni disciplinari irrogate dal datore ai dipendenti che hanno rifiutato la prestazione aggiuntiva loro richiesta e il comportamento datoriale non è antisindacale.

Per una fattispecie analoga di illegittimo sciopero delle mansioni,

Cass. 3 maggio 2011, n. 9714, ritiene irrilevante, ai fini della verifica della imputabilità dell'inadempimento addebitato al lavoratore, il suo dedotto stato soggettivo di buona fede (con la prospettazione di un esercizio putativo del diritto di sciopero), affermando che l'inadempimento è incolpevole solo se il convincimento dello stesso si sia accompagnato a un comportamento idoneo a integrare un impegno di cooperazione (nel caso in esame, era mancata ogni forma di cooperazione del dipendente).

In tema di sciopero nei servizi pubblici essenziali, va ricordata Cass. 8 aprile 2011, n. 8075, relativa a un caso in cui era stato proclamato uno sciopero regionale del personale ferroviario; con questa decisione è stato definito come antisindacale, in violazione della previsione dell'art. 28 Stat. lav., il comportamento della società ferroviaria che aveva qualificato come prestazioni indispensabili tutti i treni non aventi origine o destinazione in impianti situati nella regione interessata, in quanto non conforme a quanto convenuto in un accordo sindacale, dichiarato idoneo dalla Commissione di garanzia, che aveva stabilito una diversa delimitazione dei treni indispensabili.



# RAPPORTO DI LAVORO

---

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 22 novembre 2011, causa C-214/10, Grande Sezione – Pres. Skouris, Est. Levits, Avv. Gen. Trstenjak – Khs Ag (avv. Brasse, Rechtsanwalt) c. Winfried Schulte (avv. Teuber, Rechtsanwalt).

**Ferie – Organizzazione dell’orario di lavoro – Art. 7, Direttiva n. 2003/88/Ce – Diritto alle ferie annuali retribuite – Estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per causa di malattia allo scadere di un termine previsto dalla normativa nazionale.**

*L’art. 7, n. 1, della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 4 novembre 2003, n. 2003/88/Ce, concernente taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che non osta a norme o a prassi nazionali, quali i contratti collettivi, che, prevedendo un periodo di riporto di quindici mesi allo scadere del quale il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue, limitano il cumulo dei diritti a tali ferie di un lavoratore inabile al lavoro durante più periodi di riferimento consecutivi (la Corte ha espresso tale principio nella controversia tra un lavoratore tedesco che, colpito da infarto, era rimasto assente dal lavoro per tre anni, prima di essere dichiarato definitivamente inabile al lavoro, e che aveva chiesto di vedersi liquidata l’indennità sostitutiva delle ferie annuali, retribuite e non godute, per i tre anni di assenza. In tal modo, a detta della Corte viene garantito al lavoratore di poter disporre delle ferie e di poter esercitare il suo diritto, ma viene anche tutelato il datore di lavoro dal rischio di un cumulo troppo rilevante e dilatato nel tempo di periodi di assenza del dipendente, che potrebbe compromettere l’organizzazione aziendale del lavoro). (1)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1) ESTINZIONE DEL DIRITTO ALLE FERIE NON GODUTE PER CAUSA  
DI MALATTIA: LA CORTE DI GIUSTIZIA CI RIPENSA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso. — 3. Diritto alle ferie: gli orientamenti della Corte di Giustizia. — 4. Ferie e malattia. — 5. La conclusione del caso *Schultz-Hoff* deve essere «sfumata». — 6. Il bilanciamento degli interessi in gioco. — 7. Quanto dura la funzione ricreativa delle ferie. — 8. Il frazionamento delle ferie e la durata del periodo di riporto. — 9. Le ricadute nell'ordinamento interno.

1. — *Premessa* — Il caso in esame è assai rilevante perché con questa sentenza la Corte di Giustizia chiarisce e rettifica le conclusioni cui era pervenuta con la nota sentenza *Schultz-Hoff e a.* (1) in materia di ferie e malattia di lungo periodo. La sentenza si basa su due principali linee argomentative: la prima relativa al cumulo tra diritti alle ferie annuali e/o indennità sostitutiva e la seconda relativa alla durata del periodo di riporto.

1.1. — Va subito detto che la situazione di partenza nella presente causa è sostanzialmente diversa dal caso *Schultz-Hoff e a.* più volte citato nella motivazione, in considerazione del fatto che, nella fattispecie *de qua*, il sig. *Schulte* chiede l'indennità sostitutiva delle ferie per gli anni dal 2006 al 2008 (fino alla cessazione del rapporto di lavoro, verificatasi il 31 agosto 2008) (2), mentre nel caso *Schultz-Hoff e a.* il lavoratore chiede l'indennità per ferie non godute per gli anni 2004-2005 avendo cessato il rapporto di lavoro nel mese di settembre 2005. In questa decisione, la Corte non era chiamata a pronunciarsi sulla questione se una limitazione del periodo di riporto a diciotto mesi costituisse una condizione conforme al diritto dell'Unione ai fini del godimento del periodo minimo di ferie annuali ai sensi dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88/Ce. La questione esaminata dalla Corte nel caso del sig. *Schulte* è piuttosto se, allo stato attuale della normativa, sia imposto o no un accumulo temporalmente illimitato di diritti alle ferie e all'indennità sostitutiva risultante dall'assenza dipendente da causa di malattia di lungo periodo e se una limitazione del periodo di riporto a quindici mesi costituisce o no una condizione del godimento del diritto alle ferie retribuite conforme al diritto dell'Unione. Diversamente da *Schultz-Hoff e a.*, la Corte ha stabilito che il diritto alle ferie retribuite si estingue allo scadere di un periodo di riporto di quindici mesi

---

(1) Corte di Giustizia 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, in *Lav. giur.*, 5/2009, p. 467, con nota di M. G. Mattarolo, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?*; in *Mass. giur. lav.*, 2009, 11, p. 804, con nota di S. Capponetti, *Il diritto alle ferie tra prassi nazionale e giurisprudenza comunitaria*.

(2) Nel caso *Schultz-Hoff e a.*, il lavoratore si trovava in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento e del periodo di riporto e fino alla cessazione del rapporto di lavoro; il periodo di riporto era di sei mesi; la inabilità al lavoro del ricorrente è perdurata fino al termine del rapporto di lavoro, ragione per la quale egli non ha potuto esercitare il suo diritto alle ferie annuali retribuite.

limitando in tal modo il cumulo dei diritti alle ferie di un lavoratore inabile al lavoro per più periodi di riferimento.

2. — *Il caso* — A questo punto vale la pena riassumere il caso concreto. Il 23 gennaio 2002 il sig. Schulte viene colpito da infarto. Nel periodo dal 26 febbraio al 16 aprile 2002, egli si sottopone a un trattamento di riabilitazione dal quale viene dimesso con diagnosi di inabilità al lavoro. Dal 2002 il lavoratore è disabile grave. A partire dal 1° ottobre 2003 percepisce una pensione, di volta in volta a tempo determinato, in conseguenza della perdita totale della capacità lavorativa, nonché una pensione di invalidità. Il 25 agosto 2008 le parti si accordano sulla cessazione del rapporto di lavoro.

Tuttavia, il 18 marzo 2009 il Sig. Schulte presenta un ricorso dinanzi all'*Arbeitsgericht* (Tribunale del lavoro) di Dortmund per ottenere l'indennità sostitutiva delle ferie non godute per gli anni dal 2006 al 2008 equivalente a 35 giorni lavorativi per ciascun anno, complessivamente euro 9.162,30. L'*Arbeitsgericht*, con sentenza 20 agosto 2009, gli riconosce l'importo lordo di euro 6.544,50, respingendo per il resto il ricorso. La condanna verte sull'indennità sostitutiva del diritto a un periodo minimo di ferie stabilito per legge in 20 giorni lavorativi, nonché sul diritto per disabilità grave a 5 giorni per gli anni dal 2006 al 2008.

Il datore di lavoro (Khs) impugna detta decisione dinanzi al giudice del rinvio. Egli sostiene che i diritti alle ferie per gli anni 2006 e 2007, in base alla disposizione di cui all'art. 11, punto 1, comma 3, del contratto collettivo quadro, si erano in ogni caso già estinti per la scadenza del periodo di riporto complessivo di 15 mesi. Sarebbe pertanto sproporzionato riconoscere a un lavoratore in malattia l'intero diritto alle ferie senza considerare i termini di riporto e di estinzione — nella fattispecie — per un periodo di riferimento di tre anni.

Tanto premesso, il giudice del rinvio chiede se, in un caso come quello in esame, debbano essere disapplicate le disposizioni nazionali per violazione dell'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88. A suo avviso non è, in effetti, vincolante il fatto che la Corte abbia deciso anche, nella sentenza *Schultz-Hoff e a.*, se l'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88 riconosca ai lavoratori affetti da patologie di lunga durata la possibilità di un accumulo di diritti alle ferie illimitato nel tempo. Egli fa presente che, se così fosse, il ricorrente nella causa principale avrebbe un diritto all'indennità sostitutiva di 60 giorni di ferie; all'opposto, facendo valere integralmente il diritto alle ferie per il periodo della sua inabilità al lavoro, il ricorrente avrebbe addirittura diritto a un'indennità sostitutiva di 140 giorni lavorativi.

Il *Landesarbeitsgericht Hamm* ha sospeso il procedimento e sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

Se l'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88 debba essere interpretato nel senso che osta a norme e/o prassi nazionali, per le quali il diritto a ferie minime retribuite si estingue per decorrenza del periodo di riferimento e/o di riporto, anche nel caso in cui il lavoratore sia inabile al lavoro per un periodo più lungo (e tale protratta inabilità al lavoro comporti che egli possa maturare diritti a ferie minime per diversi anni, qualora la possibilità di riportare tali diritti non sia limitata nel tempo).

In caso di soluzione negativa, se la possibilità di riporto debba sussistere per un periodo non inferiore ai 18 mesi.

3. — *Diritto alle ferie: gli orientamenti della Corte di Giustizia* — Come è noto l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 afferma che «gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché ogni lavoratore benefici di ferie annuali retribuite di almeno 4 settimane, secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalle legislazioni e/o prassi nazionali» e che «il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro». L'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88 non figura neanche fra le disposizioni alle quali l'art. 17 di quest'ultima permette espressamente di derogare.

3.1. — Come osserva l'Avv. Generale nelle conclusioni presentate nella causa *Schultz-Hoff* (3), l'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88 non contempla alcuna limitazione del diritto alle ferie. La direttiva non stabilisce che il lavoratore debba *chiedere* in tempo utile e *godere* effettivamente delle ferie entro un determinato momento, e cioè entro la fine dell'anno di riferimento o del periodo di riporto, né prevede la *decadenza* dal diritto. Essa determina soltanto il livello di tutela minimo stabilito dal legislatore comunitario in materia di diritto alle ferie e pone a carico degli Stati membri, in termini non equivoci, un obbligo di risultato preciso e incondizionato all'applicazione della regola da esso enunciata consistente nella previsione per ogni lavoratore di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane (4).

3.2. — A tale riguardo, la Corte di Giustizia ha contribuito in maniera decisiva alla definizione del diritto alle ferie e alla delimitazione dell'estensione delle competenze normative esercitate dagli Stati membri.

Nella sentenza *Bectu*, la Corte ha affermato che il diritto alle ferie di cui all'art. 7, cit., non può essere sottoposto a deroghe o restrizioni da parte degli Stati membri e che tale diritto non può essere subordinato a un periodo minimo di lavoro ininterrotto alle dipendenze dello stesso datore di lavoro (5): ciò accade quando la disciplina nazionale non disciplina *come* il diritto vada esercitato, ma *se* possa essere esercitato (6); inoltre, le ferie annuali retribuite devono essere godute

---

(3) Punto 53.

(4) Vedi Corte di Giustizia 24 gennaio 2012, causa C-282/10, *Maribel Dominguez*, non ancora pubblicato in *Racc.*, punto 34.

(5) Vedi Corte di Giustizia, sentenza 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu*, in *Law. giur.*, 2001, p. 1141, con nota di G. Testa. In *Bectu* la normativa nazionale subordinava il diritto alle ferie a un periodo ininterrotto di lavoro pari a 13 settimane.

(6) Vd. sentenza *Bectu*, punti 53 e 55; gli Stati membri possono dunque definire, nella loro normativa interna, soltanto le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie annuali retribuite, precisando le circostanze concrete in cui i lavoratori possono avvalersi di tale diritto. In *Bectu*, la Corte ridimensiona la discrezionalità degli Stati e dell'autonomia negoziale quando stabilisce che essi non possono condizionare la costituzione stessa del diritto neppure per esigenze di contenimento del costo del lavoro (punto 59).

in un periodo diverso dal congedo di maternità (7); il pagamento delle ferie deve essere effettuato nel periodo in cui il lavoratore ne fruisce e non può essere frazionato ed effettuato come parte della retribuzione per le ore di lavoro prestato (cd. *rolled up holiday pay* consistente nella prassi del pagamento delle ferie annuali minime mediante versamenti parziali scaglionati nel corrispondente periodo annuale di lavoro e pagati insieme alla retribuzione per il lavoro svolto, e non mediante un versamento per un periodo determinato durante il quale il lavoratore prende effettivamente le ferie) (8); in costanza del contratto, i giorni di ferie non goduti nel corso dell'anno non possono essere sostituiti con una indennità corrisposta nel corso dell'anno successivo, perché le finalità del periodo di riposo non vengono meno qualora il lavoratore ne fruisca in un momento successivo (9).

4. — *Ferie e malattia* — Con riferimento alle ferie annuali coincidenti con il congedo di malattia, la Corte nel delimitare il frazionamento ultra annuale delle ferie pacificamente ammesso in caso di malattia di lungo periodo, considerato che l'effetto positivo delle ferie non è compromesso dalla fruizione del congedo in un momento successivo rispetto al periodo di riferimento (10), ha stabilito che un lavoratore in congedo per malattia durante un periodo di ferie annuali precedentemente fissato ha diritto, su sua richiesta, affinché possa godere in concreto delle ferie annuali, di beneficiarne in un periodo diverso da quello coincidente con il periodo di congedo (11); ha inoltre precisato che la Direttiva n. 2003/88 non osta neppure a disposizioni o a prassi nazionali che consentano a un lavoratore in congedo per malattia di fruire, durante tale periodo, di ferie annuali retribuite (12).

In ogni caso, per i lavoratori in congedo per malattia debitamente prescritto, il

---

(7) Corte di Giustizia 18 marzo 2004, causa C-342/01, *Merino Gomez*, in *Foro it.*, 2004, IV, 229.

(8) Corte di Giustizia 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele*, in *Foro it.*, 2006, IV, 297. In *Robinson-Steele*, la Corte di Giustizia ha rilevato che le Direttive sull'orario di lavoro trattano il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tale titolo come «due aspetti di un unico diritto» (punto 58).

(9) Corte di Giustizia, Sez. I, 6 aprile 2006, Causa C-124/2005, *Fmv*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 509, con nota di G. Ricci, *Frazionamento del periodo di ferie annuali e principio di «non monetizzabilità» secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia*; in *Dir. rel. ind.*, 2006, p. 897, con nota di R. Cosio, *Le precisazioni della Corte di Giustizia in tema di ferie*, e in *Arg. dir. lav.*, 2006, p. 1341, con nota di V. Bavaro, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*.

(10) Corte di Giustizia 6 aprile 2006, *Fmv*, cit., punto 30; nonché Corte di Giustizia 20 gennaio 2009, *Schultz-Hoff*, cit., punto 30.

(11) Corte di Giustizia, Sez. I, 10 settembre 2009, causa C-277/08, *Pereda*, punto 22, in *Giust. it.*, 2010, p. 2372, con nota di F. Ciriello, *Malattia, diritto alle ferie e disciplina comunitaria: intervento della Corte di Giustizia*; in *Dir. rel. ind.*, 2010, 2, p. 548, con nota di A. Grieco, *Il rapporto tra ferie e malattia nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia*; in *Mass. giur. lav.*, 2009, n. 11, p. 801, con nota di M. De Francesco, *Malattia e spostamento del periodo di ferie annuali*, e in *Lav. giur.*, 2012, 2, p. 162, con nota di M.G. Mattarolo, *Ancora una sentenza della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie del lavoratore malato*.

(12) *Schultz-Hoff*, punto 31.

diritto alle ferie annuali retribuite non può essere subordinato da uno Stato membro all'obbligo di avere effettivamente lavorato durante il periodo di riferimento stabilito da detto Stato (13). Pertanto nel caso in cui un lavoratore in congedo per malattia per l'intera durata del periodo di riferimento, e oltre il periodo di riporto fissato dal diritto nazionale, non abbia periodi di tempo in cui fruire delle ferie annuali retribuite, il diritto dell'Unione osta a che le disposizioni nazionali prevedano il diritto alla estinzione delle ferie annuali retribuite garantito dall'art. 7, n. 1, della Direttiva n. 2003/88, senza che il lavoratore abbia avuto la possibilità effettiva di esercitare tale diritto (14). In tal caso il lavoratore interessato deve poterne godere in un momento successivo.

Tuttavia se il lavoratore al momento della cessazione del rapporto non ha ancora potuto esercitare il suo diritto alle ferie, egli ha diritto a un'indennità finanziaria sostitutiva delle ferie annuali non godute (15).

5. — *La conclusione del caso Schultz-Hoff deve essere «sfumata»* — Nel caso in esame la Corte – rettificando i risultati cui è pervenuta nella causa *Schultz-Hoff e Stringer* sopra brevemente riassunti – afferma che l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso *non osta* a norme o a prassi nazionali quali i contratti collettivi (16) che, prevedendo un periodo di riporto di quindici mesi allo scadere del quale il diritto alle ferie annuali retribuite *si estingue*, limitano il cumulo dei diritti a tali ferie di un lavoratore inabile al lavoro durante più periodi di riferimento consecutivi. Questo significa che lo Stato membro è libero di stabilire – purché sia stabilita la durata minima di quattro settimane – le modalità di estinzione del diritto.

Per giungere a questa conclusione la Corte di Giustizia esamina innanzitutto la natura giuridica del diritto alle ferie. I giudici, richiamando i loro precedenti, ricordano che il diritto alle ferie annuali retribuite deve essere considerato un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla Direttiva n. 93/104/Ce (poi codificata dalla Direttiva n. 2003/88) (17). La Corte ricorda altresì che lo scopo del diritto alle ferie annuali retribuite è consentire al lavoratore di riposarsi

---

(13) *Schultz-Hoff*, punto 41.

(14) *Schultz-Hoff*, punto 43.

(15) *Schultz-Hoff*, punto 62.

(16) L'equiparazione espressa delle prassi nazionali ai contratti collettivi non risulta nella norma dell'art. 7, ma è affermata con estrema chiarezza nel punto 35 della sentenza in esame. *Contra*, U. Carabelli, V. Leccese, *Il d.lgs. n. 66/2003, di attuazione delle Direttive in materia di orario di lavoro: i problemi posti dai vincoli comunitari e costituzionali*, in V. Leccese (a cura di), *L'orario di lavoro. La normativa italiana di attuazione delle direttive comunitarie*, Ipsoa, 2004, 11.

(17) Vd. le sentenze 26 giugno 2001, causa C-173/99, *Bectu*, punto 43; 18 marzo 2004, in *Foro it.*, 2001, IV, cc. 412-414, causa C-342/01, *Merino Gómez*, punto 29; 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, *Robinson-Steele e a.*, punto 48, nonché 20 gennaio 2009, cause riunite C-350/06 e C-520/06, *Schultz-Hoff e a.*, punto 22.

e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione (18). Detto periodo di riposo «permane interessante sotto tale profilo anche qualora se ne fruisca in un momento successivo» (19).

5.1. — Con questa affermazione la Corte di Giustizia nella sentenza in commento sembra legittimare il frazionamento delle ferie nell'interesse del lavoratore, là dove riconosce la legittimità di una disposizione nazionale che preveda un periodo di riporto per ferie annuali non godute alla fine del periodo di riferimento per consentire al lavoratore impossibilitato un'ulteriore possibilità di fruirne (punto 25) (20).

Come precisato dalla Corte nella sentenza *Schultz-Hoff e a.*, un diritto nazionale non può prevedere l'estinzione del diritto alle ferie annuali retribuite senza che il lavoratore abbia effettivamente avuto la possibilità di esercitare il diritto stesso (21). Questa decisione però non chiariva fino a che punto si estenda effettivamente la tutela accordata al lavoratore dalla direttiva e se sia ammissibile l'accumulo illimitato del diritto alle ferie in caso di assenze del lavoratore per più periodi di riferimento. Del resto, come osserva correttamente la stessa Corte nella sentenza qui commentata, detta decisione, applicata alla situazione che ha dato origine alla causa principale, fa sì che un lavoratore come il Sig. Schulte – privato di tutto il periodo in cui poter fruire delle proprie ferie – conservi integro il proprio diritto.

Per questa ragione la Corte giunge a un compromesso: la conclusione raggiunta nella sentenza *Schultz-Hoff e a.* appena riportata, «*deve essere sfumata*» (punto 28: corsivo nostro) in circostanze specifiche come quelle della causa principale. Diversamente ragionando, un lavoratore come il ricorrente in congedo di malattia dall'anno 2006 avrebbe diritto ad accumulare diversi periodi di riferimento consecutivi, senza limiti. È chiaro che la Corte, con questa decisione, sente la necessità di tener conto anche delle condizioni economiche e delle esigenze delle imprese.

6. — *Il bilanciamento degli interessi in gioco* — È bene ricordare a questo punto che quello della maturazione delle ferie annuali (o della relativa indennità sostitutiva) durante il congedo di malattia di lungo periodo è uno dei temi che ha fatto sorgere dubbi interpretativi denunciati dai *social partner* in sede di seconda consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione europea ai sensi dell'art. 154 del TfUE per il riesame della Direttiva sull'orario di lavoro (22). A tale proposito, il problema

---

(18) Cfr. anche Corte di Giustizia, *Schultz-Hoff e a.*, cit., punto 25, dove la Corte precisa che la finalità del congedo per malattia è, invece, quella di consentire al lavoratore di ristabilirsi da una malattia.

(19) Così Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, causa C-124/05, *Fm*, cit., punto 30; cfr. altresì Corte di Giustizia, *Schultz-Hoff e a.*, cit., punto 30.

(20) Qui la sentenza in esame richiama Corte di Giustizia Ue, *Schultz-Hoff e a.*, punto 42.

(21) Vedi Corte di Giustizia, *Schultz-Hoff e a.*, cit., punto 43.

(22) Vedi Commissione europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European economic and social Committee, and the Committee of the Regions:*

centrale sta in una mancanza di chiarezza quanto al fatto se un lavoratore in congedo di malattia di lungo periodo possa accumulare diritti a congedo annuale retribuito in anni successivi senza limiti. Una tale prospettiva costituisce un costo imprevedibile e sostanziale per i datori di lavoro e potrebbe avere l'effetto indesiderato di incoraggiarli a porre fine al rapporto di lavoro dei lavoratori in malattia di lunga durata prima che sia chiaro se questi possano tornare a lavorare prima del periodo di ristabilimento. Inoltre, un accumulo illimitato sembra andare al di là di quanto richiesto per raggiungere gli obiettivi della direttiva. La soluzione proposta dai *social partner* sembra essere un emendamento atto a chiarire che gli Stati membri possono fissare opportuni tetti all'accumulo di diritti a congedo annuale retribuito in anni successivi una volta che questi superino il numero di settimane richiesto per raggiungere gli obiettivi della Direttiva in tema di riposo minimo e ristabilimento (23).

Del resto, se il diritto alle ferie è un diritto sociale fondamentale che deve essere disciplinato dagli Stati membri nel rispetto della tutela minima stabilita dalla direttiva, è giocoforza considerare gli oneri finanziari che incombono sul datore di lavoro e giungere a un adeguato compromesso che tenga conto degli interessi delle piccole e medie imprese parimenti tutelati dal diritto primario (artt. 136 e 137, n. 2, lett. *b*, Trattato Ce; ora 151 e 153 TFEU) (24).

7. — *Quanto dura la funzione ricreativa delle ferie* — A tal proposito, la Corte stabilisce che un lavoratore come il ricorrente nella causa principale, inabile al lavoro per diversi periodi di riferimento consecutivi, non può avere il diritto di accumulare, senza limiti, le ferie annuali retribuite maturate durante la sua assenza dal lavoro (punto 29). Un siffatto accumulo illimitato di diritti alle ferie annuali retribuite, maturati durante detto periodo, non risponderebbe più alla finalità stessa del diritto alle ferie annuali retribuite (punto 30): vale a dire il *riposo* del lavoratore. Come dire che l'accumulo di diritti alle ferie non garantisce una moltiplicazione dell'effetto ricreativo.

---

*first-phase consultation of the social partners at European Union level under Article 154 of the TFEU*, del 24 marzo 2010.

(23) Nella prima fase della consultazione si è chiesto alle parti sociali europee se si avverta la necessità, a livello Ue, di intervenire sulla Direttiva n. 2003/88 e, in caso di risposta affermativa, quale portata dovrebbe avere il riesame. Si tratta di un primo passo in vista di un ampio riesame della direttiva dopo che, nell'aprile 2009, i tentativi di revisione della normativa esistente erano giunti a un punto morto. Gli esiti della consultazione sono documentati da V. Leccese, *Le tendenze attuali e l'evoluzione del diritto comunitario in materia di tempi di lavoro: progetti di riforma della direttiva europea e giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in B. Veneziani, V. Bavaro, *Le dimensioni giuridiche dei tempi di lavoro*, Bari, 2009, p. 325; D. Gottardi, *L'affossamento della revisione della direttiva*, *ivi*, p. 311; G. Ricci, *Orario di lavoro*, in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* (diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio), vol. V, Torino, 2009, p. 189.

(24) Già nella causa C-277/08, *Pereda*, punto 22, la Corte afferma che il frazionamento del periodo di ferie deve tener conto dei vari interessi in gioco e «in particolare delle ragioni imperative legate agli interessi dell'impresa».

La Corte rammenta (punto 31) che il diritto alle ferie «possiede una duplice finalità: da una parte, consente al lavoratore di *riposarsi* rispetto all'esecuzione dei compiti attribuitigli in forza del suo contratto di lavoro e, dall'altra, di beneficiare di un periodo di *distensione* e di *ricreazione*». Anzi, la Corte sottolinea che l'effetto positivo delle ferie sulla salute e sicurezza dei lavoratori si esplica pienamente se le ferie sono godute nell'anno di riferimento, ossia nell'anno in corso (punto 32).

Ciò nondimeno la Corte riconosce che le ferie possano essere godute in un momento successivo (punto 32). Osserva inoltre (punto 33) che il diritto alle ferie annuali retribuite acquisito da un lavoratore inabile al lavoro per diversi periodi di riferimento consecutivi può rispondere ai due elementi della sua finalità, esposti al precedente punto 31, solo ove il riporto non superi un certo limite temporale. Oltre tale limite, infatti, le ferie annuali sono prive del loro effetto positivo per il lavoratore quale momento di *riposo*, mantenendo solo la loro natura di periodo di *distensione* e di *ricreazione* (punto 33).

7.1. — In conclusione, la Corte afferma che un lavoratore inabile al lavoro per diversi anni consecutivi, cui sia impedito negli stessi anni dal diritto nazionale il godimento delle proprie ferie annuali retribuite, non può avere il diritto di cumulare senza limiti i diritti alle ferie annuali retribuite acquisiti durante tale periodo (punto 34). Perciò delle due l'una: in caso di malattia di lunga durata o le ferie sono godute durante la malattia oppure, se ciò non è consentito dal diritto nazionale, il lavoratore non può cumulare senza limiti il proprio diritto alle ferie.

8. — *Il frazionamento delle ferie e la durata del periodo di riporto* — Quanto al periodo di riporto oltre il quale il diritto alle ferie può estinguersi, la Corte riconosce innanzitutto che il diritto alle ferie costituisce un diritto sociale dell'Unione riconosciuto dall'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, cui l'art. 6, n. 1 del TUE riconosce il medesimo valore giuridico dei Trattati. Ciò ha per effetto che, in virtù del vincolo ai diritti fondamentali stabilito dall'art. 51, n. 1, della Carta, gli atti giuridici adottati dalle istituzioni dell'Unione nel settore dell'organizzazione dell'orario di lavoro devono ora essere valutati in base a detta disposizione. Gli Stati membri vi sono parimenti vincolati d'ora in avanti, laddove attuino il diritto dell'Unione (25).

In secondo luogo, bisogna tener conto delle *circostanze specifiche* in cui si trova il lavoratore inabile al lavoro durante i periodi di riferimento consecutivi (punto 38) in quanto ogni periodo di riporto deve garantire al lavoratore di poter disporre di periodi di riposo, che possano essere scaglionati, pianificati e disponibili in un più lungo termine. Per questa ragione, ogni periodo di riporto deve superare in modo significativo la durata del periodo di riferimento.

8.1. — Ma non basta. Secondo la Corte il periodo di riporto «deve anche tutelare il datore di lavoro dal rischio di un cumulo troppo rilevante di periodi di as-

---

(25) Vd. punto 72 delle conclusioni dell'Avv. Generale Trstenjak, nella causa C-282/10.

senza del lavoratore e dalle difficoltà che dette assenze potrebbero comportare per l'organizzazione del lavoro» (punto 39). In questa affermazione emergono le preoccupazioni legate al contemperamento tra il miglioramento delle condizioni di lavoro e il mantenimento di competitività del sistema. Si capisce, infatti, che un accumulo illimitato del periodo di ferie può avere delle ricadute economiche considerevoli non soltanto – come si dice nella sentenza – in relazione alla organizzazione del lavoro, quanto al diritto alla indennità sostitutiva per ferie non godute, riconosciuta dall'art. 7, par. 2, della direttiva. Questa soluzione di compromesso – sollecitata dalle conclusioni dell'Avv. Generale, che esamina gli argomenti a favore (26) e contro l'accumulo illimitato di diritti alle ferie e alla indennità sostitutiva per ferie non godute (27) – consente di dire che la direttiva non riconosce la concessione di un diritto alle ferie indeterminato e che è necessario armonizzare gli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro in considerazione degli scopi della direttiva.

8.2. — In questa prospettiva, l'accumulo illimitato del diritto alle ferie non risponde più alla *ratio* della norma. La Corte perciò ritiene legittimo che, una volta trascorso detto periodo di 15 mesi, «il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue» (punto 44). Per giungere a questa soluzione la Corte si avvale della Convenzione Oil n. 132/1970 richiamata nel Considerando 6 della Direttiva n. 2003/88, che consente un collegamento tra la normativa dell'Unione e quella dell'Oil (28). Detta Convenzione, all'art. 9, n. 1, dispone che le ferie annuali retribuite «devono essere accordate e godute entro il termine di 18 mesi al massimo, a partire dalla fine dell'anno in cui è maturato il diritto alle ferie». La norma è interpretata dalla Corte nel senso che il superamento del limite temporale massimo comporta la decadenza del diritto alle ferie perché la finalità del diritto alle ferie – allo scadere

---

(26) Avv. Generale è Verica Trstenjak, lo stesso delle cause C-350/06 e 520/06; C-277/08; C-155/10; C-282/10. A favore dell'accumulo depongono l'incertezza sulla durata della malattia tipicamente connessa a uno stato patologico (punto 51); la maturazione del diritto alle ferie durante la sospensione del rapporto di lavoro per malattia debitamente certificata (punto 53); inoltre, se si accetta il principio del cumulo illimitato alle ferie in caso di malattia di lunga durata, deve parimenti accettarsi il principio dell'accumulo illimitato del diritto all'indennità sostitutiva per le ferie annuali non godute (punto 54).

(27) Necessità di un utilizzo delle ferie vicino nel tempo (punto 57); assenza di un evidente effetto ricreativo a seguito della moltiplicazione o dell'accumulo del diritto alle ferie (punto 58); svantaggi per l'integrazione economica e sociale del lavoratore se questi dopo la malattia venisse sottratto nuovamente al lavoro per consentirgli il godimento delle ferie accumulate (punto 59); rischio di emarginazione (punto 69); rischio di essere licenziato soprattutto per le imprese minori che non riuscirebbero a sopportare l'onere finanziario derivante dall'accumulo (punto 61); rischio di oneri organizzativi per le piccole e medie imprese (punti 61-63); rischio di snaturamento della indennità sostitutiva (punti 66-69). Tutte queste considerazioni depongono per la soluzione negativa all'accumulo temporalmente illimitato alla indennità sostitutiva delle ferie (punto 70).

(28) La rilevanza della Convenzione Oil per l'interpretazione della direttiva è stata confermata dalla sentenza *Schultz-Hoff e a.* (punto 46).

del termine che essa prevede – non potrà più essere integralmente conseguita (punto 41) (29).

Se si adotta il termine indicato nell'art. 9 della Convenzione Oil n. 132, il lavoratore ha due anni e mezzo per utilizzare le sue ferie minime relative a un determinato anno. Tuttavia, considerato che – come abbiamo detto – il termine entro cui è possibile riportare il periodo di ferie non goduto all'anno successivo è oggetto delle modalità di realizzazione del diritto riservato alle norme e/o alle prassi nazionali, la Corte risponde al primo quesito – e con esso anche al secondo – ritenendo che un periodo di riporto pari a quindici mesi sia in grado di garantire la finalità del diritto alle ferie come risulta dall'art. 9, n. 1 della Convenzione citata, perché garantisce al lavoratore l'esercizio effettivo del diritto alle ferie annuali ai sensi della sentenza *Schultz-Hoff e a.* In altre parole, la Corte legittima il differimento delle ferie per un periodo di quindici mesi oltre l'anno di riferimento, qualora le circostanze specifiche in cui si trovi il lavoratore inabile al lavoro non gli consentano di usufruire delle ferie nel periodo di riferimento. Se abbiamo ben compreso, decorso anche il periodo di riferimento, il diritto alle ferie annuali si estingue non soltanto qualora la *cessazione* del rapporto di lavoro renda ormai impossibile il godimento tardivo delle ferie, ma anche qualora il lavoratore sia inabile al lavoro per un periodo più lungo del periodo di riporto (estinzione parziale).

8.3. — In questa decisione c'è tuttavia un «non detto»: la Corte non dice (pur essendo tenuta a farlo, considerato che il sig. Schulte chiede l'indennità sostitutiva delle ferie anche per l'anno 2006, in riferimento al quale il diritto alle ferie si reputa estinto per scadenza del periodo di riporto) se a seguito della estinzione del diritto alle ferie si estingue anche il diritto alla indennità sostitutiva delle ferie oppure no (30). La Corte stabilisce soltanto che il diritto alle ferie retribuite si estingue allo scadere del periodo di riporto di quindici mesi, ritenendo che detto termine sia idoneo ad assicurare gli scopi della direttiva. Ma è chiaro che la conclusione cui giunge la Corte potrebbe estendersi anche alla indennità sostitutiva delle ferie disciplinata dall'art. 7, par. 2, tanto più se si concorda sulla natura accessoria di tale disposizione rispetto al diritto primario alle ferie. A tale riguardo sono chiarissime le parole utilizzate dall'Avvocato Generale Trstenjak; questa ritiene che in tal caso, a titolo di diritto residuale, rimarrebbe soltanto il diritto alle ferie sorto *ex novo* nell'anno successivo (31).

9. — *Le ricadute nell'ordinamento interno* — Quale può essere la ricaduta di questa sentenza sul piano nazionale? È noto che nel nostro ordinamento il diritto alle fe-

---

(29) In senso analogo, vd. conclusioni dell'Avv. Gen., punto 78, e qui i rif. bibliografici.

(30) Più chiara è la conclusione dell'Avv. Gen. al punto n. 71: «Alla luce di tutte le susposte considerazioni, giungo alla conclusione che un accumulo temporalmente illimitato di diritti alle ferie ovvero all'indennità sostitutiva non è necessario in base al diritto dell'Unione per assicurare il conseguimento degli obiettivi dell'art. 7 della Direttiva n. 2003/88».

(31) Vd. conclusioni dell'Avv. Gen., punto 91.

rie è un diritto irrinunciabile di rango costituzionale (art. 36, comma 3) (32). Tuttavia, il rapporto tra godimento delle ferie e malattia resta problematico perché manca, nonostante la sollecitazione della Corte Costituzionale, una disciplina legislativa idonea a risolvere in modo definitivo il problema (33). Inoltre, le Sezioni Unite della Cassazione (34) hanno precisato che la malattia non produce un automatico effetto sospensivo, ma tale effetto deve ricollegarsi solo agli eventi morbosi incompatibili con la funzione propria delle ferie, restando a carico del datore, in caso di contestazione, l'onere di provare il carattere non sospensivo della malattia (35). Ne segue che la sospensione delle ferie si verifica soltanto in caso di malattia o infortunio debitamente certificati, che comportino la necessità per il lavoratore di sottoporsi ad accertamenti clinici o a terapie complesse (36).

È chiaro che l'infermità non deve superare la soglia stabilita dalla contrattazione collettiva per la conservazione del posto. Il diritto alle ferie si estingue con il superamento del periodo di comporto e con il pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie. Ma il lavoratore ha la facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie, maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto (37).

---

(32) Per tutti vd. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Miano, 2003, p. 425. In particolare vd. p. 432, dove l'Autore individua la *ratio* della norma costituzionale non soltanto nel semplice riposo, ma anche nell'assicurare al lavoratore «la possibilità di svolgere attività ricreative, turistiche, culturali, che richiedono normalmente la disponibilità di un congruo lasso di tempo libero e un'adeguata programmazione, soprattutto quando il lavoratore intenda svolgerle insieme ai propri familiari». L'apposizione di limiti esterni al potere datoriale sul tempo di non lavoro è successivamente approfondita da V. Bavaro, *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato. Critica sulla de-oggettivizzazione del tempo-lavoro*, Bari, 2008, p. 264.

(33) Corte Cost., 30 dicembre 1987, n. 616, in *Foro it.*, 1988, I, 1062, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 cod. civ. nella parte in cui non prevedeva la sospensione delle ferie in caso di insorgenza di una malattia. Detta sentenza è stata temperata da quella successiva del 19 giugno 1990, n. 297. Sul tema vd. L. Barboni, *La strana irrinunciabilità del diritto alle ferie nel diritto interno e nelle fonti internazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, p. 511.

(34) Vd. Cass., Ss.Uu., 23 febbraio 1998, n. 1947; per l'evoluzione giurisprudenziale sul tema vd. D. Zavalloni, *Ancora sulla conversione del periodo feriale a causa del sopravvenuto stato di malattia*, nota a Cass. 6 aprile, 2006, n. 8016, in *Lav. giur.*, 2006, p. 977.

(35) In tal senso v. anche Corte Cost. 297/1990, in q. *Riv.*, 1991, p. 21, che ha precisato che il principio dell'effetto sospensivo «non ha valore assoluto, ma tollera eccezioni, per l'individuazione delle quali occorre avere riguardo alla specificità degli stati morbosi». Le pronunce evidenziano l'esigenza di un adeguato bilanciamento degli interessi che muova dall'essenziale salvaguardia dei valori costituzionali in gioco. Nel caso delle cure idrotermali, la Corte riconosce che le caratteristiche della maggior parte delle affezioni per cui esse risultano appropriate e, soprattutto, le peculiari connotazioni modali delle relative terapie comportano che in diverse situazioni non si determina una compromissione della effettiva realizzazione delle finalità feriali.

(36) A. Fenoglio, *Le ferie: dalle recenti sentenze della Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione sulla disciplina italiana*, in *Arg. dir. lav.*, in part. p. 457, e qui note 29-32.

(37) In tali casi non sarebbe costituzionalmente corretto precludere il diritto alle ferie in ragione delle condizioni psico-fisiche inidonee al loro pieno godimento – non potendo operare, a causa della probabile perdita del posto di lavoro conseguente al superamento del comporto, il criterio della sospensione delle stesse e del loro spostamento al termine della malattia – perché si renderebbe così impossibile la effettiva fruizione delle ferie. Spetta poi al datore di lavoro, cui è generalmente riservato il diritto di scelta del tempo delle ferie, di dimostrare –

Quanto all'eventualità che a un lungo periodo di assenza per malattia, pur senza superamento del periodo di comporto, segua la richiesta di ferie da parte del lavoratore, essa è stata risolta nel senso dell'accogliibilità della richiesta (38), in base alla già ricordata necessità che il diritto alle ferie, irrinunciabile sia esercitato in condizioni di salute (39), o almeno in condizioni fisiche compatibili con la funzione di riposo e ricreazione sua propria (40). Ma anche su questo punto non vi sono certezze (41).

La disciplina delle ferie introdotta dall'art. 10 del d.lgs. n. 66/2003, che recepisce quasi pedissequamente l'art. 7 della Direttiva n. 2003/88, non aiuta a risolvere i problemi interpretativi sollevati dalla Corte di Giustizia: la norma italiana, infatti, non è idonea a stabilire né tetti massimi all'accumulo di ferie in ipotesi di malattia di lunga durata, né consente di fissare un limite alla conseguente indennità sostitutiva, né indica a quali condizioni è possibile riportare le ferie annuali in un periodo successivo. Sappiamo che dopo il correttivo del 2004, due delle quattro settimane di ferie prescritte dalla norma possono essere godute nei 18 mesi successivi al termine dell'anno di maturazione (42).

---

ove sia stato investito di tale richiesta – di aver tenuto conto, nell'assumere la relativa decisione, del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore a evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza del periodo di comporto: vd. Cass. 3 marzo 2009, n. 5078, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 3, p. 371, in *Dir. lav.*, 2009, 2, p. 502, con nota di E. Cafiero, *Sulla inesistenza di una incondizionata facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie*, Cass. 9 aprile 2003 n. 5521, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 738, con nota di R. D'Amore, *Il superamento del periodo o di comporto: problematiche e conseguenze*, Cass. 27 febbraio 2003, n. 3028, in *Riv. dir. lav.*, 2003, II, p. 805, con nota di Rossi, *Sulla possibilità per il lavoratore malato di ottenere la sospensione del decorso del termine di comporto, imputando il protrarsi dell'assenza a ferie maturate*.

(38) Vd. Cass. 5 aprile 1982, n. 2078: «Al lavoratore ammalato competono, nei limiti della durata del periodo di comporto, tutti i diritti connessi alla continuità del rapporto di lavoro, compreso quello, irrinunciabile, avente a oggetto il godimento di un periodo annuale di ferie retribuito, dalla cui mancata fruizione deriva la facoltà, per il lavoratore stesso, di esperire, nei confronti del datore di lavoro, un'azione avente a oggetto non già una indennità sostitutiva delle ferie – non essendo questa prevista, come è, invece, per il preavviso – bensì il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento, da parte del datore di lavoro, dell'obbligazione legale anzidetta con l'onere di provare la circostanza del mancato godimento delle ferie, incombando al datore di lavoro la prova dell'eventuale fatto estintivo di tale pretesa».

(39) Vd. anche Corte Cost. n. 616 del 1987, cit.

(40) Così in motivazione Cass., Ss.Uu., 12 novembre 2001, n. 14020, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, 3, p. 557, con nota di I. Senatori, e Cass., Ss.Uu., 23 febbraio 1998, n. 1947, cit.

(41) Per una efficace sintesi dei diversi orientamenti in materia di comporto, vd. R. Del Punta, *La sospensione della prestazione*, in A. Vallebona (a cura di), *Il contratto di lavoro*, Torino, 2009, p. 813.

(42) La legittimità della disposizione è assai discussa in dottrina, divisa tra chi sostiene la legittimità della stessa e chi invece ne ravvisa la conformità all'ordinamento comunitario soltanto se il rinvio non sia a-causale o peggio sistematico: vd. U. Carabelli, V. Leccese, *op. ult. cit.*, p. 36, R. Del Punta, *La nuova disciplina delle ferie*, *ivi*, p. 382; A. Occhino, *Sub art. 10*, in M. Napoli (a cura di), *L'orario di lavoro tra ordinamento interno e disciplina comunitaria*, in *Nuove leggi civ.*, 2004, p. 1369; G. Ricci, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in *WP Csdle «Massimo D'Antona»*.INT, n. 79/2010, che propone una lettura costituzionalmente evoluta dell'art. 10.

Tuttavia sul *come e quando* il periodo residuo di ferie possa essere riportato, l'art. 10, comma 2, riconosce un'ampia facoltà di deroga alla contrattazione collettiva. Con ciò la norma italiana si ricollega al caso *Kbs*, nel quale – come abbiamo visto – il riporto è disciplinato da una norma collettiva (contratto collettivo quadro unitario per l'industria metallurgica ed elettrotecnica della Renania Settentrionale-Vestfalia). Spetta quindi alla disciplina di dettaglio – cioè al legislatore e/o alla contrattazione collettiva – stabilire specificamente, sulla base degli anzidetti principi, i casi o i criteri in base ai quali l'effetto di sospensione delle ferie possa essere in concreto affermato o rinviato, nonché le modalità dei relativi controlli (43).

9.1. — Un simile rinvio può essere assolto molto bene dalla contrattazione collettiva aziendale alla quale l'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e – in modo più consistente – l'art. 8 della legge n. 148/2011 riconoscono un ampio potere derogatorio sia del contratto collettivo nazionale sia delle legge. Inoltre l'Accordo interconfederale riconosce adesso efficacia *erga omnes* al contratto aziendale stipulato, in via alternativa, dalla maggioranza delle Rsu elette secondo le regole interconfederali vigenti o dalle Rsa destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori dell'azienda nell'anno precedente a quello in cui avviene la stipulazione (salvo l'esito positivo dell'eventuale referendum) (44). Le disposizioni ora richiamate confermano l'amplissimo potere derogatorio attribuito dall'art. 17 del d.lgs. n. 66/2003 alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello, ampliandone la portata, considerato che il combinato disposto delle disposizioni sopra richiamate rende derogabili anche precetti legali che nel decreto del 2003 fissano il limite entro il quale la contrattazione collettiva può governare i tempi di lavoro e di non lavoro, con consistenti spazi di manovra in capo al datore di lavoro per ciò che riguarda nuove formule organizzative fino a oggi ritenute eccezionali, opportunamente contemperate con l'interesse del lavoratore (per es., la fruizione delle ferie annuali in archi temporali più estesi rispetto all'anno di riferimento) (45).

È chiaro che in questa materia il rinvio legale al potere derogatorio del contratto aziendale sancito dall'art. 10 – anche in senso peggiorativo – deve avvenire nel rispetto dei limiti derivanti dall'ordinamento costituzionale europeo e internazionale (v. art. 8, legge n. 148/2011). Di questo limite la sentenza in esame è una manifestazione.

Lucia Valente

*Docente di Diritto del lavoro della Scuola di specializzazione per le professioni legali presso la «Sapienza» Università di Roma*

---

(43) Corte Cost. n. 297/1990.

(44) La maggioranza dei votanti può, con il voto contrario, non ratificare il contratto aziendale, con ciò sostanzialmente annullandolo.

(45) Vd. Corte d'Appello di Firenze, 12 marzo 2010, in *q. Riv.*, 2011, p. 192, con nota di A. Grieco, *Finalità delle ferie e collocazione temporale: il rinvio oltre l'anno nell'interesse del lavoratore*.

CORTE DI GIUSTIZIA UE, 10 maggio 2011, causa C-147/08, Grande Sezione – Pres. Skouris, Est. Šváby – Römer c. Freie und Hansestadt Hamburg (Avv. Gen. Niilo Jääskineen).

**Discriminazioni – Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – Principi generali del diritto dell’Unione – Art. 157 TfUe – Direttiva n. 2000/78/Ce – Ambito di applicazione – Nozione di «retribuzione» – Esclusioni – Regime di previdenza professionale sotto forma di pensione complementare di vecchiaia per gli ex dipendenti di un ente locale e i loro superstiti – Metodo di calcolo di tale pensione che avvantaggia i beneficiari coniugati rispetto a quelli che vivono nell’ambito di un’unione civile registrata – Discriminazione fondata sulle tendenze sessuali.**

*È una discriminazione fondata sulle tendenze sessuali l’attribuzione di una pensione di anzianità versata al partner di un’unione civile registrata inferiore rispetto a quella concessa a una persona regolarmente sposata. Gli Stati membri sono liberi di scegliere la propria legislazione interna in materia di stato civile, ma sono tenuti a evitare che questa produca effetti contrari al diritto Ue. Se sul piano interno la situazione del partner di un’unione registrata è paragonabile, seppure non identica, a quella di una persona sposata gli Stati non possono prevedere una diversità di trattamento nel calcolo della pensione di anzianità. (1)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1) COPPIE OMOSESSUALI E PENSIONI COMPLEMENTARI DI VECCHIAIA:  
IL CASO RÖMER

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La natura retributiva della pensione complementare di vecchiaia. — 3. L’assimilabilità al matrimonio dell’unione solidale quale presupposto per il riconoscimento di una discriminazione diretta nei confronti dei lavoratori omosessuali. — 4. La travagliata questione degli effetti diretti delle direttive: da *Mangold* a *Römer*.

1. — *Introduzione* — Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia affronta il tema del trattamento giuridico delle unioni omosessuali e delle penalizzazioni subite dalle coppie formate da persone dello stesso sesso (1).

---

(1) Sulla Direttiva n. 2000/78 e sulla moltiplicazione dei «fattori di rischio» di rilevanza comunitaria realizzata dall’ex art. 13 TCe – ora art. 19 TfUe – si vd. D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Na-

La pronuncia è di particolare rilevanza perché, da un lato, rafforza una giurisprudenza in materia ancora poco consolidata, confermando le indicazioni fornite dalla Corte con la pronuncia *Maruko* (2) (che per la prima e unica volta aveva già interpretato il divieto comunitario di discriminazioni nel lavoro fondate sulle tendenze sessuali), dall'altro, si inserisce nell'impegnativo itinerario giurisprudenziale iniziato con la sentenza *Mangold* (3) in tema di effetto diretto delle direttive.

La pronuncia trae origine dalla controversia instaurata davanti ai giudici di Amburgo da un ex impiegato amministrativo che, in virtù dell'esistenza del contratto di unione solidale stipulato con il suo compagno nel 2001 (in seguito a un rapporto di stabile convivenza), ha chiesto di beneficiare dello stesso sistema di calcolo della pensione complementare di vecchiaia al quale hanno diritto gli impiegati coniugati e di ottenere, così, un trattamento economico analogo a quello riservato, dalla legislazione nazionale, ai pensionati che hanno contratto matrimonio. La controversia normativa del *Land* di Amburgo prevede un sistema di classificazione delle imposte in base al quale il calcolo delle pensioni complementari di vecchiaia è meno favorevole per le persone non sposate: in questo caso l'unione civile registrata non viene assimilata al matrimonio e ciò implica, in concreto, che una persona legata da un'unione solidale non possa beneficiare dello stesso livello di pensione cui hanno diritto i beneficiari coniugati. Il vantaggio economico a cui aspira il ricorrente nella causa principale viene riconosciuto sotto forma di *benefit* corrisposto unicamente al coniuge e l'esistenza di un valido matrimonio si pone quindi, nel caso di specie, quale requisito essenziale per la concessione del vantaggio stesso. Il signor Römer ha ritenuto che il criterio del «beneficiario coniugato e non stabilmente separato», previsto dal diritto tedesco, includesse i beneficiari che abbiano contratto una *registered partnership*; il giudice adito ha dunque sollecitato l'intervento della Corte di Giustizia, chiedendole di precisare se il divieto comunitario di discriminazione nel lavoro in base all'orientamento sessuale imponga al datore di lavoro di riconoscere il vantaggio economico tanto al coniuge quanto al convivente dello stesso sesso.

Attraverso le cinque questioni pregiudiziali formulate dai giudici remittenti la Corte è stata chiamata a chiarire tre problemi principali: anzitutto, quello sul ca-

---

poli, Jovene, 2005, pp. 373 ss. Con particolare riferimento alle discriminazioni in base all'orientamento sessuale vd. L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio, il quadro comunitario e nazionale*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 171 ss.

(2) Corte di Giustizia 1° aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*, in *Racc.*, 2008, pp. 1757 ss. La pronuncia ha a oggetto la possibilità del convivente di un lavoratore iscritto a un regime pensionistico professionale di ottenere, dopo il decesso del medesimo, la prestazione prevista dallo statuto dello specifico ente previdenziale a favore dei coniugi superstiti. Su tale sentenza si vd. il commento di D. Izzì, *La Direttiva n. 2000/78 tutela le aspettative previdenziali del partner omosessuale di un lavoratore deceduto?*, in *Lav. giur.*, 2008, pp. 1231 ss., nonché L. Calafà, *Unione solidale registrata fra persone omosessuali e pensione superstiti: il caso Tadao Maruko dinanzi alla Corte di Giustizia Ce*, in *q. Riv.*, 2009, II, pp. 248 ss.

(3) Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, in *Racc.*, 2005, p. I-9981.

rattere retributivo della pensione complementare di vecchiaia al centro della controversia e quindi sulla ricaduta della fattispecie all'interno del campo di applicazione della Direttiva n. 2000/78; in secondo luogo, quello sulla ricorrenza di una discriminazione in base all'orientamento sessuale del lavoratore, in contrasto con gli artt. 1 e 2 di tale direttiva, nella disciplina tedesca che riconosce solo ai beneficiari coniugati il diritto a un calcolo più favorevole della pensione di vecchiaia; infine, quello sugli effetti diretti orizzontali del principio generale di non discriminazione.

2. — *La natura retributiva della pensione complementare di vecchiaia* — In riferimento all'incidenza della Direttiva n. 2000/78 sulla situazione controversa dinanzi ai giudici remittenti, la Corte rileva che, nel sancire il divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale, la direttiva in esame, all'art. 3.3, esclude espressamente dal proprio campo d'applicazione i «pagamenti di qualsiasi genere, effettuati dai regimi statali o da regimi assimilabili, ivi inclusi i regimi statali di sicurezza sociale», e che il Considerando 13 sottrae all'applicazione della direttiva i «regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale le cui prestazioni non sono assimilate a una retribuzione, nell'accezione data a tale termine ai fini dell'applicazione dall'articolo 141 del Trattato Ce» (4). Per stabilire se il vantaggio dello scaglione tributario più favorevole ai fini della pensione di vecchiaia possa essere qualificato come «retribuzione», ai sensi dell'art. 157 TfUE, o rivesta invece un carattere meramente previdenziale, ai giudici di Lussemburgo è stato sufficiente rifarsi alla ricca giurisprudenza elaborata in sede di applicazione del principio di parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici alle prestazioni pensionistiche nazionali a partire dal noto precedente *Barber* (5), con cui la Corte ha per la prima volta escluso la natura previdenziale delle prestazioni erogate da fondi pensionistici complementari, integrativi o sostitutivi della previdenza pubblica obbligatoria, riconoscendo loro carattere retributivo.

Nel formulare la risposta a tale questione pregiudiziale, i giudici di Lussemburgo hanno statuito, richiamando espressamente il precedente *Maruko* e aderendo alle conclusioni dell'Avvocato Generale Niilo Jääskinen, che una pensione complementare di vecchiaia versata da un ente pubblico non è sottratta alla sfera di applicazione della Direttiva n. 2000/78: la stessa costituisce, infatti, una «retribu-

---

(4) L'art. 157 TfUE (già articolo 141 TCe e, in origine, art. 119 TCe) chiarisce che «per retribuzione si intende [...] il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo».

(5) Corte di Giustizia 17 maggio 1990, causa 262/88, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in *Rac.*, 1990, pp. 1889 ss. Nell'ambito dell'ampia letteratura sul tema si veda, in particolare, D. Izzi, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario*, in M. Bessone e F. Carinci (a cura di), *La previdenza complementare*, tomo IV del Commentario *Il diritto del lavoro* diretto da F. Carinci, Torino, Utet, 2004, pp. 63-83, nonché, più recentemente, O. Bonardi, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare diritto antidiscriminatorio in Europa*, in *WP Csdle* «Massimo D'Antona», INT, n. 83/2010.

zione» ai sensi dell'art. 157 TfUe (6), essendo essa collegata al rapporto di lavoro intercorso tra il ricorrente e il suo datore di lavoro pubblico e costituendo per il lavoratore un vantaggio derivante dalla sua attività lavorativa, benché essa sia corrisposta dopo la cessazione del rapporto di lavoro. Per stabilire se una pensione sia qualificabile come retribuzione, l'unico criterio che può essere determinante è quello dell'impiego, desunto dall'art. 141 TCe – ora art. 157 TfUe – e relativo alla constatazione che la pensione di vecchiaia è corrisposta al lavoratore in ragione del rapporto di lavoro che lo lega al suo ex datore di lavoro. La natura retributiva della prestazione previdenziale è da ritenersi prevalente quando essa riguardi solo una categoria di lavoratori, quando è direttamente proporzionale agli anni di servizio effettuati e se il suo importo è calcolato in base all'ultima retribuzione del dipendente (7): tali criteri che caratterizzano il rapporto di lavoro risultano soddisfatti nel caso di specie. Anche per quanto riguarda il Considerando 22 della Direttiva n. 2000/78, la Corte, confermando le considerazioni espresse nella pronuncia *Maruko*, afferma che gli Stati membri, nell'esercizio della loro competenza in materia di stato civile e prestazioni a esso connesse, devono rispettare il diritto comunitario e in particolare il principio di non discriminazione.

3. — *L'assimilabilità al matrimonio dell'unione solidale quale presupposto per il riconoscimento di una discriminazione diretta nei confronti dei lavoratori omosessuali* — La Corte, una volta accertata la ricaduta della fattispecie controversa nell'ambito applicativo della Direttiva n. 2000/78, verifica l'esistenza di una discriminazione in base all'orientamento sessuale. La verifica è conclusa in senso affermativo dalla Corte, che lascia ampia discrezionalità ai giudici remittenti (8).

Quando un vantaggio è riconosciuto al pensionato sposato ma non al pensionato che abbia contratto una *registered partnership*, per la Corte ricorre discriminazione diretta fondata sull'orientamento sessuale a condizione che l'istituto del matrimonio sia specificamente riservato alle persone eterosessuali e che sia riscontrato il presupposto dell'analogia di situazione tra i coniugi e i membri di una unione solidale registrata. Tali presupposti, tuttavia, potranno molto difficilmente essere negati dal Tribunale di Amburgo, alla luce della inaccessibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso e dell'assimilazione progressivamente intervenuta in Germania tra l'unione solidale e quella matrimoniale.

La legge tedesca 16 febbraio 2001, introduttiva dell'unione solidale registrata, non ha sancito la completa parificazione delle coppie sposate alle coppie che hanno contratto un'unione solidale registrata. Essa ha tuttavia già creato a carico dei

---

(6) Sulla nozione di «retribuzione» ai fini dell'art. 157 TfUe, cfr. M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Cedam, 2009, pp. 274-276 e 315-320. Vd. D. Izzi, *I fondi pensione e il principio di parità di trattamento nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 63, e O. Bonardi, *Da cavallo di Troia a leva di Archimede. Previdenza complementare e diritto antidiscriminatorio in Europa*, cit., p. 29.

(7) Vedi punti 56 ss. delle conclusioni dell'Avvocato Generale.

(8) In particolare i punti 67-73 della sentenza in commento (ove la Corte richiama espressamente i punti 41 ss. della pronuncia *Maruko*, cit.).

soggetti ora indicati obblighi del tutto analoghi sul piano economico. Oggi, a seguito dei più recenti interventi del legislatore tedesco, non esistono più discrepanze giuridiche di rilievo tra il matrimonio e l'unione solidale: il matrimonio presuppone che i coniugi siano di sesso diverso, mentre l'unione solidale registrata implica il medesimo sesso dei partner. Lo stesso giudice *a quo* formula queste considerazioni nell'ordinanza di rinvio precisando che la legge 15 dicembre 2004, di revisione delle unioni civili, entrata in vigore il 1° gennaio 2005, ha «ulteriormente ravvicinato lo status di partner di unione solidale registrata a quello di coniuge». Come rilevato dall'Avvocato Generale (9), la pensione del signor Römer sarebbe stata di importo superiore, a seguito del previsto ricalcolo, se nell'ottobre 2001 egli avesse contratto un matrimonio con una donna anziché un'unione solidale registrata con un uomo: non rilevando, ai fini del preteso trattamento più favorevole, né il reddito del compagno né l'esistenza di figli (10). Una normativa sfavorevole in generale nei confronti delle coppie non sposate risulta così sfavorevole, in particolare, per le coppie omosessuali che abbiano contratto unione solidale. La disparità di trattamento rilevata si fonda quindi su un criterio espressamente vietato dalla Direttiva n. 2000/78: l'orientamento sessuale.

4. — *La travagliata questione degli effetti diretti delle direttive: da Mangold a Römer* — La Corte, infine, si è pronunciata sulla delicata questione dell'efficacia delle direttive nei rapporti tra privati (11). Con la celebre sentenza *Mangold* (12), che ha avviato il percorso argomentativo della giurisprudenza europea in materia di effetti diretti orizzontali del principio di non discriminazione in base all'età, la Corte di Giustizia si è pronunciata sulla conformità al diritto comunitario della legge federale tedesca che prevedeva la possibilità per i datori di lavoro di assumere lavoratori di età superiore ai 52 anni con contratti di lavoro a termine rinnovabili per un numero infinito di volte al fine di facilitare l'inserimento professionale dei lavoratori di età avanzata.

Per decidere se questa disparità di trattamento costituisse una discriminazione in ragione dell'età era necessario verificare che tale normativa rientrasse nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (e, dunque, che la Corte stessa fosse competente a decidere). La questione si poneva in relazione alla circostanza che il caso era precedente al termine previsto per il recepimento della Direttiva n.

---

(9) Vd. punti 99 ss. delle sue conclusioni.

(10) In questo senso appare del tutto irrilevante la deduzione, fatta dall'ente di previdenza per escludere la portata discriminatoria della disciplina in questione, dell'esistenza di un vincolo costituzionale tedesco che impone di «porre sotto la particolare tutela dello Stato» il matrimonio e la famiglia.

(11) Per l'illustrazione delle tappe giurisprudenziali attraverso cui la Corte ha sviluppato e consolidato le teorie in materia di effetti indiretti e diretti verticali delle direttive (tappe richiamate dalla Corte di Giustizia stessa nella sentenza *Römer*) con particolare riferimento al principio di non discriminazione in base all'età vd. M.V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 141 ss. Sul rapporto tra diritto comunitario e diritti nazionali si vd. M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *WP C.s.lle «Massimo D'Antona» INT*, n. 14/2004.

(12) Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, cit.

2000/78 e che risultava quindi problematico ricostruire il punto di collegamento con l'ordinamento comunitario necessario affinché la Corte potesse statuire. I giudici di Lussemburgo hanno superato l'ostacolo da due punti di vista. Oltre a individuare nella Direttiva n. 1999/70 sul lavoro a termine il nesso della disposizione tedesca con il diritto comunitario, hanno definito il principio di non discriminazione in base all'età «principio generale del diritto comunitario», con la conseguente affermazione dell'effetto diretto orizzontale di tale principio: il che significa che la normativa nazionale con esso contrastante deve essere disapplicata dal giudice remittente a prescindere dall'avvenuta scadenza del termine per la trasposizione della direttiva antidiscriminatoria.

Due sentenze successive hanno inteso arginare l'equivoco prodotto dalla pronuncia *Mangold*, legato in particolare al potenziale radicamento all'art. 13 TCe di misure contro le discriminazioni fondate su fattori non legislativamente predefiniti (13).

Con la sentenza resa nel caso *Bartsch* (14), relativa a fatti precedenti la scadenza del termine di recepimento, la Corte, senza negare l'esistenza di un principio generale di non discriminazione, ha compiuto un prudente passo indietro affermando che «il diritto comunitario non contiene un divieto di qualsiasi discriminazione fondata sull'età di cui i giudici degli Stati membri devono garantire l'applicazione allorché il comportamento eventualmente discriminatorio non presenta alcun nesso con il diritto comunitario», ed escludendo così che gli Stati membri siano obbligati a rispettare il principio generale di non discriminazione al di fuori della sfera di applicazione dell'ordinamento comunitario: se la disposizione oggetto del ricorso pregiudiziale non è una misura di attuazione del diritto comunitario, come nel caso di specie, essa non rientra nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione europea. La mancanza del nesso necessario tra la specifica vicenda controversa e il diritto dell'Unione determina il diverso esito della pronuncia *Bartsch* rispetto al precedente *Mangold*.

La seconda tappa è segnata nel gennaio 2010, quando la Germania aveva ormai recepito la Direttiva n. 2000/78, dalla sentenza *Kücükdeveci*, ancora una volta relativa al carattere discriminatorio in ragione dell'età di una disciplina tedesca, questa volta in materia di licenziamenti, contestata da una dipendente di una società privata. La Corte di Giustizia, affermando che l'esistenza di una eventuale discriminazione fondata sull'età deve essere valutata sulla base del diritto primario dell'Unione, nega che sia la direttiva a rendere applicabile il principio e attribuisce quindi al principio generale natura immediatamente precettiva. Il corretto termine di riferimento viene individuato appunto nel principio generale di non discrimina-

---

(13) Attraverso un'interpretazione largheggiante dell'art. 13 TCe, i divieti di discriminazione contenuti in tale norma avrebbero potuto essere utilizzati al fine di correggere le scelte compiute dagli Stati membri nell'esercizio delle competenze di cui dispongono. Sull'effetto dirompente della sentenza *Mangold* e sui dibattiti da essa innescati si vd. D. Izzi, pp. 125 ss., in questo fascicolo della *Rivista*.

(14) Corte di Giustizia 23 settembre 2008, causa C-555/07, *Birgit Bartsch c. Bosch und Siemens Hausgeräte (Bsh) Altersfürsorge GmbH*, in *Racc.*, 2008, p. I-7245.

zione in base all'età, così come *specificato* dalla Direttiva n. 2000/78 e non nella direttiva stessa; conseguentemente la Corte attribuisce al giudice nazionale, nell'ipotesi in cui sia messo in discussione il principio di non discriminazione in ragione dell'età, il compito di disapplicare il diritto interno e assicurare così la tutela che il diritto dell'Unione attribuisce ai soggetti dell'ordinamento (15).

La sentenza *Römer* si inserisce in questo contesto argomentativo confermando, e dunque consolidando, il precedente *Kücükdeveci* (più volte citato dalla Corte per risolvere la specifica questione pregiudiziale) e attribuendo rilevanza al momento nel quale diventa applicabile la direttiva antidiscriminatoria. Prudentemente i giudici di Lussemburgo affermano la possibilità di rivendicare il diritto alla parità di trattamento da parte di un singolo solo una volta decorso il termine di trasposizione della Direttiva n. 2000/78 (ossia, in Germania, a partire dal 3 dicembre 2003), poiché solo da quel momento la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione; essi inoltre ribadiscono che «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le norme di diritto dell'Unione ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi contraria disposizione della legislazione nazionale, anche posteriore». Non essendo la Direttiva n. 2000/78 stata traspunta nell'ordinamento tedesco entro il termine previsto, il divieto di discriminazioni in base all'orientamento sessuale ivi stabilito potrebbe essere considerato direttamente applicabile all'ente pubblico locale alle cui dipendenze lavorava il signor *Römer*; tuttavia, non costituendo la disposizione contestata un provvedimento di attuazione della direttiva, il diritto alla parità di trattamento potrebbe essere rivendicato da un singolo solo successivamente alla scadenza del termine di trasposizione della direttiva stessa. Dando rilevanza al momento nel quale la direttiva diventa applicabile, la Corte prende le distanze dalle conclusioni dell'Avvocato Generale, che aveva invece riconosciuto, anche con riferimento al periodo precedente al termine per il recepimento della Direttiva n. 2000/78, l'obbligo del giudice nazionale di disapplicare la disposizione interna contrastante con il principio generale di non discriminazione in base all'orientamento sessuale, e la conseguente possibilità del partner di un'unione civile registrata di rivendicare una pensione complementare di vecchiaia di importo equivalente a quella concessa a un lavoratore coniugato (16).

Francesca Romana Guarnieri

*Dottore in Giurisprudenza presso l'Università di Torino*

---

(15) Corte di Giustizia 19 gennaio 2010, causa C-555/07; per uno dei numerosi commenti alla sentenza *Kücükdeveci* e per una sintetica analisi della giurisprudenza elaborata in tema di efficacia delle direttive nei rapporti tra privati si v. G. Di Federico, *La sentenza Küçükdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, in *q. Riv.*, 2010, pp. 1002 ss.

(16) Sulla pronuncia *Römer* si v. E. Howard, *An opportunity missed? Comment on Römer*, in *Eur. law rev.*, 2011, pp. 589 ss., che qualifica il caso *Römer* come un'opportunità mancata per la Corte di Giustizia di sviluppare il percorso compiuto con la pronuncia *Kücükdeveci* e di affermare l'efficacia diretta orizzontale della Direttiva n. 2000/78 come specifica espressione del generale principio di non discriminazione.

CASSAZIONE, 29 novembre 2011, n. 25270, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Meliadò, P.M. Finocchi Ghersi (conf.) – Fiat Partecipazioni Spa, Fiat Group Automobiles Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Donamico, Dirutigliano) c. B.R. (avv.ti Bin e Cossu).  
Conf. Corte d'Appello Torino 11 luglio 2007.

**Gruppo d'impresa – Società capogruppo – Ingerenza nella gestione dei rapporti di lavoro con le società del gruppo – Imputazione del rapporto alla capogruppo – Configurabilità – Fondamento.**

*In presenza di un gruppo di società, la concreta ingerenza della società capogruppo nella gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle società controllate, ove ecceda il ruolo di direzione e coordinamento generale alla stessa spettante sul complesso delle attività delle suddette società, determina l'assunzione in capo alla medesima società capogruppo della qualità di datore di lavoro, in quanto soggetto effettivamente utilizzatore della prestazione e titolare dell'organizzazione produttiva nella quale l'attività lavorativa è inserita con carattere di subordinazione. (1)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1) GRUPPI IMPRENDITORIALI E CODATORIALITÀ

SOMMARIO: 1. Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali tra realtà economica e vecchi pregiudizi. — 2. La sentenza della Corte. — 3. L'esercizio al plurale dell'attività di impresa. — 4. La codatorialità. — 5. Altre tecniche di tutela.

1. — *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali tra realtà economica e vecchi pregiudizi*  
— La problematica del rapporto di lavoro nei gruppi societari pone, da sempre, la questione di chi è, in queste forme di organizzazione di impresa, il «vero» datore di lavoro cui imputare il contratto di lavoro formalmente sottoscritto da una società collegata.

Per dare risoluzione al quesito, si muove le mosse dalla premessa di ritenere esistente un vincolo di sistema che impone di ritenere che il rapporto di lavoro è imputabile esclusivamente a un solo datore di lavoro e non alla pluralità di imprenditori che compongono il gruppo (1).

I gruppi societari, cioè, seppur ritenuti rilevanti dal punto di vista economico, non lo possono essere dal punto di vista del diritto del lavoro, a meno che mediante lo schermo societario non si celi una strategia di deresponsabilizzazione dell'imprenditore e che, dunque, attraverso i gruppi si intenda aggirare il divieto di

---

(1) V. Pinto, *I gruppi imprenditoriali tra diritto dell'Unione europea e diritto nazionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 890 ss.

interposizione di manodopera. In caso contrario, è necessario tenere «sempre ferma l'imputazione dei rapporti di lavoro subordinato in capo al datore di lavoro che li ha instaurati» (2). La giurisprudenza assolutamente prevalente è sempre stata, a parte alcune eccezioni, di tale orientamento (3).

Questa premessa spiega perché gli orientamenti che si sono formati sul tema sono sostanzialmente due. Da un lato, v'è chi «annulla» la pluralità imprenditoriale tipica dei gruppi societari alla ricerca di colui che utilizza direttamente le prestazioni lavorative (4) e, dall'altro, in ragione della premessa che la pluralità societaria non possa essere ridotta a unità, v'è chi ha ritenuto che alcune vicende tipiche dello svolgimento del rapporto di lavoro nei gruppi imprenditoriali possano essere risolte mediante l'applicazione degli istituti di diritto civile (5).

A ben vedere, entrambe le impostazioni, riduzionistiche ovvero pluralistiche (6) che dir si voglia, muovono da un «pregiudizio» o da una «precomprensione»: l'impossibilità di imputare il rapporto di lavoro a più di un soggetto e la necessità di far coincidere la figura del datore di lavoro con chi utilizza direttamente la prestazione lavorativa (7).

---

(2) V. Pinto, *op. cit.*, 2011, p. 902.

(3) Cass., Sez. lav., 2 luglio 1981, nn. 4312, 4313, 4314; Cass., Sez. lav., 14 gennaio 1986, n. 167; Cass., Sez. lav., 14 luglio 1993, n. 7796, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, con nota di L. Nogler; Cass., Sez. lav., 24 marzo 2003, n. 4274; Cass., Sez. lav., 23 marzo 2004, n. 5808; Cass., Sez. lav., 14 novembre 2005, n. 22927; Cass., Sez. lav., 15 maggio 2006, n. 11107. I principi espressi dalla Cassazione sono applicati in modo uniforme anche dalla giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Milano 7 giugno 2001, in *Orient. giur. lav.*, I, p. 677; Trib. Ravenna 12 giugno 2006, in *Guida lav.*, 2006; Corte d'App. Milano 21 giugno 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 3, p. 553, con nota di O. Razzolini; Trib. Milano 28 giugno 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 3, p. 564; Trib. Milano 16 ottobre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2006, 4, p. 830; Corte d'App. Milano, 19 ottobre 2006, in *Lav. giur.*, 2007, 7, p. 738; Trib. Torino 30 aprile 2008, in *Giur. piemontese*, 2008, 2, p. 283 V., più diffusamente, V. Pinto, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, Bari, Cacucci, 2005.

(4) G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regola di trasparenza*, Milano, FrancoAngeli, 1995.

(5) A. Vallebona, voce *Società. Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. giur.*, 1993. In particolare O. Mazzotta, *Lavoro nei gruppi di imprese*, in P. Lambertucci (a cura di), *Diritto del lavoro. Dizionari di diritto privato promossi da N. Irti*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 374 ss., e V. Pinto, *op. cit.*, 2005.

(6) V. Pinto, *Gruppi di società*, in M. Pedrazzoli (a cura di), *Lessico giuslavoristico*, Bologna, Bononia University press, 2010, pp. 67 ss.

(7) Secondo F. Galgano, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Giuffrè, Milano, p. 30, entrambe tali impostazioni traggono «origine da un medesimo limite concettuale, il quale impedi[sce] loro di concepire come una medesima impresa possa essere scomposta nelle sue diverse funzioni e possa essere esercitata da una pluralità di imprenditori, ciascuno dei quali opera in una separata funzione imprenditoriale». In sostanza, entrambe le posizioni descritte «postulano l'esistenza di un rapporto necessariamente univoco fra impresa e imprenditore, secondo il geometrico assioma per il quale a ogni impresa debba necessariamente corrispondere un imprenditore, e uno soltanto». In maniera condivisibile, O. Mazzotta, *op. cit.*, 2010, p. 376, riconosce come «da realtà economica è notoriamente caratterizzata da tecniche di integrazione dei rapporti tra imprese che non sempre corrispondono a forme illecite o fraudolente di organizzazione dei fattori della produzione». V., tuttavia, anche C. Cester, G. Mattarolo, *Diligenza e obbedienza del*

Queste posizioni, tuttavia, non attribuiscono rilevanza, dal punto di vista dell'imputazione del rapporto di lavoro, al fatto che attraverso i gruppi societari è possibile, a determinate condizioni, ritenere che una medesima attività economica organizzata e, dunque, una impresa unitaria possa essere svolta da una pluralità di società che mantengono ognuna la propria autonomia giuridica ed economica (8). In questi contesti, infatti, ogni singolo imprenditore rappresenta un anello di quella «catena del valore» (9) che le imprese devono realizzare per essere competitive sul mercato o sui mercati di riferimento (10). A differenza dell'impresa atomistica, dunque, nel caso dei gruppi imprenditoriali sono compresenti soggetti imprenditoriali che svolgono ciascuno un segmento della più complessa organizzazione produttiva, al cui vertice si colloca la capogruppo, che consente il governo unitario dell'aggregato imprenditoriale. In realtà, è possibile che un gruppo imprenditoriale sia caratterizzato dalla pariteticità dei poteri delle singole imprese. In questo caso, le decisioni circa l'organizzazione produttiva del gruppo nel suo complesso vengono condivise dagli amministratori di ciascuna società o impresa. Anche in presenza di un gruppo paritetico, quindi, si è in presenza di un'impresa unitaria, esercitata collettivamente da una molteplicità di soggetti imprenditoriali.

Ebbene: dal punto di vista lavoristico, tale situazione viene considerata un fenomeno da reprimere o perché espressione della violazione del divieto di interposizione ovvero perché espressione di elusione di norme imperative (11).

Dal punto di vista normativo, tuttavia, le disposizioni dettate in materia di attività di direzione e coordinamento di società, contenute negli artt. 2497 ss. cod. civ., non soltanto rappresentano il riconoscimento legislativo della realtà prima descritta (12), ma sanciscono la liceità della direzione unitaria della capogruppo e la rilevanza giuridica di un interesse di gruppo, distinto e ulteriore a quello delle singole imprese, che, infatti, potrebbero veder pregiudicato, nei limiti della teoria dei vantaggi compensativi, il proprio singolo interesse sociale a vantaggio di quello del gruppo nel suo complesso.

A ben vedere, dunque, il diritto del lavoro si è occupato di reprimere le dinamiche patologiche dei gruppi imprenditoriali, e, dunque, le ipotesi dei gruppi fittizi ovvero fraudolenti (13), ma non ha indagato fino in fondo le implicazioni che la

---

*prestatore di lavoro. Art. 2104*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, 2007, p. 514, e O. Mazzotta, *op. cit.*, 2010, p. 374.

(8) Sull'argomento mi sia consentito rinviare a E. Raimondi, *Il datore di lavoro nei gruppi imprenditoriali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, pp. 287 ss. Tesi che, notoriamente, è stata sostenuta da F. Galgano, *op. cit.*, 2005.

(9) M.E. Porter, *Il vantaggio competitivo*, Torino, Einaudi, 1985.

(10) J.B. Barney, *Risorse, competenze, vantaggi competitivi. Manuale di strategia aziendale*, Roma, Carocci, 2007.

(11) Quest'ultima posizione, sostenuta dalla dottrina (V. Pinto, *I gruppi societari nel sistema giuridico del lavoro*, cit.), è stata di recente sostenuta dalla stessa Corte di Cassazione con la sentenza 21 settembre 2010, n. 19931, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2011, con nota di S. Brun.

(12) I gruppi, infatti, sono «una realtà trovata dal diritto», secondo una felice espressione di F. Galgano, *op. cit.*, 2005, p. 1.

(13) V. Pinto, *op. cit.*, 2005.

direzione unitaria può avere sul contratto individuale nel contesto dei gruppi imprenditoriali cd. genuini (14).

Si è, allora, in presenza di un paradosso: ciò che viene considerato perfettamente lecito dal diritto commerciale e societario è valutato irrilevante dal punto di vista lavoristico o, al limite, un fenomeno fraudolento da sanzionare, perché in violazione del divieto di interposizione.

2. — *La sentenza della Corte* — Con la sentenza in esame, la Corte di Cassazione sembra impostare la tematica su basi nuove e più coerenti con le disposizioni normative sopra richiamate.

Il caso sottoposto alla cognizione della Corte è quello di un direttore generale assunto da una società controllata con sede all'estero e che ha ottenuto dai giudici di merito l'accertamento che, in realtà, il rapporto di lavoro deve essere imputato alla capogruppo. Tale conclusione è stata motivata da alcune circostanze. In particolare, nel giudizio di merito, è stato provato che la determinazione della retribuzione e l'inquadramento professionale erano stati effettuati dalla capogruppo e non dalla società che aveva sottoscritto il contratto. Il dirigente, inoltre, era stato incaricato dalla *holding* di svolgere attività differenti rispetto a quelle esercitate dalla società controllata. Tutti questi elementi di fatto non sono stati ritenuti dalla Cassazione come espressione di una ingerenza connaturata all'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della capogruppo, così come era stato eccepito dalla difesa della società.

Nel confermare la decisione del giudice di merito, la Corte ha dovuto necessariamente tenere conto delle disposizioni in materia di direzione e coordinamento di società, e ciò le ha consentito di distinguere tra la fisiologia e la patologia del fenomeno dell'impresa a struttura complessa. Nel compiere questa operazione, dunque, la Cassazione ha correttamente affermato che, «in presenza di gruppi genuini, ma fortemente integrati», l'ingerenza della capogruppo può «determinare la destinazione della prestazione di lavoro al complesso delle società operative, secondo le note forme della prestazione cumulativa o alternativa; oppure riguardare solo la determinazione generale degli obiettivi strategici delle singole società operative, anche per ciò che riguarda le politiche del personale, ma senza alcuna incidenza sulla concreta gestione del personale e sulla destinazione della prestazione alla società che assume la veste di datore di lavoro».

La sentenza segna alcuni punti di discontinuità con l'orientamento prevalente in materia di gruppi societari. In questa occasione, infatti, la Corte riconosce che il collegamento societario, qualora assuma le forme previste dall'art. 2497 cod. civ., può, a determinate condizioni, incidere sul rapporto di lavoro instaurato con una delle imprese controllate al punto tale da configurare una situazione di codatorialità.

Non è un caso che essa richiami una propria precedente pronuncia, resa in un periodo precedente all'introduzione delle disposizioni appena ricordate. Già con

---

(14) Per mutuare un'efficace espressione di V. Pinto, *op. cit.*, 2005, e O. Mazzotta, *op. cit.*, 2010.

la sentenza del 24 marzo 2003, n. 4274, infatti, la Corte di Cassazione aveva espresso il principio secondo cui «la disciplina legislativa inerente all'attività di società tra loro collegate, desumibili dal codice civile e dalla legislazione speciale, non consente di attribuire all'attività di gruppo, di per sé, “un valore giuridicamente unificante”, sicché dall'unitarietà economica del gruppo non può trarsi alcuna conseguenza per quanto attiene ai diritti e agli obblighi attinenti alla risoluzione del rapporto di lavoro» (15), tranne il caso in cui, come si è visto, si sia in presenza di un gruppo fittizio. La Corte, tuttavia, ha sostenuto che, «in presenza di determinate circostanze, è giuridicamente possibile concepire una impresa unitaria che alimenta varie attività formalmente affidate a soggetti diversi, il che, tra l'altro, non comporta sempre la necessità di superare lo schermo della persona giuridica, né di negare la pluralità di quei soggetti, ben potendo esistere un rapporto di lavoro che vede nella posizione del lavoratore un'unica persona e nella posizione di datore di lavoro più persone rendendo così solidale l'obbligazione del datore di lavoro». Questa condivisibile conclusione è stata argomentata in ragione della constatata «evoluzione della normativa lavoristica, influenzata anche dall'ordinamento comunitario, quest'ultimo particolarmente attento sia ai fenomeni di gruppo e del collegamento societario, sia all'effettività delle tutele». A sostegno di questa tesi, la Cassazione ha fatto riferimento alle direttive in materia di informazione e consultazione dei lavoratori e, in considerazioni delle disposizioni esistenti, è arrivata a ritenere che l'ordinamento «non smentisce certo l'orientamento tradizionale che fondatamente richiede la prova del carattere simulatorio della pluralità delle società per affermare la unicità sostanziale, a certi fini, ma ne costituisce uno sviluppo ulteriore, precisando come determinate circostanze possono costituire appropriati indici rilevatori della mera apparenza di quella pluralità, a fronte di una unica sottostante organizzazione di impresa, intesa come unico centro decisionale». Così come è stato detto a proposito della decisione del 2003, anche la sentenza in esame ha il merito «di avere compreso che può esserci, come c'è nei gruppi di società, una impresa unitaria senza esservi un soggetto altrettanto unitario cui imputarla» e «di avere identificato il fattore unificante l'attività che la *holding* esercita sulle società controllate e, per il tramite di queste, sui loro dipendenti, in altre parole, in quella influenza dominante della prima sulle altre che il controllo fa presumere» (16).

Essa, inoltre, descrive quali sono i confini della direzione unitaria, superati i quali la capogruppo deve essere considerata «soggetto effettivamente utilizzatore

---

(15) Posizione, questa, che, come si è visto, ha numerosi precedenti. In tal senso, tra le tante, vedi Cass. 3 aprile 1990, n. 2831; Cass. 9 novembre 1992, n. 10053; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, tutte riportate nella sentenza in commento. Si segnala, inoltre, la sentenza resa dal Pretore di Modena: «Alla *holding* compete il beneficio della fiscalizzazione degli oneri sociali se questo è pacificamente riconosciuto alle società controllate, in quanto deve ritenersi che essa svolga in via mediata e indiretta la stessa attività imprenditoriale che svolgono le società controllate».

(16) F. Galgano, *op. cit.*, 2005, p. 195.

della prestazione e titolare dell'organizzazione produttiva nella quale l'attività lavorativa si è inserita con carattere di subordinazione». In sostanza, l'attività di direzione e coordinamento, che «può evolversi in forme molteplici», può essere tale da annullare l'autonomia delle singole società operative e, in tale ipotesi, l'uso «opportunistico» della struttura di gruppo dovrà essere sanzionata con l'imputazione del rapporto di lavoro alla capogruppo. Se, invece, la direzione unitaria si traduce in un «rilevante, ma fisiologico, livello di integrazione», si dovrà verificare in quali forme l'ingerenza della capogruppo incida sui rapporti di lavoro e se si configuri o meno una violazione del divieto di interposizione, ritenuto, in modo condivisibile, un principio non scalfito dalle riforme introdotte con il d.lgs. n. 276 del 2003 (17) e desumibile anche dal diritto europeo. In proposito, tuttavia, la Corte di Giustizia, ai fini dell'applicazione della normativa sul trasferimento d'azienda, è pervenuta alla conclusione che «la posizione del datore di lavoro contrattuale, che non è tuttavia responsabile dell'attività economica dell'entità economica trasferita, non è, ai fini della determinazione della persona del cedente, atta a prevalere sistematicamente sulla posizione del datore di lavoro non contrattuale che sia responsabile di detta attività», e che, soprattutto, all'interno di un gruppo di società possono coesistere due datori di lavoro: «uno avente rapporti contrattuali con i lavoratori di detto gruppo e l'altro avente rapporti non contrattuali connessi» (18).

Sembra, dunque, di poter affermare che dal diritto europeo non derivi alcuna necessaria identificazione tra «datore di lavoro» e titolare del rapporto, ma che, in realtà, è perfettamente compatibile con l'ordinamento europeo la possibilità di individuare tale figura in soggetti estranei al formale rapporto obbligatorio.

La Corte, tuttavia, non approfondisce tale aspetto. In sostanza, essa non dice espressamente se sia possibile ritenere che, al di là dell'ipotesi di utilizzazione promiscua o alternativa della prestazione, il rapporto di lavoro possa essere imputato, oltre che alla società che ha sottoscritto il contratto, anche alla capogruppo.

Il silenzio sul punto della decisione in esame, allora, ripropone l'attualità di rileggere la tematica del rapporto di lavoro all'interno dei gruppi imprenditoriali e di mettere in discussione le posizioni assunte nel corso del tempo dalla giurisprudenza assolutamente prevalente, così come della maggior parte della dottrina.

3. — *L'esercizio al plurale dell'attività di impresa* — Questa rilettura è necessaria perché la posizione assunta dalla Cassazione dimostra l'insoddisfazione nei confronti delle posizioni consolidate e la progressiva presa di consapevolezza del fatto che «lo schermo delle differenti personalità giuridiche e la effettività delle ri-

(17) Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, con nota di M.T. Carinci, 2007.

(18) Corte di Giustizia Ue, sentenza 21 ottobre 2010, causa C-242/09, *Albron c. Fnv Bondgenoten e John Roest*, consultabile su <http://curia.europa.eu>. Sul contenuto della sentenza, tuttavia, le osservazioni di V. Pinto, *op. cit.*, 2011, pp. 896-897, e di O. Razzolini, *Il problema dell'individuazione del datore di lavoro nei gruppi di imprese al vaglio della Corte di Giustizia. Verso un'idea di codatorialità?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, pp. 1286 ss., e di E. Raimondi, *op. cit.*, 2012, pp. 298 ss.

spettive realtà imprenditoriali non esclude che, dal punto di vista degli interessi organizzativi, vi sia quella identità delle posizioni giuridiche dei lavoratori che rispecchia le medesime esigenze di protezione» (19).

Si tratta, quindi, di verificare se si possa pervenire «in determinate situazioni e solo per specifici aspetti, a una vera e propria *condivisione* delle discipline del rapporto di lavoro subordinato» (20), senza che ciò possa essere ritenuto incompatibile con l'art. 2094 cod. civ. (21), né con la «regola generale dell'ordinamento giuslavoristico» (22).

Nessuna disposizione, tuttavia, impone l'unicità del datore di lavoro, di cui l'ordinamento, del resto, non offre alcuna definizione. E, infatti, per individuare tale figura si è sempre fatto riferimento al concetto di impresa-organizzazione (23), che tradizionalmente ha coinciso con l'impresa singola, il cui titolare è qualificato come datore di lavoro in quanto esercita il potere direttivo nei confronti dei lavoratori. Se, dunque, i gruppi imprenditoriali costituiscono un'impresa unica

(19) V. Speciale, *Le «esternalizzazioni» dei processi produttivi dopo il d.lgs. n. 276 del 2003: proposte di riforma*, in *q. Riv.*, 2006, p. 21.

(20) V. Speciale, *op. cit.*, 2006, p. 38, osserva che «se, d'altra parte, lo sviluppo del diritto del lavoro è connesso alla necessità di porre limiti su colui che effettivamente utilizza le prestazioni lavorative, è evidente che quando il lavoro soddisfa esigenze condivise e integrate tali limiti non possono gravare su un solo soggetto, ma debbono estendersi a tutti i beneficiari dell'attività lavorativa». Sempre Idem, 2006, pp. 43 ss., nel sostenere tale tesi, ricorda come la codatorialità e le responsabilità congiunte trovano conferma in discipline giuridiche proprie di altri paesi e che esse sono rinvenibili anche nel nostro ordinamento. Il problema è, sotto questo aspetto, analogo a quello affrontato da L. Corazza, «*Contractual integration» e rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2004, p. 248.

(21) Come è già stato sostenuto da S. Magrini, *La sostituzione soggettiva nel rapporto di lavoro*, Milano, FrancoAngeli, 1980, p. 51; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regola di trasparenza*, Milano, FrancoAngeli, 1995, p. 276; C. Cester, M.G. Mattarolo, *op. cit.*, 2007, p. 514. In particolare, più di recente, V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, dopo aver ricordato che, a determinate condizioni, anche la giurisprudenza ammette una contitolarità del rapporto di lavoro, l'art. 2094, con il suo riferimento al «collabora[re] nell'impresa», «consente di collegare il contratto di lavoro non a un "soggetto", ma a una realtà produttiva "oggettiva" suddivisa tra più imprenditori».

(22) M.T. Carinci, *Unicità del datore di lavoro quale regola generale dell'ordinamento giuslavoristico*, in *Arg. dir. lav.*, 4-5, 2007, pp. 1019 ss.

(23) Cfr. V. Speciale, *Il datore di lavoro. Profili soggettivi. Relazione al seminario di Pontignano*. Dattiloscritto, 2000. Ma v. anche U. Romagnoli, *Per una rilettura dell'art. 2086 cod. civ.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, e M. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. Le modificazioni soggettive*, Milano, Giuffrè, 1972. L'organizzazione, infatti, è stata intesa come ragione giustificativa dei poteri del datore di lavoro (L. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1967; F. Santoro Passerelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1971), ovvero fatto che consente di specificare la posizione del datore (F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957), oppure quale elemento caratterizzante la causa del contratto di lavoro subordinato (M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1966). Cfr., di recente, M. Magnani, *Il diritto del lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 2007; R. Scognamiglio, *La natura non contrattuale del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2007, pp. 379 ss.; M. Persiani, *Considerazioni sulla nozione e la funzione del contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2010, pp. 455 ss.

(24) esercitata da più soggetti ed entro cui viene inserito il lavoratore si dovrebbe individuare il datore di lavoro nei soggetti che determinano l'organizzazione entro cui è utilizzato il prestatore. Tale interpretazione consente di cogliere il senso dell'economico nel diritto (25), senza che sia necessario «superare lo schermo della distinta personalità giuridica delle società e ricondurre il gruppo a un unico soggetto» (26). In sostanza, come un unico imprenditore può svolgere più attività economiche e, dunque, essere titolare di più imprese (27), così nei gruppi un'unica attività economica è legittimamente svolta da più imprenditori, dal momento che «l'unicità dell'impresa non richiede affatto l'unicità del soggetto che la esercita» (28).

Nei gruppi, dunque, si assiste all'*esercizio al plurale* di un'unica attività imprenditoriale, in quanto essi presentano tutte le caratteristiche che dimostrano l'esistenza di un'impresa (29). Essa, infatti, si può identificare in relazione agli atti giuridici che è idonea a compiere, finalizzati all'esercizio di un'attività per la produzione di beni e servizi, senza che abbiano rilievo, ai fini qualificatori, elementi materiali strumentali all'esercizio di tale attività. Essa, inoltre, si identifica con l'organizzazione dei fattori della produzione, che consente al suo titolare di allocare i propri beni o servizi per ricavarne un profitto.

Nei gruppi imprenditoriali, cioè, vi sono più titolari di un'unica impresa realizzata dai vincoli che derivano dal potere di direzione e coordinamento. Si assiste, dunque, a una dissociazione, perfettamente lecita, tra chi determina le scelte di carattere economico-organizzativo e chi realizza i beni o i servizi destinati al mercato. In sostanza, attraverso la direzione e il coordinamento, la capogruppo dà vita a una forma organizzativa caratterizzata dalla gerarchia dei fattori della produzione esattamente come accade nella singola impresa. Se, dunque, un'impresa del gruppo è obbligata a compiere una determinata scelta produttiva in esecuzione delle direttive impartite da chi esercita la direzione unitaria, è altrettanto possibile

---

(24) F. Galgano, *op. cit.*, 2005, pp. 37 ss.

(25) Per utilizzare un'espressione di E. Loffredo, *Economicità e impresa*, Giappichelli, Torino, 1999. Si tratta, in sostanza, di far corrispondere le categorie giuridiche a quelle economiche.

(26) F. Galgano, *op. cit.*, 2005, p. 37. Cosa che, nella dottrina lavoristica, hanno tentato di fare C. Belfiore, *Impresa di gruppo e titolarità del rapporto di lavoro*, in Aa. Vv., *I gruppi di società: atti del convegno di Venezia*, Milano, Giuffrè, 1998; U. Carabelli, *Impresa di gruppo e diritto del lavoro*, in P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano, FrancoAngeli, 1991; P. Chieco, *Il rapporto di lavoro nell'impresa di gruppo*, in P. Chieco (a cura di), *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, Utet, 1996; B. Veneziani, *Gruppi di imprese e diritto del lavoro*, P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano, FrancoAngeli, 1991; G. Melià-dò, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e impresa a struttura complessa*, Milano, Giuffrè, 1991.

(27) P. Masi, *Articolazioni dell'iniziativa economica e unità dell'imputazione giuridica*, Napoli, Jovene, 1985.

(28) F. Galgano, *op. cit.*, 2005, p. 37. Cass. 17 luglio 2007, n. 15879, in *Max. giust. civ.*, 2007, 7-8.

(29) In modo condivisibile O. Razzolini, *Contitolarità del rapporto nel gruppo caratterizzato da «unicità di impresa»*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, pp. 263 ss. Tale impostazione, tuttavia, è criticata da V. Pinto, *op. cit.*, 2005; Idem, *op. cit.*, 2010.

che, allo stesso modo, essa sia tenuta a compiere atti che incidono sui rapporti di lavoro. Chi sottoscrive il contratto di lavoro, infatti, è tenuto a eseguire le direttive imposte dalla capogruppo che, in tal modo, dispone, seppur in via mediata, della prestazione lavorativa. In questo caso, non c'è alcuna dissociazione tra il datore di lavoro formale e quello effettivo, ma l'esercizio condiviso dei fattori della produzione, che potrebbe far ritenere che le responsabilità connesse al rapporto di lavoro debbano essere imputate anche alla capogruppo (30).

In tale contesto, «la singola impresa agisce come destinataria ed esecutrice di decisioni che riflettono chiaramente i prevalenti interessi del gruppo al quale appartiene» (31), anche se tale circostanza non è ancora sufficiente per affermare che «è quest'ultima l'impresa [la capogruppo] che deve essere presa in considerazione quando sono in gioco lo stato e gli interessi di tutti i lavoratori impiegati nelle imprese da cui è costituito il gruppo, indipendentemente dalla loro forma e dal loro numero» (32). Allo stesso modo, non è condivisibile che dal mero fatto dell'unicità dell'impresa di gruppo «si potrebbe, probabilmente, arrivare ad assicurare ai lavoratori l'applicazione di quelle tutele per il semplice fatto che l'attività economica esercitata da ciascuna impresa altro non è che non una semplice parte di una complessiva attività economica organizzata in modo unitario, attraverso l'esercizio di un potere di direzione e coordinamento. È in tale fatto, e non nella formale titolarità del rapporto, che si dovrebbe, insomma, individuare il presupposto su cui misurare l'applicabilità della normativa protettiva giuslavoristica» (33).

Questo risultato, infatti, è perseguibile soltanto nel caso in cui i rapporti tra le imprese del gruppo possano determinare una situazione di codatorialità.

4. — *La codatorialità* — L'unitarietà dell'impresa esercitata dal gruppo, dunque, costituisce il contesto produttivo e organizzativo in cui viene inserito il lavoratore e il punto di partenza per individuare il soggetto o i soggetti qualificabili come «datore di lavoro».

Perché si possa perseguire tale risultato è necessario verificare la sussistenza, nel caso concreto, di ulteriori fattori.

Il primo è che nel caso di prestazioni di lavoro rese a favore di una società sottoposta a direzione e coordinamento, il contratto individuale di lavoro deve farsi «carico», di fatto, anche di realizzare l'interesse di gruppo, inteso come interesse creditorio della capogruppo. Si dovrebbe, cioè, dimostrare che la prestazione

---

(30) Oltre alla sentenza prima richiamata nel testo, nella stessa direzione si è espresso Trib. Monza, 28 aprile 2004, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, pp. 540 ss., con nota di A. Fortunat, che accoglie la tesi della contitolarità del rapporti di lavoro.

(31) S. Simitis, *La trasformazione dell'impresa. Qualche riflessione su alcuni aspetti critici*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 237.

(32) *Ibidem*, il quale osserva come «i riferimenti all'impresa permettono, infine, di evitare cortocircuiti e fraintendimenti dovuti a un approccio rigorosamente formale alle condizioni di impiego e alle politiche delle imprese intese come mere persone giuridiche».

(33) U. Carabelli, *Un breve quadro della legislazione e del dibattito dottrinale in Italia (edizione provvisoria)*. Dattiloscritto, 2008, p. 12.

lavorativa viene funzionalizzata al perseguimento non soltanto degli obiettivi produttivi del titolare del contratto, ma di quelli del gruppo nel suo complesso. In altre parole, con la conclusione del contratto, il datore di lavoro intende garantire il proprio interesse a organizzare l'attività produttiva per il raggiungimento delle finalità economiche determinate dall'impresa che esercita la direzione unitaria (34). Nella misura in cui, allora, nei gruppi imprenditoriali l'organizzazione dell'attività economica è strumentale al perseguimento delle finalità dell'impresa unitaria e che, dunque, la prestazione dedotta in contratto soddisfa anche l'interesse della capogruppo, si potrebbe ritenere che il lavoratore sia dipendente anche di quella.

La destinazione della prestazione lavorativa al soddisfacimento dell'interesse del gruppo (35), tuttavia, non è sufficiente, di per sé, ad affermare una situazione di codatorialità, così come non è corretto affermare che l'esistenza di un gruppo imprenditoriale determina, in quanto tale, un'obbligazione soggettivamente complessa (36).

Per arrivare a questo risultato è necessario verificare se, in concreto, la prestazione lavorativa è conformata in maniera congiunta dalla capogruppo e dalla società operativa e che, in tal modo, essa soddisfa, contemporaneamente, l'interesse creditorio di entrambi i soggetti che la ricevono. Ciò avviene, come è stato efficacemente spiegato (37), quando tra le strutture produttive delle imprese vi sia un livello di integrazione tale da far ritenere che l'impresa che ha sottoscritto il contratto si comporta quale terminale organizzativo dell'impresa dominante.

Nei gruppi imprenditoriali una situazione analoga si verifica quando l'attività di direzione e coordinamento si traduce in direttive specifiche sulle modalità organizzative dell'impresa e sull'organizzazione del lavoro. Non v'è dubbio, quindi, che se l'esercizio della direzione unitaria assume tale intensità si può parlare di codatorialità, nel senso indicato da chi individua la figura del datore di lavoro nel soggetto che, mediante l'eterodirezione della prestazione, soddisfa il proprio interesse a realizzare lo scambio di beni e/o di servizi (38).

L'ipotesi più evidente di contitolarità del rapporto è, certamente, quella dell'uti-

---

(34) O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 47; M. Persiani, *Lineamenti del potere direttivo*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro. IV. Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 2012, pp. 401 ss.

(35) Anche se si è ritenuto che ciò consentirebbe di «conferire unitarietà alle due parti del tutto [le imprese del gruppo, n.d.a.] [sarebbe] l'essere cioè tutte tese al perseguimento di un interesse comune» (B. Veneziani, *op. cit.*, 1991, p. 85). Il rischio è tornare a una concezione della subordinazione di stampo istituzionalistico.

(36) Anche se, in modo condivisibile, O. Razzolini, *op. cit.*, 2009, p. 284, ha sostenuto che «l'unicità del vincolo contrattuale, intercorrente fra il lavoratore e la pluralità di società, può in ogni caso venire ricostruita sul piano sostanziale, a partire dall'osservazione e dall'interpretazione del comportamento delle parti e delle concrete modalità di svolgimento del rapporto».

(37) V. Speciale, *op. cit.*, 2010, pp. 47-48.

(38) M. Persiani, *op. cit.*, 2010, p. 465. Per dirla con le parole di U. Carabelli, *op. cit.*, 2006, p. 372, l'interesse datoriale è quello di ricevere una prestazione lavorativa «utile», e ciò spiega l'attribuzione del potere direttivo all'imprenditore.

lizzazione promiscua del lavoratore da parte di due o più imprese del gruppo, quando le modalità esecutive della prestazione non consentano di distinguere quale mansione sia svolta nell'interesse di una ovvero dell'altra (39). In questo caso, come è stato affermato anche dalla Cassazione con la sentenza in esame, non c'è alcuna dissociazione tra il datore di lavoro formale e quello che utilizza le prestazioni lavorative, che, invece, sono utilizzate cumulativamente o alternativamente da due imprenditori.

Ma, e questo è il non detto della sentenza, l'interesse creditorio della capogruppo o di altra impresa del gruppo può essere soddisfatto anche quando, come avviene nella maggior parte dei casi, chi dirige e coordina non compie atti diretti di gestione del rapporto di lavoro, ma determina quel segmento di organizzazione produttiva entro cui la prestazione lavorativa rappresenta un «frammento [...] che vive nel comportamento del lavoratore» (40). In questo caso, allora, gli atti compiuti dalla capogruppo incidono sia sugli assetti organizzativi dell'impresa operativa sia sulle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa, che verranno determinate mediante la riproduzione di disposizioni impartite dalla capogruppo. Se è vero allora che «la figura dell'imprenditore non coincid[e] più necessariamente con le singole società» (41), essa dovrà essere individuata in quei soggetti che, per soddisfare un interesse produttivo e organizzativo comune, codeterminano il substrato organizzativo in cui viene inserita la prestazione lavorativa e, in tal modo, determinano il contenuto e le modalità di esecuzione del lavoro.

La soluzione proposta è coerente, peraltro, con le posizioni della giurisprudenza e della dottrina più recenti in materia di qualificazione del rapporto di lavoro subordinato, che tendono a valorizzare elementi differenti rispetto a quello tradizionale dell'eterodirezione (42). Queste impostazioni muovono le mosse dalla condivisibile considerazione che «le nuove forme di organizzazione del lavoro subordinato [...] comportano oramai una attenuazione degli interventi autoritativi e dei controlli dell'imprenditore», con la conseguenza che con «la presenza dei nuo-

---

(39) O. Mazzotta, *op. cit.*, 2010, p. 347. C. Cester, M.G. Mattarolo, *op. cit.*, 2007, p. 514. Cfr. Cass., Sez. lav., 17 maggio 2003, n. 7727, che in questa ipotesi ravvisa una responsabilità solidale ai sensi dell'art. 1294 cod. civ.

(40) F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, Milano, FrancoAngeli, 1982, p. 204.

(41) M.G. Garofalo, *Intervento*, in P. Zanelli (a cura di), *Gruppi di imprese e nuove regole*, Milano, FrancoAngeli, 1991, p. 177.

(42) Del resto, «negli anni più recenti [...] emerge un modello diverso – quello della subordinazione-coordinamento – che si può dire più flessibile perché caratterizzato dalla sottoposizione del lavoratore al suo controllo sul risultato finale, quantitativo o qualitativo della prestazione (e non, invece, sul modo di eseguire un determinato compito); e, in definitiva, qualificato non più dalla eterodirezione gerarchica ma dalla integrazione formale della prestazione di lavoro nell'organizzazione produttiva» [E. Ghera, *Subordinazione, statuto protettivo e qualificazione del rapporto di lavoro*, in D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2006, pp. 332-333]. Cfr. anche U. Carabelli, *op. cit.*, 2006, e C. Pisani, *Ripartizione del potere direttivo e qualificazione del rapporto di lavoro subordinato*, in *Mass. giur. lav.*, 2011. Cfr., in particolare, V. Speciale, *op. cit.*, 2010, pp. 47-53, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici citati.

vi sistemi di organizzazione aziendale la presenza costante del potere direttivo non è più un elemento significativo della subordinazione: esso può manifestarsi anche con direttive generiche e programmatiche, non necessariamente con “ordini” continui e dettagliati» (43).

La «rilettura» del potere direttivo nelle moderne organizzazioni di impresa, dunque, ha il pregio di allargare i contorni della fattispecie a nuove modalità di lavorare, sia dal punto di vista della concreta esecuzione della prestazione sia dal punto di vista del contesto organizzativo in cui essa è inserita. Ai fini qualificatori, allora, è possibile identificare il datore di lavoro non soltanto più in colui che impartisce direttive sul «come» eseguire la prestazione lavorativa, ma anche in chi determina il «cosa» produrre e in quanto tempo per raggiungere gli obiettivi imprenditoriali. Ebbene, nei gruppi si potrebbe essere in presenza di una situazione del tutto analoga. Il risultato atteso dalla produzione è stabilito dalla capogruppo, che impone anche le modalità per perseguirlo mediante direttive generali e programmatiche che vincolano l'esercizio del potere direttivo tradizionalmente inteso del soggetto che ha concluso il contratto di lavoro. Di fatto, dunque, la società operativa è perfettamente assimilabile, dal punto di vista economico-organizzativo, a una unità produttiva o a un reparto di una unica impresa multidivisionale.

Si potrebbe ravvisare anche un'ulteriore ipotesi di codatorialità, perfettamente compatibile con la lettura «tradizionale» del potere direttivo e ravvisabile quando vi sia una integrazione molto forte tra le strutture produttive. Si pensi al caso in cui la capogruppo, oltre a disposizioni organizzative programmatiche e generali sull'organizzazione del lavoro, vincoli le imprese sottoposte a impartire ai loro dipendenti specifiche tecniche di esecuzione del lavoro. In tal caso, analogamente a quanto potrebbe accadere negli appalti, l'impresa operativa si limiterà a riprodurre direttive sulle prestazioni di lavoro stabilite dalla *holding*, senza che ciò significhi ritenere sussistente una interposizione di manodopera. In realtà, in questi casi, il potere direttivo viene coesercitato dai soggetti a cui va imputata l'attività imprenditoriale effettivamente esercitata ed entro la quale viene inserito il lavoratore (44).

L'accertamento della codatorialità determina ricadute applicative significative. Il lavoratore, infatti, avrà come creditore della prestazione lavorativa due soggetti, che, di conseguenza, saranno condebitori in solido della controprestazione, ai sensi dell'art. 1292 cod. civ. Ciò significa, ad esempio, che il lavoratore vedrà garantito il proprio diritto di credito con due patrimoni, con un rafforzamento, quindi, della propria posizione.

Allo stesso tempo, il lavoratore vedrà ampliarsi la sfera dei propri obblighi, connessi al rapporto di lavoro, dal momento che la diligenza che dovrà usare, ai

---

(43) A. Perulli, 2002, p. 401, il quale osserva come, nel caso delle esternalizzazioni, «assume valore determinante l'obbligazione di porre le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità secondo le direttive generali impartite dal datore e in funzione dei programmi cui è destinata la prestazione per il perseguimento dei fini propri dell'impresa».

(44) Cfr., in senso critico, M. Lozito, *Poteri datoriali dell'appaltatore e poteri del committente*, in *Arg. dir. lav.*, 1, 2012, p. 59 ss.

sensi dell'art. 2104 cod. civ., dovrà essere valutata anche in ragione dell'interesse della capogruppo. Di conseguenza, anche ai fini della valutazione della responsabilità disciplinare, dovranno essere tenuti in considerazione i comportamenti posti in essere dal lavoratore sia nei confronti dell'impresa titolare del contratto sia della capogruppo. Allo stesso modo, si potrebbe ritenere che gli obblighi di fedeltà, prescritti dall'art. 2105 cod. civ., si estendano anche con riferimento all'impresa capogruppo. Il lavoratore, quindi, è obbligato a non svolgere attività in concorrenza con la capogruppo e a non divulgare notizie che riguardino l'organizzazione produttiva del gruppo nel suo complesso.

Inoltre, in materia di licenziamento, le ragioni economiche sottese all'atto di recesso dovranno essere valutate con riferimento ai codatori di lavoro. In particolare, si dovranno computare i dipendenti di entrambi ai fini di determinare il regime di stabilità del posto di lavoro. Essi, inoltre, saranno tenuti a verificare la possibilità di adibire il lavoratore in altre postazioni presenti nelle proprie strutture produttive, e in caso di illegittimità del recesso saranno entrambi obbligati a risarcire l'eventuale danno conseguente. Differente, invece, è l'ipotesi in cui il lavoratore debba essere reintegrato. In questa ipotesi, è difficile sostenere che egli possa essere riadibito a prestare la propria attività presso un'unità produttiva differente da quella da cui egli è stato estromesso.

In coerenza a quanto affermato in precedenza, gli obblighi imposti al datore di lavoro nel caso di riduzione del personale ovvero di trasferimento d'azienda o di un suo ramo si estenderanno anche alla capogruppo.

Il distacco, inoltre, dovrà essere più correttamente qualificato come trasferimento, dal momento che, in questi casi, non si è in presenza della necessaria alterità del distaccatario, perché, in realtà, esso è titolare del rapporto (45).

È evidente, comunque, non soltanto che tutte queste situazioni devono essere esaminate caso per caso, ma che esse devono essere oggetto di un'analisi più approfondita che non è possibile compiere in questa sede. È, altresì, condivisibile la posizione di chi ritiene che un intervento legislativo in materia sia più che auspicabile (46). Non sempre, infatti, un determinato atto di esercizio dei poteri tipici del datore di lavoro è imputabile anche alla capogruppo. La singola impresa, infatti, mantiene la propria autonomia economica e giuridica, che viene compressa soltanto nel momento in cui essa è tenuta a dare esecuzione alle direttive impartite dalla capogruppo. Non è escluso, dunque, che l'impresa sottoposta a direzione e coordinamento sia autonoma nello stabilire le norme di esecuzione del lavoro, con la conseguenza che, anche nel caso la prestazione lavorativa sia destinata a soddisfare l'interesse del gruppo nel suo complesso, il datore di lavoro dovrà essere comunque individuato nella singola impresa che, di fatto, dirige l'attività del lavoratore.

5. — *Altre tecniche di tutela* — Nei casi in cui, invece, l'attività di direzione e coordinamento non assume le caratteristiche esaminate, è possibile valutare le con-

---

(45) In questo senso V. Speciale, *op. cit.*, 2010, pp. 47 ss.

(46) V. Speciale, *op. cit.*, 2010.

sequenze del collegamento imprenditoriale in base alle categorie civilistiche, seppure in una prospettiva differente da quella tradizionale (47).

In primo luogo, i lavoratori potrebbero essere tutelati mediante l'applicazione dell'art. 2497, comma 3, cod. civ. in base al quale il «il socio e il creditore sociale possono agire nei confronti dell'ente che esercita l'attività di direzione e coordinamento, solo se non sono stati soddisfatti dalla società soggetta all'attività di direzione e coordinamento».

Non v'è dubbio, infatti, che il dipendente di una società controllata è un creditore sociale della stessa. Se il datore di lavoro, dunque, non riuscisse con il proprio patrimonio a soddisfare eventuali diritti di credito del lavoratore, questi potrebbe rivalersi sul patrimonio della *holding*, a condizione, tuttavia, che la diminuzione patrimoniale subita dalla società operativa sia stata causata da atti compiuti dalla capogruppo.

Ebbene, se l'impresa all'interno della quale il lavoratore abbia prestato la propria collaborazione, per effetto delle direttive impartite dalla capogruppo, subisse una lesione del proprio patrimonio, il lavoratore potrebbe vedere pregiudicata la possibilità di vedersi corrispondere la retribuzione e, al limite, potrebbe perdere il posto di lavoro per motivi economici. In questo caso, l'azione nei confronti dell'ente che svolge attività di direzione e coordinamento potrebbe consentire al lavoratore di ottenere maggiori possibilità di soddisfazione del credito, in quanto vi è una «duplicazione» di patrimonio aggredibili.

È evidente che la tutela offerta dalla disposizione richiamata può avere a oggetto soltanto i profili patrimoniali connessi al rapporto di lavoro. Il lavoratore, cioè, potrebbe ottenere il pagamento delle retribuzioni dovutegli oppure il risarcimento del danno derivante dalla violazione di eventuali obblighi contrattuali.

L'art. 2497 cod. civ., tuttavia, non potrebbe giustificare il computo dei dipendenti di tutte le imprese del gruppo ai fini della determinazione del regime applicabile in caso di licenziamento illegittimo, così come non consente di ritenere che la capogruppo ha l'obbligo di dimostrare l'impossibilità di adibire il lavoratore in una delle imprese del gruppo.

In sostanza, non essendovi unità dell'impresa, non sarebbe possibile compiere l'operazione interpretativa sopra descritta, con la conseguenza che la dimensione dell'impresa titolare del contratto torna a essere il parametro per valutare l'applicabilità di molte delle tutele del diritto del lavoro.

In realtà, anche nel caso in cui l'attività di direzione e coordinamento non determina l'esistenza dei presupposti necessari a riconoscere la contitolarità del rapporto di lavoro, si potrebbe pervenire a un rafforzamento della posizione del lavoratore in base a un'altra ipostazione teorica di matrice civilistica.

Infatti, nel caso in cui il comportamento della capogruppo contribuisca a determinare l'inadempimento degli obblighi assunti con il contratto di lavoro dall'impresa a essa sottoposta, si può parlare di «complicità del terzo nell'inadempimento».

---

(47) A. Vallebona, *op. cit.*, 1993.

mento» (48). Questa categoria non deve essere confusa con la lesione del credito a opera del terzo (49), che esclude *a priori* la responsabilità del debitore, in quanto si colloca quale fatto illecito esterno alla struttura contrattuale.

La complicità nell'inadempimento è ravvisabile, invece, quando il comportamento del terzo diventa rilevante unicamente in concorso con quello debitore e, comunque, sempre nel caso in cui il debitore non adempia o non adempia esattamente la prestazione promessa, perché è solo con l'inadempimento del debitore che nasce il danno per il creditore (50). In questo caso, il terzo risponde insieme al debitore inadempiente allo stesso titolo di responsabilità contrattuale e, dunque, sarà tenuto, in concorso con il debitore principale, a risarcire il danno subito dal creditore per l'inadempimento ovvero dovrà, ove questi chieda l'adempimento del contratto, cooperare per il raggiungimento del risultato voluto dalle parti.

Non v'è dubbio, a proposito, che la capogruppo possa, mediante le direttive impartite agli amministratori delle società controllate, essere «complice» (51) nell'inadempimento degli obblighi contrattuali assunti dal datore di lavoro, con la conseguenza che anch'essa dovrà essere chiamata a risarcire l'eventuale danno subito dal lavoratore ovvero cooperare nell'adempimento (52). Viene, così, superata «la visione dell'obbligazione come rapporto a struttura semplice, consistente nel solo obbligo di prestazione intercorrente tra debitore e creditore» (53).

Da questo punto di vista, il lavoratore potrebbe ottenere maggiori garanzie rispetto all'applicazione dell'art. 2497 cod. civ. Nel caso in esame, infatti, egli non dovrà fornire la prova che la lesione del patrimonio sociale è stato determinato dagli atti della capogruppo, ma esclusivamente che questa, mediante l'esercizio della direzione unitaria, abbia contribuito all'inadempimento del datore di lavoro.

Si tratterà, tuttavia, di individuare gli obblighi che nascono dal contratto di lavoro che siano suscettibili di essere violati con il concorso di più persone. E, infatti, non si può dimenticare che «il rapporto di lavoro ha una struttura “complessa” costituita non solo dalle due obbligazioni principali (lavoro e retribuzio-

---

(48) C. Castronovo, *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 117, che polemizza con F. Galgano, che assimila tale figura alla lesione del credito a opera del terzo.

(49) Sebbene, come afferma C. Castronovo, *op. cit.*, 2006, p. 120, «in ambedue le ipotesi si verifica ciò che appare contraddittorio: la inattuazione del rapporto obbligatorio a opera di un terzo».

(50) In proposito, C. Castronovo, *op. cit.*, 2006, p. 118, afferma che in questo caso «di un illecito autonomo del terzo non è dato parlare [...] sicché l'unico modo per dare a esso forma giuridica è di inscrivere nel cerchio del rapporto obbligatorio».

(51) Nel caso della capogruppo, a seconda dell'intensità dell'ingerenza esercitata nelle decisioni assunte dalla controllata, si potrebbe parlare addirittura di «induzione nell'inadempimento».

(52) Come aveva già intuito, peraltro, F. Galgano, *Unicità e pluralità di imprese nei gruppi di società*, in Aa.Vv., *Collegamento di società e rapporti di lavoro*, 1988, p. 364. A sostegno di tale conclusione cfr. Cass. 9 novembre 2006, n. 23918, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 11. Cfr., tra le tante, anche le sentenze: Cass. 14 marzo 1991, n. 2692; Cass. 25 marzo 1999, n. 2814; Cass. 18 luglio 2002, n. 10403; Cass. 13 novembre 2002, n. 15930.

(53) C. Castronovo, *op. cit.*, 2006, p. 122.

ne), ma anche da ulteriori situazioni giuridiche soggettive definite con terminologia non univoca come accessorie, strumentali, integrative, secondarie, complementari, le quali – nei rispettivi profili attivi e passivi – non si identificano con la relazione obbligatoria principale bensì sono a essa collegate e compongono il contenuto complessivo del rapporto» (54).

La tesi in parola, comunque, potrebbe offrire, sulla base dei principi generali in materia di responsabilità civile, una protezione «rafforzata» dei lavoratori alle dipendenze di una società sottoposta a direzione e coordinamento, perché in grado di ricollegare conseguenze giuridiche precise in relazione agli effetti che la condotta della capogruppo può determinare sull'esatto adempimento delle obbligazioni che sorgono dal contratto individuale di lavoro.

Enrico Raimondi

*Assegnista di ricerca presso l'Università di Chieti – Pescara «G. d'Annunzio»*

---

(54) V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari, Cacucci, 1992, p. 22, a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici citati.

CASSAZIONE, 24 novembre 2011, n. 24828, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Berrino – P.M. Gaeta (conf.) – L.L. (avv.ti Bussa, Giusti) c. L.G. & C. Srl (avv.ti Pagni, Del Punta).

Conf. Corte d'Appello Firenze 10 giugno 2008, n. 859.

**Mobilità – Sussidi e indennità di disoccupazione – Indennità di mobilità ex art. 7, legge n. 223 del 1991 – Natura previdenziale – Conseguenze – Accordo transattivo in deroga alla legge – Validità – Esclusione.**

*L'indennità di mobilità ai lavoratori licenziati, di cui all'art. 7, legge n. 223 del 1991, configura una prestazione previdenziale che trova la sua fonte di disciplina in una inderogabile norma di legge. Ne consegue che è nullo per frode alla legge l'accordo transattivo modificativo della disciplina legale che regola i tempi, le modalità e i requisiti oggettivi che presiedono all'erogazione della suddetta indennità, ancorché stipulato in sede sindacale, tra un datore di lavoro e un lavoratore. In particolare la frode sussiste nell'ipotesi in cui le parti, a seguito del licenziamento del lavoratore, concordano in via transattiva un impegno del datore di lavoro ad attivare la procedura di mobilità con contestuale reintegra del lavoratore, ma con sospensione della prestazione lavorativa fino alla data di stipula dell'accordo sindacale sulla messa in mobilità, nel cui ambito deve essere indicato il nominativo del lavoratore. Il lavoratore non ha diritto al risarcimento del danno, consistente nella mancata percezione dell'indennità di mobilità, allorché l'accordo transattivo risulti nullo in quanto diretto a eludere l'applicazione di norme imperative, realizzando una frode alla legge. (1)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1) UN ACCORDO «FUORI LEGGE». LE PARTI NON POSSONO NEGOZIARE  
EX ANTE L'ISCRIZIONE NELLE LISTE DI MOBILITÀ

Sommario: 1. Una transazione che provoca un nuovo contenzioso. — 2. La nullità della transazione: prima ipotesi di lettura. — 3. La frode alla legge quale clausola generale e limite esterno all'autonomia negoziale. — 4. L'inderogabilità della materia previdenziale.

1. — *Una transazione che provoca un nuovo contenzioso* — In un tempo in cui si ordisce la trama di una ennesima riforma del mercato del lavoro, indirizzata a mettere gradualmente in archivio l'indennità di mobilità in favore dei futuri processi della cd. Aspi (Assicurazione sociale per l'impiego) (1), il vecchio strumento di so-

---

(1) L'ultimo testo del d.d.l. sulla riforma del mercato del lavoro (4 aprile 2012) *Disegno di legge recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita di-*

stegno al reddito torna a impegnare i giudici della Sezione lavoro della Cassazione. L'episodio invita alla riflessione sotto il profilo senz'altro peculiare dei vizi dell'autonomia negoziale, in quanto mette in luce alcune vulnerabilità a cui è esposto l'attuale sistema di ammortizzatori sociali. Individuare i confini che limitano la libertà delle parti in campo previdenziale e assistenziale è la questione centrale affrontata dalla Corte di Cassazione nel caso in esame, e il presunto mancato godimento dell'indennità di mobilità costituisce solo l'effetto di una deviazione dal corretto esercizio dell'autonomia negoziale delle parti. In realtà, la storia processuale che sta a monte si snoda cronologicamente e giudiziariamente attraverso due percorsi differenti e collegati logicamente dall'unico rapporto di lavoro intercorso tra il sig. L.L. e la società Landi Giocondo & C. Pertanto, per inquadrare correttamente la vicenda, è necessario comprendere brevemente i retroscena al di là dei quali si è poi sviluppata la controversia in commento.

Tutto nasce da un licenziamento per giustificato motivo soggettivo, intimato al lavoratore in data 3 dicembre 2001 (con decorrenza dal successivo 23 dicembre), rispetto al quale il successivo accordo transattivo stipulato per porre fine alla lite, datato 16 maggio 2003, è dichiarato nullo dalla Corte di Cassazione. Infatti, dalla lettura della sentenza si evince come la contestata transazione costituisca, in realtà, l'epilogo di una prima impugnazione relativa al licenziamento irrogato al lavoratore e avviata con ricorso del 6 febbraio 2002. Un esito senz'altro poco felice. Se per un verso, infatti, costituisce il motivo di composizione per ciò che riguarda la prima controversia, quella sul licenziamento reputato illegittimo, per altro verso si rivela allo stesso tempo quale fattore scatenante di un altro giudizio: quello sulla pretesa risarcitoria del lavoratore per mancata esecuzione dell'accordo sottoscritto dall'imprenditore. In particolare, la seconda volta che il lavoratore adisce le vie giudiziarie con ricorso del 10 dicembre 2004 chiede che il suo ex datore di lavoro venga condannato al pagamento di una certa somma di denaro, non avendo egli dato seguito alla iscrizione del lavoratore nelle liste di mobilità, secondo quanto negoziato nella transazione formalizzata in sede sindacale. Il pomo della discordia è dunque l'accordo, il cui contenuto appare davvero singolare sia per la materia di cui si occupa – previdenza e assistenza – sia per le modalità con cui le parti perseguono il loro obiettivo – una «reintegrazione fittizia» del lavoratore in azienda finalizzata al solo successivo inserimento dello stesso nelle liste di mobilità.

Il fatto è che, a dispetto del disegno pacificatorio congegnato dalle parti, nessuna comunicazione di attivazione della procedura di mobilità viene effettuata dal datore di lavoro *ex art. 4, legge n. 223/1991*, né entro il successivo mese di luglio, né dopo, con la conseguenza che non vi era concretamente alcuna lista di mobilità in cui inserire il nominativo del sig. L.L. per consentirgli di beneficiare della relativa indennità. Così il lavoratore impossibilitato a fare valere le ragioni del primo giudizio sul licenziamento per giustificato motivo soggettivo – per raggiungi-

---

segna un diverso assetto di ammortizzatori sociali (artt. 22 ss.) e finanzia un nuovo modello di indennità di disoccupazione, la cd. Aspi, a cui verranno ricondotti progressivamente (art. 33) i beneficiari dell'indennità di mobilità.

mento di un accordo transattivo – e inabilitato a ricevere la «concordata» indennità di mobilità – perché nessuna procedura era stata, nel frattempo, avviata formalmente – non vede altra via di fuga che impugnare la transazione, imputando al datore di lavoro la colpa di non avere dato seguito agli accordi e chiedendogli, pertanto, un risarcimento economico. Sotto il profilo sostanziale, il fatto che la transazione abbia goduto dell'assistenza sindacale svela alcune ambiguità (sulla promuovenda procedura) delle relazioni tra società e Oo.Ss., che si riverberano a cascata sul rapporto già conflittuale tra datore e lavoratore.

Lette in sequenza, le vicende consentono di svelare in una battuta il possibile «agire nascosto» comune alle parti del negozio nullo che integra la frode alla legge (2), ovvero quello di «trasformare» un licenziamento, forse illegittimo, in una procedura di mobilità con le conseguenti differenze di imputazione dei relativi costi che sarebbero transitati disinvoltamente dal privato al pubblico. Altrimenti è difficile comprendere gli interessi delle parti nello stipulare una clausola di sospensione della prestazione lavorativa (e della controprestazione retributiva), con reintegro solo formale del lavoratore in azienda. Così come sarebbe problematico spiegare perché il prestatore di lavoro abbia accettato di sottoscrivere un accordo in cui rinuncia a qualsiasi somma a titolo retributivo o risarcitorio per le mensilità già perdute, salvo un piccolo acconto di euro 1000 su future (e incerte) prestazioni lavorative. E, in ultimo, le ragioni per cui il datore di lavoro si sia fatto carico di onorare *medio tempore* il pagamento dell'obbligo contributivo per il lavoratore, oltre che una somma a titolo di sostentamento. Tutti indizi che inducono a riflettere sugli interessi sottostanti alla transazione che, esulando dal fine tipico a cui sarebbe preordinata la stessa (composizione della lite), nel giudizio finale non sono reputati meritevoli di tutela.

Al di là delle delicate questioni giuridiche che solleva la vicenda in esame e che saranno approfondite qui di seguito, quello che colpisce sotto il profilo giudiziario è la completa dissonanza tra le motivazioni del Tribunale e della Corte d'Appello per pervenire al medesimo risultato del rigetto della domanda attorea. Mentre la richiesta del lavoratore non viene accolta dal primo giudice per un mero vizio di forma dell'accordo transattivo, dovuto alla mancanza di idonea delega del sottoscrittore di parte datoriale; il secondo entra opportunamente nel merito del con-

---

(2) Per agire nascosto si intende la sussistenza di una formale corrispondenza a schemi tipici ammessi dall'ordinamento, accompagnata da una sostanziale finalità del negozio a raggiungere, per volere delle parti, scopi contrari alla legge. In questo senso, una prima concettualizzazione della frode alla legge risale alla dottrina romana dell'interpretazione, della quale il famoso brano di Paolo costituisce espressione, «*Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit*», Paulus, *Libro singulari ad legem Cinciam*, in *Digesto*, 1. 3. 29, per cui si sarebbe trattato di un atto conforme alla lettera della legge ma contrario al suo spirito. Tuttavia, nell'evoluzione dell'istituto si è transitati verso una progressiva oggettivizzazione del concetto che ha determinato una prevalenza del danno sull'inganno, vd. M. Atienza, J.R. Manero, *Illeciti atipici*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 74; e per un inquadramento storico-comparato dell'istituto vd. ampiamente U. Morello, voce *Negoziò giuridico, VI) Negoziò in frode alla legge*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, pp. 4 ss.

tenuto, spiegando il vizio di sostanza (ovvero l'illiceità della causa) che affligge *ab origine* il negozio, diretto a eludere le norme imperative che regolamentano la concessione della prestazione previdenziale e il meccanismo di inderogabilità che le assiste.

2. — *La nullità della transazione: prima ipotesi di lettura* — Grazie al percorso motivazionale dei giudici di Appello prima e della Corte di Cassazione dopo, si entra finalmente nel vivo della centrale questione giuridica sottesa alla fattispecie e riguardante i tratti caratterizzanti della frode alla legge a partire da un motivo illecito comune a entrambe le parti del rapporto di lavoro piuttosto che su iniziativa di sole parti datoriali. Questo sembra essere il profilo più innovativo della sentenza, ove si pensi che solitamente l'operazione fraudolenta, nel campo del diritto del lavoro, coinvolge perlopiù operazioni commerciali (3) oppure preferenze mirate di alcune tipologie contrattuali (4), comunque con effetti elusivi delle norme di ca-

---

(3) Con riferimento alla frode alla legge in generale nei processi di esternalizzazione, vd. M.T. Carinci, *Il divieto generale di frode alla legge nel sistema delineato dal d.lgs. n. 276/2003 in materia di esternalizzazioni*, in *Lav. giur.*, 2005, pp. 1113 ss.; sull'uso fraudolento dell'istituto del trasferimento d'azienda prima del d.l. n. 276/2003 vd. R. De Luca Tamajo, *L'esternalizzazione tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Idem (a cura di), *I processi di esternalizzazione – Opportunità e vincoli giuridici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2002, spec. p. 35; e, dopo la riforma, Idem, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 577; G. Quadri, *Processi di esternalizzazione. Tutela del lavoratore e interesse dell'impresa*, Jovene, Napoli, 2004, pp. 328 ss.; da ultimo P. Lambertucci, *Trasferimento d'azienda e problemi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2010, spec. pp. 415 ss.; e sul ramo d'azienda G. Spinelli, *Nuove problematiche giurisprudenziali in materia di trasferimento di ramo d'azienda*, *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, spec. pp. 526 ss. Per la giurisprudenza, *ex multis*, vd. Cass., Sez. lav., 18 ottobre 2011, n. 21484, in *Dir. prat. lav.*, 2012, n. 12, pp. 742 ss., con nota di C. Petrucci, *Trasferimento d'azienda in frode alla legge: presupposti*, Cass., Sez. lav., 7 febbraio 2008 n. 2874, in q. *Riv.*, 2008, II, pp. 554 ss., con nota di E. Gragnoli, *Trasferimento d'azienda, elusione dell'operare dell'art. 18 Stat. lav. e frode alla legge*, Idem, in *Diritti lavori mercati*, 2008, p. 641, con nota di M. Esposito, I. Santarpino, *La frode alla legge: i limiti dell'autonomia negoziale nel trasferimento del ramo d'azienda*, Idem, in *Mass. giur. lav.*, 2008, n. 4, pp. 238 ss., con nota di G. Mannacio, *Trasferimento di azienda in frode alla legge*, Cass., Sez. lav., 2 maggio 2006, n. 10108, in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 663 ss., con note di E. Gragnoli, *Trasferimento d'azienda, licenziamenti collettivi e frode alla legge*, e di L. Valente, *Frode alla legge e trasferimento d'azienda: il cedente non ha l'onere di verificare la consistenza imprenditoriale del cessionario*; o ancora la più rara e complicata ipotesi della frode alla legge nel frazionamento dell'attività svolta dalle società di un gruppo, su cui vd. Cass., Sez. lav., 9 dicembre 2009, n. 25763, in q. *Riv.*, 2010, II, pp. 264 ss., con nota di G. Cannati, *(In tema di) Possibilità di imputare il rapporto di lavoro alla società capogruppo*; e più ampiamente per le elusioni realizzabili mediante il collegamento tra imprese, A. Vallebona, voce *Società, V) Lavoro nelle società collegate*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIX, Roma, 1993, pp. 1 ss.

(4) Soprattutto con riferimento all'impiego delle diverse tipologie non *standard* di lavoro ammesse nel nostro ordinamento, vd. G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 263 ss. Ad esempio, con riguardo al contratto di lavoro a tempo determinato vd., da ultimo, Cass., Sez. lav., 19 gennaio 2010, n. 839, Corte d'App. L'Aquila, Sez. lav., 25 giugno 2010, in q. *Riv.*, 2010, II, pp. 678 ss., con nota di L. Menghini, *Disciplina del lavoro a termine ed efficacia concreta di alcune norme: limiti numerici e frode alla legge*, e per una pano-

rattere protettivo per i lavoratori. E quand'anche la casistica della frode alla legge abbia avuto riguardo ad atti di gestione e cessazione del rapporto lavorativo, ci si è imbattuti in variegate ipotesi di controllo e limitazione dei poteri del datore di lavoro: primo fra tutti quello di mettere fine al contratto attraverso il licenziamento individuale o collettivo (5).

È da ascrivere a questa ultima area di interesse – atti di gestione e cessazione del rapporto lavorativo – il caso del sig. L.L., rispetto al quale, stante la novità della fattispecie, è indispensabile chiedersi come si atteggi lo schema della frode alla legge nel sindacato dei giudici. Infatti, il vaglio giudiziale su questo profilo di diritto costituisce il parametro decisivo alla cui stregua l'accordo di transazione, dichiarato nullo per illiceità della causa, trascina con sé la pretesa risarcitoria avanzata dal lavoratore per mancato adempimento della obbligazione assunta.

In proposito, occorre da subito precisare come il negozio, pur vestendo i panni di un contratto tipizzato quale la transazione (art. 1965 cod. civ.) (6), rechi un contenuto atipico, giacché le concessioni reciproche delle parti, se dal lato del lavoratore riguardano dei diritti disponibili e reali (rinuncia alla lite e all'eventuale accertamento della illegittimità del licenziamento per giustificato motivo soggettivo), da parte datoriale attengono a procedure non disponibili e promesse inconsistenti, fatta eccezione per i 1000 euro versati dalla società. Fin da principio, pertanto, la transazione nasce «sbilanciata», e questo è un dato che stupisce se si considera la sede sindacale in cui è stata pensata, maturata e, da ultimo, formalizzata. Ciò che si rivela indispensabile in ogni transazione è che abbia riguardo a diritti disponibili per ambedue le parti dell'accordo; condizione che non si verifica nel

---

ramica generale sull'applicabilità dello schema della frode alla legge per valutare l'autonomia negoziale delle parti nella scelta del modello contrattuale vd. G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, Milano, 2011, pp. 123 ss.

(5) «Licenziamenti collettivi e frode alla legge» costituisce l'esempio più prossimo a quello in commento, sfiorando per la verità solo per la comunanza della disciplina imperativa violata (legge n. 223/1991) più che per la sostanza dell'operazione. Si tratta, perlopiù, o di datori di lavoro che pongono in essere licenziamenti individuali scaglionati su un arco temporale più lungo dei 120 giorni previsti dalla legge al fine di evitare le lungaggini procedurali della regolamentazione legale in tema di mobilità, o al contrario di imprenditori che pur dichiarando l'intenzione iniziale di procedere a un licenziamento collettivo si apprestino poi a effettuare meno di cinque licenziamenti per potersi sottrarre al penetrante controllo giudiziale sulla fattispecie individuale. Si vd. G. Bolego, *op. cit.*, p. 226; M. Miscione, *La procedura di mobilità*, in F. Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, vol. III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, M. Miscione (a cura di), Utet, Torino, 2007, p. 506; R. Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in M. Papaleoni, R. Del Punta, M. Mariani, *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Cedam, Padova, 1993, p. 284; U. Carabelli, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa. Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Cacucci, Bari, p. 138.

(6) F. Santoro Passarelli, *La transazione*, Jovene, Napoli, 1986 rist., pp. 4 ss.; P. D'Onofrio, *Della transazione*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile, libro IV. Delle obbligazioni (Art. 1960-1991)*, Zanichelli, Bologna, 1974, pp. 226 ss.; A. Palazzo, *La transazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato, Obbligazioni e contratti*, vol. XIII, t. 5, Utet, Torino, 1985, pp. 302 ss.

caso di specie potendo rendere nulla la transazione già in forza del disposto dell'art. 1966, comma 2, cod. civ. (7). Infatti, l'impegno ad avviare una futura procedura di mobilità assunto in quel momento storico, o ancor peggio – come sostiene parte ricorrente – l'impegno a inserire il suo nominativo nell'elenco dei lavoratori in esubero, è sottratto alla disponibilità del datore di lavoro sia per ragioni cronologiche sia per motivi sostanziali. Sotto il profilo temporale è lo stesso sig. L.L. a ricordare che la procedura di mobilità avrebbe dovuto essere attivata entro il successivo mese di luglio dal datore di lavoro, salva la contraddittoria affermazione che la stessa era già stata decisa in altra sede; e anche a volere credere alla buona fede del lavoratore in merito a un autonomo e precedente avviamento, il fatto che la transazione di maggio sia stata stipulata in sede sindacale dirada ogni dubbio sulla circostanza che i Sindacati, se così fosse stato, ne avrebbero certamente avuto conoscenza tramite la comunicazione preventiva obbligatoria ex art. 4, comma 2, legge n. 223/1991, inserendo uno specifico riferimento nell'accordo del 16 maggio 2003.

Peraltro, la transazione, nata per risolvere una vertenza su licenziamento per giustificato motivo soggettivo, non può diventare la sede sindacale per contrattare sulla futura ed eventuale procedura di mobilità – che è strettamente condizionata alla sussistenza dei presupposti di legge (art. 4, legge n. 223/1991) (8) – né per aggirare la forte procedimentalizzazione che connota il potere datoriale in questa evenienza (9). E in ogni caso nessuna inerzia datoriale (10) può essere contestata a fronte della insussistenza dei requisiti rigidamente previsti dalla legge.

---

(7) «La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti», il che si traduce nella necessità di ravvisare la liceità diretta dell'oggetto, ovvero che la cosa o il comportamento concordato si presti per volontà della legge a essere oggetto del negozio, vd. F. Santoro Passarelli, *op. cit.*, p. 121.

(8) R. Pessi, *Commento all'art. 4, comma 1 (procedura per la dichiarazione di mobilità)*, in M. Persiani (a cura di), *Commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223, in Nuove leggi civ.*, 1994, n. 4-5, pp. 910 ss.; M. Persiani, *Commento all'art. 4, commi 2-16 (procedura per la dichiarazione di mobilità)*, in Idem (a cura di), *Commentario, ivi*, pp. 916 ss.; M.T. Salimbeni, *La procedura e i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in R. De Luca Tamajo, F. Bianchi D'Urso (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 3 ss.

(9) A. Viscomi, *Commento agli artt. 7 (indennità di mobilità) e 16 (indennità di mobilità per i lavoratori disoccupati in conseguenza di licenziamento per riduzione di personale)*, *ivi*, pp. 953 ss.; C. Zoli, *La procedura*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, n. 19, pp. 71 ss.; M. Miscione, *op. cit.*, pp. 503 ss.; E. Gragnoli, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Padova, Cedam, spec. pp. 231 ss.

(10) È opportuno ricordare come l'inerzia del datore di lavoro, in relazione all'attivazione della procedura d'iscrizione nelle liste di mobilità ma a seguito di licenziamento collettivo, sia stata posta al vaglio dei giudici della Consulta nella sentenza della Corte Cost. 21 gennaio 1999, n. 6, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, pp. 283 ss., con nota di G. Paganuzzi, *Iscrizione nelle liste di mobilità a iniziativa del lavoratore*. In particolare, la sentenza riteneva non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, commi 4 e 9, legge 23 luglio 1991, n. 223, in combinato disposto con gli artt. 6, comma 1, e 7, comma 1, della legge stessa, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 38 Cost. La normativa sottoposta al vaglio di costituzionalità lega inscindibilmente il godimento dell'indennità agli adempimenti imposti al da-

3. — *La frode alla legge quale clausola generale e limite esterno all'autonomia negoziale* — Al di là della possibile chiave ermeneutica del negozio transattivo fornita dall'art. 1966 cod. civ., una più attenta considerazione merita l'applicazione dello schema della frode alla legge, che si rivela strumento interpretativo indispensabile per rigettare la domanda attorea. Nel caso in esame le parti abusano della transazione non come strumento di pacificazione della loro controversia sul licenziamento, ma come mezzo per eludere l'applicazione della norma imperativa divisata dall'art. 7, legge n. 223/1991 (11), e per perseguire interessi privati non meritevoli di tutela per l'ordinamento. È su questo piano che i giudici considerano il negozio transattivo «nullo, in quanto diretto a eludere l'applicazione di norme imperative e a realizzare una frode alla legge».

Il contratto in frode alla legge è quello schema negoziale preordinato non al fine perseguito dal tipo prescelto – in questa ipotesi cessare la lite sul licenziamento – bensì mirato a evitare l'applicazione di una norma imperativa – l'art. 7 della legge n. 223/1991. In altre parole, attraverso l'accordo si realizza un'operazione economica complessa, connotata dall'utilizzo di un contratto (12) di per sé lecito, quale la transazione, ma orientato a perseguire un fine che si pone in contrasto

---

tore di lavoro, senza prevedere, in alternativa, una possibilità di attivarsi in capo ai lavoratori interessati a fronte di una eventuale inerzia del soggetto tenuto in caso di licenziamento collettivo per cessazione dell'attività. Nonostante ciò, la Corte accoglie una interpretazione adeguatrice, ponendo a carico dell'ufficio regionale la responsabilità di procedere al riscontro dei presupposti oggettivi e dei requisiti soggettivi che danno titolo alla percezione dell'indennità quando la disponibilità di questi dati sia mancata quale esito della procedura tipica attivata e condotta dall'imprenditore. È, tuttavia, da precisare che mentre nel caso della Consulta si era verificata una cessazione di attività e i lavoratori non erano stati iscritti nelle liste di mobilità, nell'episodio in commento davanti alla Cassazione non si è mai giunti a questa fase poiché nessuna di queste condizioni si è verificata.

(11) Senza entrare nel merito della dibattuta classificazione sulle tipologie di norme, basti qui rilevare che le norme si distinguono essenzialmente in dispositive e imperative e mentre le prime attribuiscono all'autonomia negoziale la potestà di disporre in deroga, le seconde impediscono alle parti di discostarsene pena la nullità del contratto. Per una classificazione puntuale delle norme imperative, di cui come è noto non esiste un catalogo preciso, vd. F. Messineo, *Il contratto in generale*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Tratt. dir. civ. e comm.*, vol. XXI, 2, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 173 ss.; E. Saracini, *Nullità e sostituzione di clausole contrattuali*, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 47 ss.

(12) Costituisce un'altra ipotesi riconducibile comunque alla frode alla legge l'utilizzo di più schemi negoziali (collegamento negoziale, su cui in generale vd. R. Scognamiglio, voce *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, pp. 375 ss.) per realizzare comunque un risultato finale che viola norme imperative, vd. S. Nardi, *Frode alla legge e collegamento negoziale*, Giuffrè, Milano, 2006. Un caso classico nel diritto del lavoro è la cessione di ramo d'azienda cui seguono singoli atti di licenziamento adottati dal cessionario al fine di eludere le norme in materia di licenziamenti collettivi, Trib. Treviso 4 novembre 2003, in q. *Riv.*, 2004, II, pp. 790 ss., con nota di A. Perulli, *Il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*; Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, in q. *Riv.*, 2002, II, pp. 564 ss., con nota di A. Trimboli, *Brevi note in tema di trasferimento di ramo d'azienda e negozio in frode alla legge*, Corte d'App. Napoli 23 marzo 2001, in q. *Riv.*, 2002, II, pp. 283 ss., con nota di A. Serreti, *Un diverso strumento di tutela per il diritto al lavoro*.

con una specifica disposizione legislativa (13), determinando pertanto una discrasia tra schema impiegato e fine realizzato.

In sostanza, l'art. 1344 cod. civ. costituirebbe la formula negoziale grazie alla quale effettuare un controllo *ex post* sulle possibili disfunzioni dell'autonomia privata, specie a fronte di contratti tipizzati, facendo leva sugli elementi funzionali più che strutturali del congegno normativo utilizzato dalle parti. Per questa via, i giudici sembrano andare oltre la classica dicotomia, che vede contrapposti i tradizionali approcci soggettivo e oggettivo per affrontare l'illiceità della causa (14), e valorizzano il carattere di clausola generale che riveste la frode alla legge (15). In questa maniera si sposta l'attenzione dal piano astratto della causa del contratto al versante concreto dell'esatta interpretazione contrattuale, rimettendo al giudice la stima dei fatti che si configurano come una elusione. Seguendo questa impostazione, un aspetto di rilevanza centrale per l'applicazione dell'art. 1344 cod. civ. è la sua connessione sistematica con l'art. 1418 cod. civ., e cioè non solo con la nullità intesa come conseguenza normativa di illiceità causale, ma anche come applicazione della normativa elusa, ove ne ricorrano i presupposti (16).

L'art. 1344 cod. civ., secondo questa lettura, acquista il peso di canone ermeneutico che consente di analizzare le norme imperative secondo un significato che comprende, quale parte integrante dell'interpretazione e come modalità di violazione non consentita, anche l'insieme dei comportamenti che perseguono il fine della norma, pur disattendendola sostanzialmente. Essendo il contratto il mezzo attraverso il quale si elude il contenuto di una norma imperativa, il nucleo fondamentale della frode alla legge comporta che la valutazione di illiceità possa essere solo successiva alla verifica dell'avvenuta elusione della norma imperativa. Allora, la questione della violazione si risolve nell'individuare la sanzione che l'ordinamento prevede per quel contratto illecito: la negazione degli effetti. Tutto ciò

---

(13) Proprio l'assenza di individuazione della norma elusa ha costituito uno dei motivi di criticità della sentenza Cass., Sez. lav., 2 maggio 2006, n. 10108, cit., nella valutazione espressa da E. Gagnoli (p. 671).

(14) Per una ricostruzione delle teorie (oggettiva e soggettiva) che si sono succedute sulla frode vd. G. D'Amico, *Libertà di scelta del tipo contrattuale e frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1992, pp. 70 ss. In particolare sulla teoria soggettiva vd. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1983, pp. 191 ss.; L. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, Cedam, 1943, pp. 37 ss.; e per quella oggettiva E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, Torino, 1955, p. 166 ss.; G. Oppo, *Recensione a Carraro, Il negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1944, I, pp. 179 ss.

(15) Precursore di questa teoria è U. Morello, *Frode alla legge*, Giuffrè, Milano, 1969, pp. 299 ss.; Idem, *Frode alla legge*, in *Digesto sez. civ.*, Utet, Torino, 1992, vol. VIII, pp. 503 ss.

(16) In questo caso, opera solamente la nullità come sanzione che colpisce la difformità dalla norma imperativa, in quanto, mancando i presupposti di applicazione della norma cogente, non è possibile operare la sostituzione legale del regolamento negoziale attraverso tecniche di ortopedia, ma solo garantire la non produzione degli effetti, G.B. Ferri, *Anti-formalismo, democrazia, codice civile*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, pp. 385-386; e più ampiamente A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003, spec. pp. 275 ss.

considerato, l'art. 1418 cod. civ. è utilizzato nel caso di frode alla legge per cominare la nullità del contratto viziato da causa illecita e per rigettare la domanda risarcitoria avanzata dal lavoratore perché il presunto inadempimento della società, avendo quale presupposto di attivazione un contratto nullo, si dissolverebbe con lo stesso contratto.

D'altro canto, la ragione giustificatrice di un sistema sanzionatorio così rigido risulta mirata a colpire atti dismissori di diritti primari il cui fondamento di tutela è riconducibile a motivi che vanno al di là del mero squilibrio intersoggettivo tra le parti del rapporto. Anche il ricorso all'art. 1344 cod. civ., lungi dal rispondere solo alle finalità tipiche di tutela del contraente debole del rapporto di lavoro, rappresenta un limite esterno generale e oggettivo rispetto alle modificazioni del regime legale inderogabile (17), in questo caso previdenziale.

4. — *L'inderogabilità della materia previdenziale* — L'ambito di configurabilità della frode alla legge come appena ricostruito si rivela il termometro essenziale che ci consente anche di misurare l'inderogabilità della materia previdenziale. Infatti, *ad adiuvandum* rispetto all'argomentazione appena illustrata (frode all'art. 7, legge n. 223/1991), ma pur sempre ripercorrendo il *decisum* dei giudici di appello, la sentenza utilizza un ulteriore strumento interpretativo, ovvero la non negoziabilità che assiste la materia previdenziale, in ragione dei particolari interessi tutelati e dello speciale armamentario giuridico di difesa che li contraddistingue. Infatti, l'inquadramento dell'indennità di mobilità tra le prestazioni previdenziali, correttamente ricavato da una lettura sistematica dei commi 8 e 12 dell'art. 7 (18) con quanto disposto dall'art. 6, comma 7, d.l. n. 148/1993, conv. in legge n. 236/1993 (19), pone in evidenza un ulteriore profilo giuridico inerente alle obbligazioni previdenziali e assistenziali: quello della loro inderogabilità.

Sulla scorta delle due norme di chiusura del sistema previdenziale (artt. 2114 e 2115 cod. civ.), la Corte ha ulteriormente rafforzato la prova sull'intento fraudo-

---

(17) Intramontabile nel cogliere la portata effettiva dell'inderogabilità e il regime di efficacia della disciplina imperativa nel diritto del lavoro il contributo di R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, spec. pp. 147 ss.; di recente, vd. M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, spec. pp. 41 ss.; O. Dessì, *L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 cod. civ.*, Giappichelli, Torino, 2011, spec. pp. 83 ss.

(18) L'indennità esclude ogni altra prestazione di disoccupazione nonché l'indennità di malattia e di maternità (comma 8) ed è regolata dalle norme sull'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria, laddove applicabili, nonché dalla disciplina relativa agli interventi assistenziali e di sostegno alle gestioni previdenziali presso l'Inps, vd. Cass., Sez. lav., 11 marzo 2004, n. 5009, in *Informazione previdenziale*, 2005, suppl. n. 3-4, p. 111; da ultimo Cass., Sez. lav., 20 dicembre 2011, n. 27674, in *Guida lav.*, 2012, n. 5, p. 21. Tali forme di sostegno al reddito vengono genericamente e cumulativamente indicate come assicurazioni minori; vd., *ex multis*, M. Cinelli, *Il rapporto previdenziale*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 107 ss.

(19) Normativa che ribadisce il carattere previdenziale dell'indennità in quanto impone il divieto di cumulo con la pensione a carico dell'assicurazione generale obbligatoria.

lento di ambedue le parti del contratto di transazione, riconducendo l'indennità di mobilità nell'alveo dei diritti previdenziali indisponibili. Come è noto, infatti, le obbligazioni rivolte ad assicurare la tutela previdenziale dei lavoratori dipendenti non possono considerarsi integrazione legale del contratto di lavoro *ex art.* 1374 cod. civ., bensì rappresentano fonti autonome di sostegno al reddito che sono governate da normativa speciale.

Si tratterebbe di una conferma del principio di autonomia di queste forme di assistenza e previdenza, che rispondono all'esigenza generale di solidarietà intergenerazionale quale principio di equilibrio che, costruito sul criterio finanziario della ripartizione, mette in connessione i contributi versati dai datori e lavoratori in attività con il sistema di ammortizzatori sociali (20). Il particolare inquadramento giuridico dell'indennità di disponibilità condiziona *ab externo* la «gestione» del rapporto di lavoro convenuta dalle parti – *id est* la transazione – non solo per il peculiare regime sanzionatorio di nullità previsto dall'art. 2115 cod. civ., ma anche per il carattere di intangibilità che copre questo tipo di prestazione, assistita da un preciso fondamento costituzionale (art. 38, comma 2, Cost.).

In proposito, alcuni spunti di riflessione sorgono in relazione alle possibili interferenze tra il sopra richiamato art. 1966, comma 2, e l'art. 2115, comma 3, cod. civ., entrambi riconducibili nel quadro dei limiti legali posti al potere dispositivo delle parti (21). Il modello argomentativo sistematico adottato dalla Corte ha ignorato l'intransigibilità delineata dall'art. 1966, comma 2, cod. civ., che discende da una preesistente indisponibilità del diritto, mentre ha dato centralità alla previsione dell'art. 2115, comma 3, cod. civ., che commina la nullità a «qualsiasi patto diretto a eludere gli obblighi relativi alla previdenza e alla assistenza», in quanto traduzione specifica della frode alla legge nel sistema previdenziale. In forza di questa disposizione si ottiene non solo l'effetto di invalidità assoluta dei patti volti a eludere l'acquisizione dei diritti previdenziali, ma anche la nullità di quei negozi dismissori riguardanti tali diritti.

In definitiva, il principio di diritto statuito dalla suprema Corte potrebbe essere inteso, in tempi di crisi del tessuto produttivo, come una sorta di monito ai soggetti titolari della libertà negoziale a non compiere operazioni economiche elusive indirizzate a «spalmare» i costi della singola relazione di lavoro sulla collettività.

Daniela Comandè

*Max Weber post-doctoral Fellow – European University Institute*

---

(20) M. Cinelli, *op. cit.*, spec. pp. 62 ss.

(21) R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, cit., pp. 315 ss.

## I

CASSAZIONE, 16 settembre 2011, n. 18955, Sez. lav., ord. – Pres. De Renzis, Est. Tria, P.M. Basile (conf.) – Italcarr Snc (avv.ti Maresca, Sorbello) c. C.P. (avv. Caruso).

Conf. Corte d'Appello Messina 6 ottobre 2008.

**Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Mancata affissione codice disciplinare – Illegittimità – Violazione di regole di comportamento previste dal contratto collettivo.**

*L'obbligo di affissione del codice disciplinare ai fini della legittimità del licenziamento disciplinare sussiste soltanto nel caso in cui siano violate prescrizioni strettamente attinenti all'organizzazione aziendale, per lo più ignote alla collettività. Per il caso, invece, di comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell'impresa, legati a violazione di doveri fondamentali del rapporto, contrari al cd. minimo etico o a norme di rilevanza penale, non è necessario provvedere all'affissione del codice disciplinare poiché il potere sanzionatorio del datore discende in tali casi direttamente dalla legge. (1)*

## II

CASSAZIONE, 29 agosto 2011, n. 17739, Sez. lav., ord. – Pres. Roselli, Est. Tria, P.M. Basile (conf.) – Iper Montebello Spa (avv. Menegazzi) c. M.G. (avv.ti Verticchio, Boiocchi).

Conf. Corte d'Appello Brescia 17 gennaio 2009.

**Licenziamento individuale – Licenziamento disciplinare – Proporzionalità – Standard valutativi – Lieve entità del danno patrimoniale e assenza di recidiva – Mancata lesione del vincolo fiduciario – Illegittimità.**

*Spetta al giudice di merito, con una valutazione incensurabile in sede di legittimità ove congruamente motivata, considerare la proporzionalità della sanzione espulsiva non sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda processuale, sulla base anche degli standard valutativi della realtà sociale. Nel giudizio di proporzionalità, in ogni caso, la gravità dell'inadempimento deve essere valutata in senso accentuativo a tutela del lavoratore rispetto alla regola della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 cod. civ. L'irrogazione della massima sanzione è giustificata solo in presenza*

*di un notevole inadempimento tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto. (2)*

I testi delle sentenze sono pubblicati in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1-2) IL SINDACATO GIUDIZIALE DI PROPORZIONALITÀ  
NEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Il sindacato giudiziale di proporzionalità. — 3. La responsabilità disciplinare e la regola della «non scarsa importanza». — 4. Affissione del codice disciplinare.

1. — *Il caso* — Le sentenze in esame, entrambe relative a un licenziamento disciplinare, confermano precedenti e consolidati orientamenti della giurisprudenza relativi al principio di proporzionalità di derivazione civilistica.

2. — *Il sindacato giudiziale di proporzionalità* — Con la prima sentenza relativa al licenziamento di un cassiere di un supermercato, motivato dal furto di 5 euro, la Corte di Cassazione, nel ritenere sproporzionata la sanzione, afferma che il giudizio sulla proporzionalità non può prescindere dalla verifica della concreta sussistenza di un comportamento, posto in essere dal lavoratore, idoneo a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario alla base del rapporto (In senso conforme: Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Mass. giust. civ.*, 2007, 12; Cass. 25 febbraio 2005, n. 3994, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 9).

La Corte detta, inoltre, le linee guida per una corretta decisione di merito affermando che il giudice, nella sua valutazione, deve assegnare particolare rilievo alle configurazioni che delle mancanze addebitate faccia la contrattazione collettiva, all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte dal lavoratore, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto e, infine, alla natura e tipologia dello stesso.

Secondo la Corte di Cassazione, i giudici di merito devono tener conto di ogni aspetto della vicenda processuale che, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico, sia tale da corrispondere agli standard valutativi esistenti nella realtà sociale (sull'incensurabilità in sede di legittimità del sindacato di proporzionalità adeguatamente e congruamente motivato v. Cass. 5 maggio 2004, n. 8588, in *Dir e giust.*, 2004, fasc. 24, p. 124; Cass. 10 aprile 2004, n. 215, in *Orient. giur. lav.*, 2004, p. 208; Cass. 27 febbraio 2004, n. 4061, in *Mass. giust. civ.*, 2004, 2).

Secondo un consolidato orientamento della Corte di Cassazione, la nozione di giusta causa e di proporzionalità della sanzione disciplinare sono clausole generali che richiedono un'adeguata opera di specificazione in sede interpretativa, con inevitabile discrezionalità dei giudici pur se condizionata dalla valorizzazione di fattori esterni, propri della coscienza generale (nonché standard valutativi della disciplina collettiva) e di elementi che le stesse disposizioni normative richiamano (Sul punto, vd. Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, in *Resp. civ. prev.*, 2011, fasc. 11, p.

2313; nello stesso senso Cass. 2 novembre 2005, n. 21213, in *Arg. dir. lav.*, 2006, vol. I, p. 903; Cass. 22 dicembre 2006, n. 27452, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 187; in dottrina, V. Di Cerbo, *Legge 15 luglio 1966, n. 604 – Norme sui licenziamenti*, in G. Amoroso, V. Di Cerbo, R. Foglia, A. Maresca, *Diritto del lavoro – Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Milano, 2009, p. 1328).

La riconduzione della nozione di giusta causa agli standard valutativi esistenti nella realtà sociale consente una brevissima riflessione sulle clausole generali, in considerazione delle recenti novità introdotte dall'art. 30 del cd. Collegato lavoro (legge 4 novembre 2010, n. 183), in particolare sulle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento.

È noto che le clausole generali sono espressioni incomplete che rimandano al giudice il compito di completarne il significato tramite la rilevazione di dati esterni all'ordinamento: per esempio, standard sociali, regole sociali di condotta.

Attraverso le clausole generali, il giudice individua una regola da applicare al caso concreto desumendola dal contesto sociale.

Per quel che ci riguarda, il comma 3 dell'art. 30 della legge 4 novembre 2010, n. 183, con una disposizione non troppo chiara stabilisce che: «nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai Sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione di cui al Titolo VIII del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni».

L'attenzione della dottrina è concentrata sulla volontà del legislatore di incidere sul rapporto tra le fonti di disciplina del rapporto di lavoro, determinando la derogabilità *in peius*, a danno del lavoratore, delle norme di legge in tema di giustificazione del licenziamento (quindi in relazione alla nozione stessa di giusta causa e giustificato motivo) a opera sia dei contratti collettivi che di quelli individuali certificati (Sull'argomento M.T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, legge n. 183/2010*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 114/2011, pp. 3 ss.).

La dottrina offre una doppia interpretazione della locuzione «il giudice tiene conto»: ove intesa in senso vincolante, l'impatto della norma configura un rilevante limite alla discrezionalità del giudice nel sindacato in tema di giusta causa e giustificato motivo, essendogli impossibile discostarsi dalle previsioni contenute nei contratti collettivi e individuali certificati.

Più condivisibile appare, invece, l'interpretazione secondo la quale la locuzione non limita i poteri del giudice, né modifica le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo, ma stabilisce che il giudice deve considerare anche le indicazioni contenute nei contratti collettivi e nei contratti individuali, per completare/integrare la nozione di giusta causa e giustificato motivo, di modo che possa sempre discostarsene, ove lo ritenga opportuno, sulla base di una idonea e congrua motivazione (Vedi, in proposito, G. Pellicani, *Il cosiddetto «Collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 215; ancora M.T. Carinci, *op. cit.*, p. 16).

Questa è, del resto, la ricostruzione prevalente anche in giurisprudenza e di cui anche la sentenza in commento è esempio: per il giudice, l'elencazione delle ipotesi di giusta causa e giustificato motivo contenute nella contrattazione collettiva (e oggi anche individuale certificata) è rilevante ma non decisiva (Vedi Cass. 22 giugno 2009, n. 14586, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 10, p. 2160; sulla possibilità di decisioni difformi alle previsioni contrattuali: Cass. 18 novembre 2009, n. 24329, in *Dir. e giust.*, 2009; Cass. 18 dicembre, n. 29668, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 272; Cass. 14 febbraio 2005, n. 2906, in *Lav. giur.*, 2005, p. 1133).

Tornando alla sentenza in commento, la Corte, nel confermare la sentenza di secondo grado, ritiene decisiva l'inesistenza del danno arrecato alla datrice di lavoro e all'assenza di recidiva disciplinare, ma valuta la condotta unitamente agli altri dati emersi nel corso del processo, tenendo soprattutto conto delle concrete modalità di svolgimento del rapporto nonché della durata dello stesso (Vedi, in riferimento all'esclusione della proporzionalità della sanzione espulsiva per tenuità del danno in connessione ad altri elementi, anche Cass. 15 febbraio 2003, n. 2336, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 465; Cass. 20 febbraio 2000, n. 1892, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 477; non mancano, tuttavia, sentenze in cui la Cassazione ha ritenuto legittimi i licenziamenti, pur se in assenza di danno patrimoniale al datore: Cass. 30 ottobre 2008, n. 26239, in *Not. giur. lav.*, 2008, p. 762; Cass. 14 settembre 2007, n. 19232, in *Not. giur. lav.*, 2007, p. 672; sull'illegittimità per assenza di recidiva nel comportamento del lavoratore: Cass. 12 settembre 2006, n. 19491, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, vol. II, p. 197; sulla rilevanza della valutazione dell'elemento psicologico dell'agente ai fini disciplinari vd. anche Cass. 2 marzo 2011, n. 5095, in *Orient. giur. lav.*, 2011, vol. I, pp. 167 ss.).

3. — *La responsabilità disciplinare e la regola della «non scarsa importanza»* — Nel giudizio di proporzionalità l'inadempimento deve essere valutato in modo diverso rispetto alla regola generale della «non scarsa importanza» di cui all'art. 1455 cod. civ. (Così anche Cass. 22 marzo 2010, n. 6848, in *Mass. giust. civ.*, 2010, p. 3; Cass. 27 luglio 2009, n. 1741, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, I, p. 254; Cass. 10 dicembre 2007, n. 25743, in *Nuova giur. civ.*, 2008, I, p. 908).

La ragione di ciò sta nella particolare natura delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro rispetto alla disciplina civilistica in materia di contratti, dove è prevista la risoluzione del contratto per l'ipotesi in cui l'inadempimento abbia una «non scarsa importanza», tenuto conto dell'interesse del contraente deluso, al risultato economico che il contratto avrebbe dovuto procurargli [Vedi, in proposito, G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, in P. Schlesinger (fondato da), *Il Codice civile commentato*, Milano, 2007, pp. 553 ss.].

L'art. 1455 cod. civ. non prevede, dunque, alcuna graduazione di sanzioni a seconda del tipo di inadempimento e individua soltanto, tra gli inadempimenti, quelli che rilevano ai fini della risoluzione. Resta però, invariata, la regola del risarcimento del danno ex art. 1218 cod. civ. per il debitore inadempiente [S. Mainardi, *Il potere disciplinare*, in P. Schlesinger (fondato da), *Il codice civile commentato*, 2002, p. 28].

All'opposto, nel contratto di lavoro, il legislatore (art. 2106 cod. civ.) prevede la

possibilità di sanzionare comportamenti diversi e ulteriori rispetto a quelli che determinano la risoluzione del contratto secondo le regole civilistiche. In considerazione della esigenza di un equilibrato assetto dell'organizzazione del lavoro, il datore di lavoro ha interesse a reagire anche a fronte di un lieve inadempimento per prevenire il suo ripetersi in futuro, e anche nel caso in cui l'inadempimento non abbia prodotto alcun nocumento attuale [Così P. Ichino, *Il Contratto di lavoro*, in A. Cicu, F. Messineo (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, 2003, p. 325].

La norma di cui all'art. 2106 cod. civ. colma, dunque, un vuoto nella disciplina del diritto comune dei contratti, consentendo di reagire in modo adeguato a mancanze dei lavoratori per le quali il licenziamento sarebbe sproporzionato e l'azione risarcitoria sarebbe impraticabile, stante la mancata produzione di un danno risarcibile (P. Ichino, cit., p. 476). Il lavoratore è chiamato a rispondere anche per *culpa laevis*, a fronte di comportamenti che, sebbene individualmente trascurabili, nella più ampia ottica organizzatoria dell'impresa risultano meritevoli di una sanzione (Vd. L. Montuschi, *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, Torino, 1996, p. 156).

Va detto, tuttavia, che gli orientamenti giurisprudenziali in tema di proporzionalità del licenziamento per furto di modico valore non sono univoci; anzi vi sono orientamenti antitetici rispetto a quello della decisione in esame, in cui non si esclude che la modesta entità del danno possa incidere sulla operatività di un corretto adempimento degli obblighi contrattuali per il futuro (Vd., ad esempio: Cass. 27 novembre 1999, n. 13299, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, pp. 380 ss.; Cass. 2003, n. 14595, e Cass. 16 giugno 1994, n. 5843, in *Not. giur. lav.*, 1994, p. 660; *contra*, e in senso quindi conforme alla sentenza in commento, vd. Cass. 15 febbraio 2003, n. 2336, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 465).

4. — *Affissione del codice disciplinare* — Con la seconda sentenza, invece, la Corte di Cassazione conferma l'illegittimità del licenziamento motivato dall'allontanamento ingiustificato del lavoratore dal posto di lavoro, sia per la sproporzione della sanzione irrogata, sia per la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di preventiva affissione del codice disciplinare.

A tal proposito, la Corte di Cassazione (in coerenza con la giurisprudenza di legittimità, a partire dalla sentenza delle Ss.Uu. del 1° giugno 1987, n. 4823) afferma che occorre distinguere tra gli illeciti relativi alla violazione di prescrizioni strettamente attinenti all'organizzazione aziendale, per lo più ignote alla collettività e quindi conoscibili solo se espressamente previste e inserite nel cd. «codice disciplinare», e quelli costituiti da comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell'impresa o dei lavoratori, per i quali non è necessaria la specifica inclusione nello stesso codice disciplinare, poiché il potere sanzionatorio deriva direttamente dalla legge (Così Cass. 10 maggio 2010, n. 11250, in *Orient. giur. lav.*, 2010, I, p. 498; Cass. 14 settembre 2009, n. 19770, in *Guida dir.*, 2009, 40, p. 74; Cass. 28 maggio 2009, n. 12516, in *Not. giur. lav.*, 2009, p. 485; nello stesso senso e con esplicito riferimento sia alle sanzioni disciplinari espulsive che conservative: Cass. 27 gennaio 2011, n. 1926, in *Guida dir.*, 2011, 9, p. 47).

Ne segue che in tutti i casi in cui il comportamento sanzionatorio sia percepito

bile come illecito, poiché contrario al minimo etico o a norme di rilevanza penale e in quelli in cui il licenziamento faccia riferimento a situazioni concretanti violazione di doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro (ad esempio, obbligo e fedeltà, rispetto del patrimonio e della reputazione del datore), non è necessaria l'affissione del codice disciplinare; in tali casi infatti il lavoratore può rendersi conto dell'illiceità della condotta tenuta senza che sia necessaria la predeterminazione delle sanzioni (Per una ricostruzione degli sviluppi giurisprudenziali in tema di regime di compilazione del codice disciplinare v. M. Sartori, *Recesso e potere disciplinare: la diversa intensità dell'onere datoriale nella compilazione del codice ai sensi dell'art. 7 Stat. lav.*, in *Orient. giur. lav.*, 2005, vol. II, pp. 602 ss.).

Nel caso di specie (licenziamento del lavoratore allontanatosi dal posto di lavoro poco prima della fine dell'orario di lavoro) la Corte afferma che «doveva considerarsi indispensabile» l'affissione del codice disciplinare, poiché ciò che viene contestato al lavoratore è la violazione «non di generali obblighi di legge, ma di puntuali regole di comportamento negozialmente previste e funzionali al miglior svolgimento del rapporto di lavoro» (In senso conforme Cass. 27 gennaio 2011, cit.; Cass. 8 gennaio 2007, n. 56, in *Law. giur.*, 2007, fasc 10, p. 1038; Cass. 2 settembre 2004, n. 17763, in *Not. giur. lav.*, 2005, p. 231).

Tale pronuncia, per quanto condivisibile nell'esito cui giunge (stante sia l'atteggiamento collaborativo assunto dal lavoratore nel giorno successivo all'evento stigmatizzato, che la previsione della contrattazione collettiva sulla comminazione di sole sanzioni conservative per il caso di allontanamento dal posto di lavoro), desta qualche perplessità.

Come abbiamo detto, il licenziamento viene irrogato nel caso di specie per l'allontanamento dal posto di lavoro poco prima della fine del turno di lavoro. Stupisce che l'obbligo di svolgere la propria prestazione lavorativa per tutto l'orario di lavoro contrattualmente pattuito non concretizzi un dovere fondamentale del rapporto di lavoro, come tale esente dall'obbligo di previsione e affissione nel codice disciplinare, ma rilevi, al contrario, quale prescrizione strettamente attinente all'organizzazione aziendale, soggetta a necessaria previsione nel codice.

Milena Talarico

*Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro presso la «Sapienza» Università di Roma*

CASSAZIONE, 8 agosto 2011, n. 17087, Sez. lav. – Pres. Foglia, Est. Ianniello, P.M. Finocchi Ghersi (diff.) – M.V. (avv.ti Grattarola e Spinoso) c. L.V. Srl (avv.ti Boccia e Marelli).  
Cassa Corte d'Appello Torino 22 maggio 2008.

**Licenziamento individuale – Ritorsione diretta e indiretta del datore di lavoro – Onere della prova – Nullità dell'atto ed effetto reintegratorio.**

*Il licenziamento ritorsivo è costituito dall'ingiusta e arbitraria reazione del datore di lavoro a un comportamento legittimo tenuto dal lavoratore colpito (diretto) o anche da un'altra persona a quest'ultimo legata (indiretto), che attribuisce all'atto stesso il connotato dell'ingiustificata vendetta. Quando tale reazione sia il motivo unico e determinante del recesso, il licenziamento è nullo e si applica l'art. 3 della legge n. 108/1990. (1)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1) LA RITORSIONE INDIRETTA

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza. — 2. La fattispecie concreta. — 3. I presupposti. — 4. L'applicazione dell'art. 1345 cod. civ. — 5. Gli atti ritorsivi e quelli discriminatori. — 6. La prova.

1. — *La giurisprudenza* — La sentenza in epigrafe conferma l'indirizzo di legittimità in materia di atti ritorsivi: quando lo scopo vendicativo o intimidatorio del datore di lavoro sia il motivo unico e determinante dell'atto, questo è nullo, e in caso di licenziamento si applica l'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108 (Di recente, sul richiamo dell'art. 1345 cod. civ., vd. Cass. 28 marzo 2011, n. 7046; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282; Cass. 9 marzo 2011, n. 5555; sull'applicabilità dell'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108, vd. anche Cass. 1° dicembre 2010, n. 24347, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 4, p. 1141, con nota di A. Bordone; Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967, in *Dir. e giust.*, 2010, p. 529, con nota di T. Elisino; Cass. 9 luglio 2009, n. 16155, in q. *Riv.*, 2010, 1, p. 59, con nota di E. Gragnoli).

Inoltre, la Suprema Corte conferma il principio secondo cui è onere del lavoratore dimostrare il carattere illecito dell'atto, chiarendo, però, che la prova può essere fornita mediante presunzioni (Cass. 27 ottobre 2010, n. 21967, cit., e Cass. 25 maggio 2004, n. 10047).

Infine, il Collegio di legittimità allarga i contorni della fattispecie includendovi l'ipotesi in cui la ritorsione sia *indiretta*: riveli, cioè, uno scopo punitivo o intimidatorio di una condotta tenuta da un'altra persona alla quale il lavoratore colpito sia legato da un qualche vincolo (Per casi simili Cass. 19 ottobre 2005, n. 20197, in *Not. giur. lav.*, 2006, 3, p. 278, e Trib. Roma 17 settembre 2010, in q. *Riv.*, 4, 2011,

II, p. 573, con nota di M. Parpaglioni, dove il legame era dato da una convivenza *more uxorio*).

2. — *La fattispecie concreta* — Nel caso giunto all'esame della Suprema Corte, una lavoratrice aveva dedotto il carattere ritorsivo del suo licenziamento per essere causalmente collegato alle rivendicazioni del padre, il quale, a sua volta, era stato licenziato appena cinque giorni prima.

A parte la cronologia tra i due eventi, secondo la lavoratrice l'intento ritorsivo andava ricavato dal silenzio del datore di lavoro sulle ragioni che avrebbero dovuto giustificare il licenziamento, da evidenti violazioni dell'art. 7 Stat. lav. e soprattutto da una frase pronunciata dal consulente aziendale nel corso del tentativo di conciliazione extragiudiziale compiuto tra le parti (frase dal seguente tenore: «era logico che tuo padre, facendo scoppiare un casino così in una piccola ditta, coinvolgesse anche te»).

Da qui il ricorso introduttivo del giudizio con cui la lavoratrice chiedeva l'accertamento della nullità dell'atto e, in via subordinata, della sua illegittimità per violazione dell'art. 7 Stat. lav. In primo grado, entrambe le richieste erano respinte, mentre in appello veniva accolta la sola domanda subordinata. Ne è seguito il ricorso della lavoratrice *ex art.* 360, n. 5, cod. proc. civ., accolto dalla Suprema Corte che, a sua volta, ha rinviato ad altro giudice con il compito di valutare nuovamente i fatti.

A parere della Cassazione, la motivazione della sentenza d'appello era lacunosa e contraddittoria nella parte in cui il giudice di secondo grado: a) ai fini della dimostrazione del carattere ritorsivo dell'atto, aveva ritenuto irrilevante il silenzio del datore di lavoro sulla sua giustificazione (poiché, a parere del Collegio di merito, qualsiasi difesa sul punto si sarebbe rivelata inutile alla luce di una palese violazione dell'art. 7 Stat. lav.); b) aveva escluso il valore indiziante delle parole proferite dal consulente aziendale poiché si trattava di un fatto successivo al recesso e non era emerso il contesto in cui erano state pronunciate; c) aveva escluso il carattere ritorsivo dell'atto alla luce della successiva transazione firmata dal padre della ricorrente. Per il Supremo Collegio tale ragionamento era da emendare per i seguenti motivi: a) non si poteva prescindere dalla «significativa posizione volutamente silenziosa adottata dalla società, prima e durante il giudizio, sulle ragioni del licenziamento»; b) le altre due argomentazioni impiegate dalla Corte d'Appello, a proposito della frase del consulente aziendale, erano l'una «stravagante» e l'altra «incomprensibile» (tale frase, tuttavia, per il giudice di legittimità non integrava una confessione, essendo il consulente un mero procuratore speciale e poiché da sola non ancora dimostrava che l'intento illecito fosse determinante); c) infine la Corte territoriale non aveva offerto alcuna argomentazione sulla irrilevanza della conciliazione intervenuta con il padre della lavoratrice.

3. — *I presupposti* — La pronuncia di legittimità offre lo spunto per chiarire ciò che potrebbe definirsi la ritorsione indiretta del datore di lavoro. Secondo la Cassazione, come si è visto, il lavoratore va tutelato contro l'atto che rappresenti

«un'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito (diretto) o di altra persona a esso legata e pertanto accomunata nella reazione (indiretto)».

Naturalmente il caso della ritorsione indiretta è diverso da quello regolato dall'art. 25, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, dall'art. 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, e dall'art. 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216 (Vd. anche l'art. 43, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286). Nel considerare la genesi di queste norme e l'interpretazione che fino a oggi ne è stata data, le discriminazioni indirette sono, infatti, quelle realizzate mediante l'adozione di un parametro apparentemente neutro il quale produce un effetto contrario alla parità (si pensi al classico esempio dell'altezza dei candidati da assumere suscettibile di discriminare le donne). Nel caso considerato dalla sentenza in epigrafe, invece, si assiste al collegamento soggettivo tra la persona destinataria dell'atto e un'altra persona autrice della condotta che il datore di lavoro ha inteso punire. Va, però, chiarito che anche le discriminazioni possono manifestarsi sul piano che si sta indagando, come nell'esempio del licenziamento del lavoratore dovuto all'attività sindacale del figlio.

Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte è in gran parte condivisibile. Tuttavia, almeno due aspetti della ricostruzione da essa offerta non convincono.

Nel descrivere gli effetti dell'atto ritorsivo, il Collegio fa espresso riferimento alle rivendicazioni aventi a oggetto i «diritti derivanti dal rapporto di lavoro, o a questo comunque connessi» (Vd. già Cass. 6 maggio 1999, n. 4543, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2213). In realtà, tale precisazione è criticabile, anche quando la ritorsione sia soltanto diretta.

Si pensi alla controversia instaurata per il risarcimento del danno causato da cose difettose prodotte dall'imprenditore e acquistate dal lavoratore; se il dipendente riesce a dimostrare che il suo licenziamento ha origine in quest'ultima azione, non vi è dubbio che, pur trattandosi di diritti estranei al rapporto di lavoro, il recesso aziendale sia ritorsivo e quindi nullo. Il licenziamento rivela infatti uno scopo vendicativo contrario alla libertà del lavoratore di agire come meglio crede per la tutela dei propri diritti.

Analogo discorso dovrà farsi per la ritorsione indiretta. Anzi, nel prendere spunto dall'esempio appena fatto è possibile cogliere due diverse dimensioni in cui tale fattispecie può manifestarsi (a seconda se il collegamento soggettivo riguardi la sfera del datore di lavoro o, invece, quella del lavoratore). Si pensi all'azione prima descritta promossa dal coniuge del lavoratore, che a differenza di questi non sia dipendente dell'imprenditore, e il cui esercizio sia la vera ragione del licenziamento. Ma si pensi anche all'azione esercitata questa volta dal lavoratore, per il risarcimento dei danni provocati dal familiare dell'imprenditore, che abbia indotto quest'ultimo a licenziarlo; anche in quest'ultimo caso, nonostante la rivendicazione sia completamente estranea al rapporto, la decisione dell'imprenditore è da ritenersi illecita.

Vi è, poi, un secondo profilo enunciato dalla Suprema Corte che non pare corretto. A suo giudizio, il licenziamento è ritorsivo ed è nullo quando abbia origine

nel «comportamento legittimo del lavoratore [...] o di altra persona». In realtà, il carattere legittimo della condotta, che è alla base del recesso aziendale, sembra assumere importanza solo nel caso della ritorsione diretta, non in quella indiretta.

Se a essere sanzionato sarà anche o solo l'autore della condotta illegittima, il licenziamento disposto nei suoi confronti rappresenterà una giusta sanzione disciplinare oppure, se l'atto è sproporzionato rispetto all'infrazione, configurerà un mero licenziamento ingiustificato *ex art.* 2106 cod. civ., che come tale andrà trattato.

Nella ritorsione indiretta le cose cambiano. Si pensi al lavoratore che abbia subito il recesso soltanto perché è il coniuge di un altro dipendente, autore di un litigio con l'imprenditore e anche lui licenziato. Nonostante la condotta sanzionata dall'imprenditore sia illegittima, il licenziamento adottato nei riguardi del dipendente estraneo al fatto rivelerà, comunque, uno scopo vendicativo. Si colpisce, infatti, un soggetto per una condotta tenuta da altri e ciò per punire (ulteriormente) l'autore del fatto e, in ogni caso, sulla base del solo legame che corre tra i due dipendenti. D'altro canto, in questo caso il licenziamento è manifestamente rivolto a realizzare uno scopo diverso da quello per il quale il relativo potere è stato riconosciuto dall'ordinamento e, anche se non si volesse parlare di recesso illecito in senso stretto, la fattispecie descritta potrebbe essere ricondotta alla categoria dell'abuso del diritto e implicare comunque l'inefficacia dell'atto (Sull'abuso, in generale, Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, e Cass. 16 giugno 2008, n. 16207, dove, peraltro, si parla di atto «illecito, in quanto integrante un eccesso dal diritto»; in tema, vd. M.T. Carinci, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2007, pp. 150 ss.).

In definitiva, come si vede, da un lato, il licenziamento ritorsivo ricorre anche quando la condotta che ha prodotto l'ingiusta reazione dell'imprenditore è estranea al rapporto di lavoro; dall'altro lato, non pare che l'esistenza della fattispecie, nel caso di ritorsione indiretta, dipenda dall'illegittimità di quella condotta.

4. — *L'applicazione dell'art. 1345 cod. civ.* — Descritti meglio gli elementi costitutivi della fattispecie, l'attenzione va rivolta al trattamento sanzionatorio.

La pronuncia in epigrafe e le altre citate in apertura attraggono il licenziamento ritorsivo nell'art. 1345 cod. civ. per, poi, assimilarlo a quello discriminatorio e applicare l'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108. Il caso che si sta considerando e quello delle discriminazioni andrebbero dunque inclusi nell'ambito dell'art. 1345 cod. civ.

L'assimilazione del licenziamento ritorsivo e di quello discriminatorio agli atti determinati da un motivo illecito è invece contestata dalla dottrina. In particolare, quest'ultima preferisce emancipare le prime due fattispecie dall'art. 1345 cod. civ. o quanto meno, quando vi sono concorrenti motivi leciti, richiamare l'art. 1344 cod. civ. Si osserva, infatti, che in caso contrario la mera esistenza di un giustificato motivo o di una giusta causa consentirebbe al datore di lavoro, mosso (anche) da una ragione discriminatoria o ritorsiva, di evitare la nullità e di realizzare il risultato vietato [G. Bolego, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*,

Cedam, Padova, 2011, pp. 217 ss.; A. Lassandari, *Le discriminazioni nel lavoro*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2010, LVI, pp. 116 ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi costituzionali»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, 4, pp. 609 s.; *contra*, per le ritorsioni, G. Pera, voce *Licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1996, XIX, p. 3].

Al riguardo, è interessante ricordare la recente proposta del governo Monti per la riforma del mercato del lavoro. Nella sua attuale formulazione, almeno per quanto attiene alla ritorsione, essa sembra allinearsi all'interpretazione proposta dalla giurisprudenza e non all'indirizzo della prevalente dottrina. L'art. 14 del disegno di legge n. 3249 nel testo presentato al Senato il 5 aprile 2012, nel disciplinare le conseguenze del licenziamento nullo, enuncia infatti l'ipotesi del recesso «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile», affiancandolo a quello discriminatorio.

Una simile problematica è molto complessa e il suo esame è incompatibile con la finalità di questa nota. Pertanto, senza alcuna pretesa di completezza ci si limita a offrire solo alcuni spunti ricostruttivi.

In effetti, nella misura in cui richiede che il motivo illecito sia esclusivo e determinante, l'art. 1345 cod. civ. pare evocare un profilo molto vicino all'intenzionalità dell'atto che, invece, è incompatibile con la tutela antidiscriminatoria e più in generale con la tutela dei diritti fondamentali della persona. Allo stesso tempo, però, contrariamente a quanto spesso si pensa, la norma non sembra richiedere l'esame della sfera soggettiva dell'autore dell'atto. Invero, secondo autorevole dottrina, l'art. 1345 cod. civ. conferma l'irrilevanza dei motivi per renderli rilevanti solo quando essi abbiano assunto incidenza (esclusiva) sul piano della causa concreta, così come questa è oggettivamente percettibile (Vd. Cass. 9 luglio 2009, n. 16130, e C. Scognamiglio, voce *Motivo*, in *Digesto sez. civ.*, Utet, Torino, XI, 2002, p. 474).

È vero, inoltre, che la normativa antidiscriminatoria si rivolge a situazioni che sono al vertice della gerarchia dei valori dell'ordinamento e che ciò dovrebbe implicare l'irrilevanza di concomitanti ragioni poste alla base dell'atto (A. Alessandari, *op. cit.*, p. 118). Tuttavia, l'art. 1345 cod. civ. è idoneo a disciplinare fattispecie che coinvolgono valori di spessore non meno importanti e contiene in sé il paradosso di non considerarle illecite solo perché vi sono altri motivi leciti (Vd. R. Sacco, *Il contratto*, in *Trattato Vassalli*, Utet, Torino, 1975, pp. 563 ss.).

Semmai, va ricordato che almeno per il licenziamento discriminatorio è prevista la nullità dell'atto «indipendentemente dalla motivazione adottata» (art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108), e ciò è un indice decisivo dell'intenzione di prescindere dalle altre ragioni (lecite) che possono averlo giustificato.

5. — *Gli atti ritorsivi e quelli discriminatori* — Nel tornare alla pronuncia in epigrafe, va detto che, subito dopo il richiamo dell'art. 1345 cod. civ., la Cassazione fa propria la giurisprudenza che riconduce il licenziamento ritorsivo, «data l'analogia di struttura», a quello discriminatorio, e che interpreta «in maniera estensiva» l'art. 4, legge 15 luglio 1966, n. 604, l'art. 15, Stat. lav., e l'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108.

Si parla al riguardo di licenziamento discriminatorio in senso lato o, ancora, di mera «specificazione» normativa «della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito» (Cosi' spec. Cass. 6 maggio 1999, n. 4543). In tale operazione, la giurisprudenza è agevolata dal comune denominatore prima descritto (art. 1345 cod. civ.). L'appartenenza del licenziamento ritorsivo e di quello discriminatorio a uno stesso *genus*, infatti, rende ancora più probabile l'applicazione estensiva dell'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108 (Salve, poi, le note difficoltà nell'individuare i confini esistenti tra una simile applicazione e l'analogia, per le quali si rinvia alle pagine, ancora attuali, di N. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, cc. 695 ss.).

Un ragionamento simile è sostenuto dalla dottrina seppure, come si è visto, questa tende a emancipare le discriminazioni e le ritorsioni dall'art. 1345 cod. civ. Si afferma che le ipotesi tipizzate dall'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108, avrebbero una *vis* espansiva o che le seconde sarebbero da includere nell'ampio *genus* delle discriminazioni per condizioni personali (art. 3 Cost.); un'interpretazione, questa, che sarebbe confermata da alcune norme antidiscriminatorie che si occupano proprio degli atti ritorsivi (Spec. A. Lassandari, *op. cit.*, pp. 118 s. e pp. 180 ss.).

Negli spazi di questo commento, non è possibile prendere posizione su tali aspetti, specialmente con riguardo al richiamo dell'art. 3 Cost. Ci si limita, dunque, a brevissime considerazioni riguardanti le sole disposizioni a cui allude la dottrina appena citata.

In effetti, negli ultimi anni, il legislatore nazionale ha introdotto alcune norme dettate proprio per gli atti ritorsivi: l'art. 26, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, l'art. 4-*bis*, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215, e l'art. 4-*bis*, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. In tal modo, le condotte che costituiscono reazione alle iniziative intraprese dal lavoratore a tutela dei propri diritti o al suo rifiuto di tenere condotte illegittime sono state sottoposte allo stesso regime delle discriminazioni. Inoltre, è da ricordare il divieto posto dall'art. 10, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, di svolgere indagini e di trattare dati o di preselezione i lavoratori in ragione delle controversie promosse contro precedenti datori di lavoro.

Si tratta di previsioni importanti anche perché per la prima volta è stata direttamente regolata la fattispecie ritorsiva, confermandone l'illiceità. Allo stesso tempo, però, non sembra che esse consentano di risolvere con immediatezza il problema dell'assimilazione del licenziamento ritorsivo a quello discriminatorio.

L'art. 26, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, e le disposizioni analoghe sono pur sempre pensate a presidio di quella specifica e tipica parità di trattamento sancita e regolata, di volta in volta, dalle fonti che la prevedono (sesso, religione, handicap ecc.) e, almeno esplicitamente, non tutelano iniziative che riguardino altri fini (mere rivendicazioni salariali, ad esempio). Quanto, poi, all'art. 10, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, la norma attiene a un'ipotesi ben circoscritta e, per di più, il divieto ivi introdotto non sempre si rivolge alle situazioni caratterizzate da quel tratto della «ingiustificata vendetta» di cui parla la Suprema Corte. Certo, la situazione di chi formula delle rivendicazioni salariali e subisce un licenziamento è molto vicina a quella di chi partecipa a uno sciopero per il rinnovo contrattuale ed è subito do-

po licenziato; queste ipotesi strutturalmente si somigliano, avendo in comune il tratto della rappresaglia compiuta a danno di diritti fondamentali del lavoratore. Rimangono, però, quegli specifici paradigmi discriminatori richiamati dall'art. 26, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, e dalle norme analoghe.

Insomma, sembra che in tal modo non ci si allontani del tutto dal procedimento già seguito dalla giurisprudenza, quando richiama l'applicazione estensiva dell'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108.

Simili sforzi vanno comunque apprezzati e il più possibile seguiti. Una tutela che vada oltre la mera nullità dell'atto e che, per i licenziamenti, comporti sempre l'applicazione dell'art. 18 Stat. lav., quando si parla di atti ritorsivi, appare irrinunciabile. Da un lato, essa è coerente con la fondamentale garanzia dell'effettività dell'azione, che implica la libertà di agire in giudizio senza il timore di subire condizionamenti di sorta (art. 24 Cost.). Dall'altro lato, non va dimenticato l'importante nesso che esiste tra l'esercizio dei diritti e la possibilità per il lavoratore di ottenere il rimedio reintegratorio (Si consenta il rinvio, per il primo aspetto, a G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, 1, pp. 132, 135 e 139 ss.; per il secondo, alla nota giurisprudenza sulla prescrizione dei diritti).

6. — *La prova* — Da ultimo occorre soffermarsi sull'onere della prova. L'indirizzo giurisprudenziale che, anche per le discriminazioni, continua ad applicare l'art. 1345 cod. civ., sembra aggravare la posizione del lavoratore. Egli, infatti, dovrebbe dimostrare sia l'esistenza del motivo illecito, sia il suo carattere determinante ed esclusivo. Un'agevolazione sembra, però, provenire dal contrario onere posto a carico del datore di lavoro di dimostrare i presupposti dell'esercizio del suo potere.

Almeno nel caso in cui il lavoratore contesti anche questi ultimi (e non deduca il solo carattere illecito dell'atto), la mancata dimostrazione da parte dell'imprenditore di una giusta causa o di un giustificato motivo comporterà l'accertamento dell'inesistenza del presupposto sostanziale di quel potere, e ciò dovrebbe implicare l'inesistenza di un concorrente motivo lecito (Cfr. E. Gagnoli, *op. cit.*, pp. 61 e 64). Se si è di questo parere, allora, il lavoratore dovrà soltanto dimostrare l'illiceità dell'atto: una prova, questa, che potrà essere data mediante presunzioni (Vedi la giurisprudenza citata nel par. 1 e, altresì, E. Gagnoli, *op. cit.*, p. 64, al quale si rinvia anche per un sintetico richiamo delle norme antidiscriminatorie che si occupano dell'onere di cui si sta parlando, considerate da questo Autore applicabili, però, solo alle «specifiche forme» di discriminazione previste dalla legge).

Nel tornare alla pronuncia in epigrafe, la Corte accenna alla prova di tutti i profili richiesti dall'art. 1345 cod. civ. compiendo una sovrapposizione che andrebbe evitata. Nonostante la norma richieda due presupposti distinti – il motivo illecito e il suo carattere determinante ed esclusivo – il Collegio ricava il primo profilo (anche) dal secondo. Certo, l'omessa deduzione o dimostrazione di concorrenti ragioni che dovrebbero essere alla base dell'atto fa pensare proprio alla ritorsione. Tuttavia, un conto è provare l'inesistenza di motivi concorrenti e un altro conto è

provare il motivo illecito. Semmai, come si è visto, dall'inerzia o dall'insufficiente attività probatoria dell'imprenditore si può dedurre l'inesistenza di altre concorrenti ragioni lecite; allo stesso tempo, però, il motivo illecito andrebbe preliminarmente provato per altra via.

È da notare, infine, che, quando la ritorsione sia al tempo stesso indiretta e diretta, sia cioè compiuta *anche* nei riguardi del dipendente le cui iniziative abbiano provocato la rappresaglia, i separati giudizi, eventualmente instaurati dai due lavoratori, avranno un'interferenza. In particolare, la pronuncia che ha accertato per prima la ritorsione potrà essere impiegata nell'altro processo come mezzo di prova (Cass. 6 giugno 1987, n. 4949, in *Mass. giust. civ.*, 1987, p. 6) o, almeno, gli elementi raccolti nel primo giudizio potranno essere utilizzati nel secondo (Trib. Milano 22 febbraio 2008, n. 2352, in *Giust. a Milano*, 2008, 4, p. 32; vd. anche Cass. 16 febbraio 2011, n. 3821, e Cass. 23 aprile 1998, n. 4183).

Giuseppe Cannati

*Dottore di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Chieti – Pescara*

*«G. d'Annunzio»*

CASSAZIONE, 9 maggio 2011, n. 10097, Sez. III civ. – Pres. Preden, Est. Chiarini, P.M. Russo (conf.) – IvInl Srl (avv.ti Ferraro F. e Ferraro G.), Bpa Spa (avv. Sabbatino) e Ma Spa c. S.A. (avv.ti Romanelli e Muto).

Conf. Corte d'Appello Napoli 30 dicembre 2005.

### **Sicurezza sul lavoro – Infortunio – Doveri del datore di lavoro.**

**Sicurezza sul lavoro – Infortunio – Servizio di sorveglianza – Decesso del lavoratore addetto al servizio di piantonamento a seguito di rapina – Nesso di causalità – Responsabilità del datore di lavoro e del committente – Danno ai superstiti.**

**Sicurezza sul lavoro – Infortunio – Servizio di sorveglianza – Decesso del lavoratore addetto al servizio di piantonamento a seguito di rapina – Nesso di causalità – Responsabilità del committente – Danno ai superstiti.**

*Il datore di lavoro deve predisporre le misure necessarie a garantire l'incolumità del lavoratore e vigilare sulla loro osservanza da parte di quest'ultimo. (1)*

*Ai sensi delle disposizioni del Ccnl, l'istituto di vigilanza è tenuto a fornire alla guardia giurata, in servizio di piantonamento, il giubbotto antiproiettile che deve ritenersi ricompreso nella nozione di «equipaggiamento». Inoltre l'istituto di vigilanza risponde del danno allorché abbia omissso di accertarsi che la vittima avesse effettivamente indossato il giubbotto antiproiettile. (2)*

*Il committente – istituto bancario – risponde del danno patito dai familiari della guardia giurata deceduta a seguito di rapina allorché abbia omissso di attivare il servizio di videosorveglianza presente in loco. (3)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1-3) OMICIDIO DELLA GUARDIA GIURATA: L'ISTITUTO DI VIGILANZA È OBBLIGATO A FORNIRE IL GIUBBOTTO ANTIPROIETTILE E LA BANCA AD ADOTTARE UN SISTEMA DI VIDEOSORVEGLIANZA

SOMMARIO: 1. Il fatto. — 2. La responsabilità del datore di lavoro in caso di rapina. In generale: cenni in tema di responsabilità da infortunio o malattia professionale. — 3. *Segue*: cenni sul danno cd. differenziale. — 4. *Segue*: cenni sull'onere della prova. — 5. Il nesso causale. — 6. La posizione della committente.

1. — *Il fatto* — Nel 1992, la vedova di una guardia giurata, anche quale legale rappresentante dei figli minori, conveniva in giudizio l'istituto di vigilanza, già datore di lavoro del defunto marito, unitamente all'istituto bancario (1) committente del servizio di piantonamento cui era stato addetto il congiunto al momento della rapina, in occasione della quale aveva perso la vita, chiedendo la loro condanna al risarcimento per i danni derivanti dall'omicidio del proprio marito, commesso da ignoti nel tentare una rapina ai danni della banca.

Emergeva che il lavoratore defunto, al momento dell'evento, non indossava il giubbotto antiproiettile, dotazione che detto datore di lavoro era obbligato a fornire a norma di contratto collettivo (2), altresì che il sistema di videoregistrazione adottato dalla banca non era attivo da alcuni giorni.

Il mancato ripristino della funzionalità di tale sistema costituiva incentivo alla realizzazione della rapina e dell'omicidio; infatti, i rapinatori, nella piena consapevolezza del non funzionamento dell'impianto, agivano a viso scoperto per sorprendere la guardia giurata infine eliminandola essendo l'unico teste oculare.

I giudici di merito condannavano in via solidale il datore di lavoro e l'istituto bancario «per gravi e colpose omissioni di elementari, consolidate e generalizzate misure di sicurezza».

L'istituto di vigilanza, in sede di legittimità, tentava di sostenere che il nesso causale tra l'inadempimento all'obbligo contrattuale di fornire l'equipaggiamento e il decesso doveva ritenersi interrotto poiché l'unica causa della morte del lavoratore era costituita dall'omessa riparazione dell'impianto di videosorveglianza da parte della banca.

A sostegno di tale tesi ricordava che i tre rapinatori avevano agito a volto scoperto sapendo che il sistema di videocontrollo non era funzionante da alcuni giorni, e perciò deliberatamente avevano eliminato l'unico testimone della tentata rapina. Il datore di lavoro sosteneva, altresì, che il giubbotto antiproiettile era stato posto a disposizione della guardia giurata e che non poteva fare altro che raccomandarne l'utilizzo ai dipendenti.

L'istituto di credito, dal canto suo, proponeva una diversa versione dei fatti smentita dalla sentenza di merito.

La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, rigettava i motivi di ricorso del datore di lavoro e della banca confermando il pronunciamento di condanna emesso dalla Corte territoriale.

2. — *La responsabilità del datore di lavoro in caso di rapina. In generale: cenni in tema di responsabilità da infortunio o malattia professionale* — In questa sede, non essendo ne-

---

(1) La sentenza in commento è stata emessa dalla terza Sezione civile della Suprema Corte e dal corpo della sentenza non si evince la ragione per cui non sia stata trattata dalla magistratura in funzione di giudice del lavoro secondo il rito di cui agli artt. 409 ss. cod. proc. civ., cui è sicuramente demandata la competenza per il risarcimento dei danni conseguenti agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali.

(2) Nella sentenza si fa riferimento all'art. 73 del Ccnl istituti di vigilanza 1° marzo 1991, applicabile alla fattispecie *ratione temporis*.

cessario dilungarsi sull'argomento, si farà riferimento alla giurisprudenza di legittimità che, nell'ermeneutica dell'art. 2087 cod. civ., ha fornito sicure indicazioni che guidano l'interprete nell'indagine per l'accertamento della responsabilità del datore di lavoro in relazione ai danni subiti dai propri dipendenti – in generale – per infortuni sul lavoro e malattie professionali.

È stato precisato che la responsabilità conseguente alla violazione dell'art. 2087 cod. civ. ha natura contrattuale, perché il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato per legge (ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.) dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza (art. 2087 cod. civ.), che entra così a far parte del sinallagma contrattuale (3).

La responsabilità del datore di lavoro per violazione dell'art. 2087 cod. civ. può discendere da fatti commissivi o da comportamenti omissivi (4); questi ultimi possono consistere nella mancata osservanza di norme specifiche di legge, oppure dettate dalla prudenza e dalla esperienza, in relazione alla particolarità del lavoro e allo sviluppo tecnologico sia nella organizzazione del lavoro, sia nelle tecniche di prevenzione, come discende dall'articolo 2087 cod. civ. «che costituisce norma di chiusura del sistema antinfortunistico, estensibile a situazioni e ipotesi non ancora espressamente considerate dalle norme antinfortunistiche specifiche» (5).

La fattispecie posta all'esame della Corte di legittimità nella sentenza in commento, è antecedente sia alle disposizioni del d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, che del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ma già allora trovavano applicazione specifiche norme contenute nel d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547 (6), che imponevano ai datori di lavoro di rendere edotti i lavoratori dipendenti dei rischi specifici esistenti nell'ambiente di lavoro focalizzando l'attenzione sul responsabile, a vario titolo, del contesto lavorativo, in sostanza affermando che il rischio ambientale deve essere coperto da chi organizza il lavoro (7).

La giurisprudenza di legittimità ha chiarito che i comportamenti omissivi possono consistere sia nel mancato apprestamento di misure organizzative e fisiche di sicurezza che nella mancata informazione circa i rischi della lavorazione, e che, in entrambi i casi, il danno può derivare non solo da comportamenti del datore di lavoro o di suoi dipendenti (art. 2049 cod. civ.), e comunque da fattori rientranti nel suo dominio diretto, ma anche da comportamenti di terzi (8).

Fra i comportamenti di terzi sono da ricomprendere anche gli atti criminosi

---

(3) Così Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, in *Mass. giur. it.*, 2009; *adde* Cass. 25 maggio 2006, n. 12445; Cass. 13 agosto 2008, n. 21590, Cass. 14 aprile 2008, n. 9817, Cass. 23 aprile 2008, n. 10529.

(4) *Ex plurimis*, Cass. 18 maggio 2006, n. 11664

(5) Così Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, cit.; *adde, ex plurimis*, Cass. 4 marzo 2005, n. 4723; Cass. 8 febbraio 2005, n. 2444; Cass. 22 marzo 2002, n. 4129; Cass. 20 aprile 1998, n. 4012.

(6) Decreto abrogato dall'art. 304, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, con i limiti e la decorrenza ivi previsti.

(7) Cass. 22 marzo 2002, n. 4129.

(8) Cfr. Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, cit.

(fra cui le rapine) per i quali la giurisprudenza di legittimità ha ripetutamente affermato la responsabilità del datore di lavoro (9).

Per venire al caso in esame, il Supremo Collegio, con la sentenza in commento, ha confermato che l'istituto di vigilanza è rimasto inadempiente agli obblighi connessi all'utilizzo dei dispositivi di protezione costituiti dai giubbotti antiproiettile. Il lavoratore deceduto, infatti, non indossava il predetto giubbotto e si era trovato ad affrontare i malviventi senza tale difesa.

La Cassazione ha respinto l'argomento della società secondo cui, una volta messo a disposizione dei dipendenti il dispositivo di protezione, non poteva fare altro che raccomandare loro di utilizzarlo. I giudici di legittimità hanno confermato la responsabilità dell'istituto di vigilanza rilevando l'obbligo a carico del datore di lavoro di controllo in ordine all'utilizzo del giubbotto antiproiettile «quale misura cautelare minimale per la prevenzione delle conseguenze derivabili da una rapina a mano armata» (10).

I giudici di legittimità hanno, in tal modo confermato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'adozione delle misure necessarie, allorché il concreto funzionamento delle misure esiga la collaborazione del dipendente, comprende il controllare che da parte del lavoratore questa collaborazione vi sia (11). Il controllo presuppone che il lavoratore sia messo a conoscenza della necessità della sua collaborazione e delle conseguenze che potrebbero derivare dalla sua omissione, sicché il datore di lavoro deve formare oltre che informare adeguatamente il dipendente circa la necessità della sua puntuale e quotidiana collaborazione.

In conclusione non rileva il fatto che tale giubbotto fosse stato semplicemente consegnato al dipendente in quanto la società avrebbe dovuto verificare, con continuità, l'effettiva collaborazione da parte del dipendente nell'utilizzo di tale misura antinfortunistica.

Quale conseguenza di tali principi vi è l'impossibilità di configurare un esonero di responsabilità per il datore di lavoro nel caso in cui il lavoratore, adottando un comportamento colpevole, ometta di collaborare per la propria tutela dell'integrità fisica e della personalità morale.

Infatti, come affermato dalla Suprema Corte, la responsabilità del datore è esclusa solo ove si provi che la condotta del lavoratore è indipendente dalla sfera di organizzazione e dalle finalità del lavoro e, in tal modo, si provi l'estraneità del rischio affrontato dal lavoratore nei confronti di quello connesso alle esigenze e alle modalità del lavoro da svolgere. L'indipendenza e l'estraneità si identificano nell'assenza di causale connessione fra comportamento del datore ed evento lesi-

---

(9) Ad es., per stressanti turni di lavoro, Cass. 23 maggio 2003, n. 8230; per mancato apprestamento di misure di protezione, Cass. 20 aprile 1998, n. 4012; Cass. 15 giugno 1999, n. 5969; in ipotesi di rapimento di lavoratore italiano all'estero, Cass. 22 marzo 2002, n. 4129.

(10) Così Cass. 9 maggio 2011, n. 10097, in commento.

(11) Cass., Sez. lav., 3 luglio 2008, n. 18376, Cass. 17 febbraio 1998, n. 1687, e Cass. 19 agosto 1996, n. 7636.

vo, e conducono a considerare in tale ipotesi la condotta del lavoratore come causa di per sé sola sufficiente a determinare l'evento, e quindi a qualificarla (nei confronti dell'attività contrattualmente prevista) come abnorme (12).

Con riferimento all'obiezione dell'istituto di vigilanza secondo cui sarebbe opinabile l'obbligatorietà della dotazione antiproiettile, sarebbe stato possibile semplicemente ricordare che, in applicazione dell'art. 2087 cod. civ., sul datore di lavoro incombe l'obbligo di adottare le misure informate alla prudenza e alla esperienza, in relazione alla peculiarità del lavoro e allo sviluppo tecnologico sia nella organizzazione del lavoro, sia nelle tecniche di prevenzione.

Ma il Supremo Collegio ha ritenuto che, nella specie, la fornitura del giubbotto antiproiettile costituisca una misura cautelare necessaria non solo per tale ragione, bensì anche in diretta applicazione della disposizione di cui al contratto collettivo nazionale di lavoro fornendone un'importante interpretazione.

La Corte, invero, con riguardo all'obbligo di cui all'art. 73 del contratto collettivo, interpretando la disposizione contrattuale che assegna al dipendente il diritto a «uniforme ed equipaggiamento» (13), ha ritenuto che essa comprenda manifestamente l'obbligo di fornire alle guardie giurate il giubbotto antiproiettile (14).

3. — Segue: *cenni sul danno cd. differenziale* — Per completezza appare utile un cenno al cd. danno differenziale (15) in quanto, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 2000, per il danno biologico, inteso come la lesione all'integrità psico-fisica, suscettibile di valutazione medico-legale, della persona (art. 13 d.lgs. n. 38/2000), è stato posto a carico dell'Inail l'obbligo di erogazione di un indennizzo al posto della rendita per inabilità permanente in relazione a quegli infortuni denunciati o malattie professionali verificatesi dopo il 26 luglio 2000 (entrata in vigore del d.m. 12 luglio 2000).

L'indennizzo è costituito: dall'erogazione in capitale, se la menomazione è pari o superiore al 6% e inferiore al 16%; dall'erogazione in forma di rendita, se la menomazione supera il 16%, in base alle tabelle approvate dal d.m. 12 luglio 2000.

L'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000, però, disciplina esclusivamente un «indennizzo»: concetto che nella teoria generale del diritto è ben distinto dalla nozione di «risarcimento», perché non copre tutte le voci di danno scaturite dall'evento. Infatti, la giurisprudenza ritiene azionabile verso il datore di lavoro la differenza fra

---

(12) Così Cass., Sez. lav., 3 luglio 2008, n. 18376.

(13) Come disposto sia dall'art. 73 del Ccnl del 1991 scrutinato in sentenza che dall'art. 119 dell'attuale Ccnl.

(14) Sul punto si veda il caso esaminato da Cass., Sez. lav., 3 luglio 2008, n. 18376, nel quale si è discusso del fatto che l'uso del giubbotto antiproiettile non risulta prescritto da specifiche disposizioni di legge dovendosi diversamente ricorrere all'obbligatorietà di tutte quelle «misure necessarie» ai sensi dell'art. 2087 cod. civ.

(15) Come detto, la digressione appare necessaria per completezza in quanto la nozione di danno differenziale non è applicabile al caso sottoposto all'attenzione della Corte di Cassazione nella sentenza in commento, nel quale si controverte su di un'ipotesi di risarcimento del danno verso superstiti antecedente al 26 luglio del 2000.

l'integrale risarcimento del danno e quanto erogato dall'Inail introducendo la ben nota questione del cd. danno differenziale.

La tesi secondo cui l'unico soggetto tenuto al ristoro del danno patito dal dipendente in caso di infortunio o malattia professionale sarebbe l'Inail è stata giudicata priva di fondamento (16).

Come detto, l'art. 13, d.lgs. n. 38/2000, prevede la copertura assicurativa Inail anche per il danno biologico, pur se con l'esclusione delle menomazioni inferiori al 6% e del danno biologico temporaneo, ma deve evidenziarsi che è orientamento costante quello che ritiene in capo al dipendente il diritto di richiedere il cd. danno differenziale al responsabile del sinistro, oltre che nel caso di differenziale cd. qualitativo, relativo a voci comunque non coperte, quali lesioni biologiche inferiori al 6%, invalidità temporanea e danno morale, anche nel caso di differenziale cd. quantitativo, in relazione alla minor quantificazione economica del danno da invalidità permanente operata dalle tabelle Inail rispetto a quella operata dalla giurisprudenza.

Sotto un profilo letterale, infatti, la giurisprudenza rimarca la definizione di «indennizzo» data all'emolumento – che è distinto dal «risarcimento» – nel quale non sono coperte tutte le voci di danno scaturite dall'evento. Inoltre, sotto un profilo sistematico, l'indennizzo deve essere erogato «in luogo della prestazione di cui all'art. 66, comma 1, n. 2, T.U. n. 1124/1965», e l'art. 10 di detto T.U. prevede proprio il risarcimento del danno «per la parte che eccede l'indennità liquidata a norma degli artt. 66 ss.», sicché appare confermata la risarcibilità del danno differenziale.

Infine, sotto un profilo logico-interpretativo, diversamente opinando, ne conseguirebbe un'evidente riduzione di tutela tra la situazione del lavoratore nel periodo *ante* d.lgs. n. 38/2000, allorché il danno doveva essere risarcito integralmente, e la situazione successiva, nella quale il danno andrebbe solo indennizzato. Inoltre verrebbero a generarsi illogiche disparità di trattamento, ad esempio, tra la situazione del lavoratore che subisce un danno del 5%, integralmente risarcito dal datore di lavoro, e quello del prestatore che subisce un danno superiore al 6%, solamente indennizzato dall'Inail; tra la situazione del lavoratore che subisce un danno biologico, solo indennizzato dall'Inail, e il non lavoratore che subisce lo stesso danno, integralmente risarcito dall'autore del danno stesso, in palese contraddizione non solo con il principio di uguaglianza, ma anche con il *favor laboratoris* che permea il nostro ordinamento giuridico.

All'esito di tale breve *excursus* in tema di risarcibilità del danno a seguito di in-

---

(16) Fanno esplicito riferimento alla nozione di danno differenziale che deve essere risarcito dal datore di lavoro: Cass. 7 gennaio 2009, n. 45, cit., Cass., 4 agosto 2008, n. 21112, Cass. 18 gennaio 2008, n. 1068. Per la giurisprudenza di merito, fra le molte, si richiama Trib. Roma – Est. Vincenti – 6 ottobre 2011, n. 15746; *adde* Corte d'App. Torino 23 novembre 2004, Trib. Genova 17 agosto 2007, Trib. Roma 8 gennaio 2009, Trib. Chieti 14 gennaio 2009, Corte d'App. Bologna 25 luglio 2008, Trib. Pisa n. 1012/2008; Trib. Pisa n. 19/2008; Trib. Vicenza n. 321/2007; Trib. Vicenza n. 80/2007; Trib. Siena n. 541/2008; Trib. Terni n. 148/2008.

fortunio sul lavoro o malattia professionale si deve dar conto della ragione per la quale tale digressione ha solo parziale attinenza con lo specifico caso esaminato dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

Ebbene, nel caso scrutinato, si tratta di danno subito da superstiti i quali non rientrano nel novero dei soggetti destinatari dell'indennizzo di cui all'art. 13 del d.lgs. n. 38 del 2000; inoltre, all'esito del procedimento, è stato liquidato esclusivamente il danno morale subito dai congiunti, che costituisce una componente del danno non patrimoniale non coperta dall'indennizzo anzidetto. In quel caso, quindi, allorché l'evento si fosse verificato nel periodo di vigenza del d.lgs. n. 38 del 2000 non si sarebbe dovuto parlare di danno differenziale in quanto l'integrale ristoro sarebbe stato a carico del datore di lavoro.

4. — Segue: *cenni sull'onere della prova* — Il riparto degli oneri probatori nella domanda di risarcimento del danno (differenziale) da infortunio sul lavoro o malattia professionale deriva dalla natura contrattuale della responsabilità e si pone negli stessi termini che nell'art. 1218 cod. civ., sull'inadempimento delle obbligazioni (17).

La regola in tale materia, desumibile dall'art. 1218 cod. civ., è che il lavoratore/creditore che agisca per il risarcimento del danno deve provare tre elementi: la fonte (negoziale o legale) del suo diritto, il danno, e la sua riconducibilità al titolo dell'obbligazione; a tale scopo egli può limitarsi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre è il debitore convenuto a essere gravato dell'onere di provare il proprio adempimento, o che l'inadempimento è dovuto a causa a lui non imputabile (18).

5. — *Il nesso causale* — Nella sentenza in commento, in presenza di specifiche censure avanzate dal datore di lavoro con il gravame, è stato esplorato con attenzione il nesso di causalità fra l'infortunio mortale occorso al lavoratore e la condotta inadempiente dell'azienda.

La Corte si è trovata al cospetto di un caso nel quale il lavoratore era deceduto a seguito di due colpi mortali d'arma da fuoco a lui inferti da malviventi a viso scoperto, i quali avevano perpetrato il delitto nella convinzione di eliminare l'unico testimone oculare poiché il sistema di videosorveglianza della banca era inattivo.

L'istituto di vigilanza aveva tentato di enfatizzare tale ultima circostanza per sostenere l'interruzione del nesso eziologico in quanto – a suo dire – l'omicidio

---

(17) Cass. n. 21590/2008, cit., Cass. 8 maggio 2007, n. 10441, Cass. 24 febbraio 2006, n. 4184.

(18) Cass., Ss.Uu., 30 ottobre 2001, n. 13533, cui si è conformata tutta la giurisprudenza di legittimità successiva; cfr. Cass. 25 ottobre 2007, n. 22361, Cass. 19 aprile 2007, n. 9351, Cass. 26 gennaio 2007, n. 1743. Secondo A. Vallebona, in *Mass. giur. lan.*, 2009, n. 3, p. 188, il lavoratore deve provare il nesso causale immediato e diretto ex art. 1223 cod. civ. tra l'inadempimento e il danno, considerando errata, invece, l'affermazione per cui il nesso causale intercorrerebbe tra la prestazione lavorativa e il danno, in tal modo dando ingresso a una responsabilità oggettiva pacificamente esclusa.

sarebbe comunque avvenuto pur se il dipendente avesse indossato il giubbotto antiproiettile, poiché la causa esclusiva del tragico evento era l'omessa riparazione, protrattasi per diversi giorni, da parte della banca dell'impianto di videosorveglianza.

In sostanza, secondo la sua ricostruzione, la rapina non sarebbe stata attuata dai malviventi allorché il sistema di controllo visivo fosse stato funzionante in quanto costoro, agendo a volto scoperto, avevano di fatto confermato la consapevolezza della circostanza che li aveva condotti all'omicidio per eliminare l'unica possibilità di un loro riconoscimento.

La sentenza risolve la questione del nesso eziologico ricorrendo al criterio della causalità materiale (19), ritenendo il datore di lavoro responsabile per non avere messo a disposizione il giubbotto antiproiettile e controllato che tale strumento fosse indossato «quale misura cautelare minimale per la prevenzione delle conseguenze derivabili da una rapina a mano armata».

Dunque, la Corte ha stimato corretta la valutazione operata dalla Corte territoriale in ordine all'efficienza eziologica della condotta del datore di lavoro (mancato controllo sull'utilizzo del giubbotto antiproiettile) rispetto all'evento, in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen., in virtù della quale il concorso di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute, anche se indipendenti dall'azione del colpevole, non esclude il rapporto di causalità fra l'azione e l'omissione e l'evento, così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita scrutinata.

La condotta del datore di lavoro risultava adottata in violazione della disposizione di cui al d.P.R. n. 547 del 1955, art. 4, lett. c, in forza del quale costui «doveva disporre ed esigere che i singoli lavoratori osservassero le norme di sicurezza e usassero i mezzi di protezione a loro disposizione dall'inizio alla fine del servizio, e anche nella zona circostante il luogo di lavoro, se ugualmente pericolosa».

6. — *La posizione della committente* — Il Supremo Collegio ha ritenuto l'istituto di credito responsabile anch'esso per il danno patito dai superstiti della vittima confermando la valutazione operata dalla Corte di merito.

La condotta omissiva della banca consisteva in gravi e colpose omissioni di

---

(19) In tema di nesso causale e applicazione del criterio della causalità materiale si veda, Cass. civ. Sez. III, 21 luglio 2011, n. 15991, in *Corriere giur.*, 2011, 12, pp. 1672 ss., con nota di M. Bona, secondo cui il giudice deve accertare, sul piano della causalità materiale (rettamente intesa come relazione tra la condotta e l'evento di danno, alla stregua di quanto disposto dall'art. 1227, comma 1, cod. civ.), l'efficienza eziologica della condotta rispetto all'evento in applicazione della regola di cui all'art. 41 cod. pen., così da ascrivere l'evento di danno interamente all'autore della condotta illecita, per poi procedere, eventualmente anche con criteri equitativi, alla valutazione della diversa efficienza delle varie concause sul piano della causalità giuridica (rettamente intesa come relazione tra l'evento di danno e le singole conseguenze dannose risarcibili all'esito prodottesi) onde ascrivere all'autore della condotta, responsabile *tout court* sul piano della causalità materiale, un obbligo risarcitorio che non comprenda anche le conseguenze dannose non riconducibili eziologicamente all'evento di danno, bensì determinate dal fortuito.

elementari, consolidate e generalizzate misure di sicurezza fra cui era annoverata la necessità di «garantire la funzionalità dell'impianto di videoripresa quale elementare misura di sicurezza [...] quale obbligo extracontrattuale, derivante dalla natura dell'attività svolta, nell'adempimento di obblighi di solidarietà sociali minimi e per la tutela di diritti inviolabili e personalissimi, costituzionalmente tutelati (art. 2 Cost.)».

Da cui il principio secondo il quale la predisposizione di un sistema di videosorveglianza costituisce un presidio minimo da cui un istituto bancario non può prescindere proprio per l'efficacia dissuasiva verso azioni criminose e a protezione dei prestatori di lavoro.

La condanna, dunque, è seguita alla individuazione di una responsabilità diretta di entrambi gli autori delle condotte omissive sebbene si potesse giungere alla condanna della banca committente anche richiamando l'obbligo di informazione e protezione dei lavoratori posto direttamente a carico del committente.

Invero, la giurisprudenza di legittimità ha affermato la sussistenza di una responsabilità solidale del committente in virtù di una corretta interpretazione delle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 del d.P.R. n. 547/1955 che conduce a configurare l'ambiente di lavoro come il luogo nel quale ciascun datore di lavoro è obbligato, *ex art. 2087 cod. civ.*, all'attività di informazione e protezione dei dipendenti ivi presenti (20).

Successivamente al gennaio 2007, tale responsabilità è stata esplicitamente prevista dalla disposizione di cui all'art. 7, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 626/94 (21) e, quindi, a seguito dell'abrogazione di questa, dall'art. 26, comma 4, del d.lgs. n. 81/2008 nel quale esplicitamente si afferma che l'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori, per tutti i danni conseguenti a infortuni e malattie professionali.

Filippo Aiello  
*Avvocato in Roma*

---

(20) Cass. civ., Sez. lav., 7 gennaio 2009, n. 45, cit.

(21) Comma aggiunto dal comma 910 dell'art. 1, legge 27 dicembre 2006, n. 296, che recitava: «L'imprenditore committente risponde in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali ulteriori subappaltatori, per tutti i danni per i quali il lavoratore, dipendente dall'appaltatore o dal subappaltatore, non risulti indennizzato a opera dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro».

# DIRITTO SINDACALE

---

## I

CORTE D'APPELLO CALTANISSETTA, 24 giugno 2011 – Pres. Nicastro, Est. Catalano – Comune di Piazza Armerina (avv.ti Bonura e Mela) c. Cisl-F.P. Enna (avv. Lo Giudice).  
Conf. Trib. Enna 21 ottobre 2009.

**Condotta antisindacale – Atti di valenza generale dei Comuni – Informazione preventiva ai sindacati – Non dovuta – Omissione dell'obbligo di consultazione ex art. 6, d.lgs. n. 165/2001 – Sussiste.**

*In vigenza dell'art. 7 del Ccnl Regioni e Autonomie locali stipulato il 1° aprile 1999, gli atti di valenza generale concernenti il rapporto di lavoro, l'organizzazione degli uffici e la gestione delle risorse umane sono sottratti all'informazione preventiva nei confronti dei Sindacati e alla conseguente concertazione. Al contrario, gli stessi atti soggiacciono all'obbligo di «consultazione» di cui all'art. 6, d.lgs. n. 165/2001, sicché integra una condotta antisindacale l'adozione dell'atto senza la preventiva «consultazione». (1)*

## II

CORTE D'APPELLO CATANIA, 27 aprile 2011, Sez. lav. – Pres. Nigro, Est. Cordio – Iti «Stanislavo Cannizzaro» (Avv. dello Stato) c. Cgil-Scuola Catania (avv. Spataro).  
Conf. Trib. Catania 27 maggio 2008.

**Condotta antisindacale – Assemblea «di strada» – Omissione degli adempimenti collaborativi del dirigente scolastico – Art. 8 Ccnl Scuola 2003 – Sussiste.**

*In materia di assemblea sindacale durante l'orario di lavoro sono del tutto irrilevanti le modalità di svolgimento dell'assemblea, rimesse all'autonoma determinazione del Sindacato proponente, mentre è inibito all'amministrazione di esercitare ogni forma di controllo su tali modalità. È antisindacale, pertanto, il comportamento del dirigente scolastico che, in violazione dell'art. 8, comma 8, Ccnl Scuola 2003, abbia omesso di preavvertire, mediante circolare interna, il personale della scuola circa la indizione di un'assemblea sindacale a carattere territoriale in forma di manifestazione pubblica da svolgersi sulla pubblica via. (2)*

I testi delle sentenze sono pubblicati in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1-2) L'ART. 28 STAT. LAV. ALLA PROVA DEL TEMPO: DA NORMA  
A GARANZIA DELL'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI SINDACALI A STRUMENTO  
DI LOTTA SINDACALE NELLA P.A.

SOMMARIO: 1. Premessa. Le azioni per comportamento antisindacale nella pubblica amministrazione. — 2. L'assemblea sindacale nel comparto Scuola. Limiti nelle modalità di svolgimento. — 3. Informazione preventiva, concertazione, consultazione negli atti di valenza generale dei Comuni. — 4. Conclusioni.

1. — *Premessa. Le azioni per comportamento antisindacale nella pubblica amministrazione* — Le sentenze che si annotano hanno in comune il fatto di pronunciarsi su denunciati comportamenti antisindacali della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 28 Stat. lav., contribuendo a delineare, per via interpretativa, ulteriori e più ampi spazi dell'iniziativa sindacale nel contesto della pubblica amministrazione; qui l'attività delle organizzazioni sindacali, per comune constatazione, non soffre quelle limitazioni o resistenze che (soprattutto storicamente) hanno contraddistinto l'esperienza del movimento sindacale nell'impresa privata.

È del resto diffusa in dottrina l'idea di considerare lo Statuto dei lavoratori come fortemente condizionato dalla struttura produttiva del paese al tempo della sua approvazione (1), mentre non è dubbio come l'art. 28 abbia rappresentato, in tale contesto, la via per assicurare maggiore effettività ai diritti riconosciuti dallo stesso Statuto.

Come noto, la generalizzazione della tutela avverso il comportamento antisindacale del datore di lavoro pubblico è avvenuta, nel nostro ordinamento, per effetto di successive estensioni della disciplina statutaria, superando anche lo scoglio

---

(1) Cfr. T. Treu, *A quarant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, pp. 7 ss. L'Autore sottolinea, anzi, come l'orizzonte dello Statuto sia proprio la fabbrica di stampo «fordista» più che l'impresa, ricavandone l'esigenza di una riscrittura dello Statuto o, esplicitamente, di un nuovo Statuto dei lavori in grado di rappresentare e garantire le nuove forme del lavoro nell'impresa e all'esterno di essa.

del riparto di giurisdizione, a sua volta intrecciato col tema del «carattere» del comportamento antisindacale (a seconda, cioè, che si trattasse di cd. condotte pluri-offensive o monoffensive) (2).

Se, dunque, oggi non sussiste più alcuna distinzione, quanto a intensità di tutela e procedimento giurisdizionale, tra la pubblica amministrazione e l'imprenditore privato nell'applicazione dell'art. 28 Stat. lav., rimane il diverso impatto (e la diversa rilevanza sociale) che la disciplina repressiva determina quando il conflitto riguarda l'uno o l'altro datore di lavoro.

Sempre più spesso, infatti, le azioni *ex art. 28* nella pubblica amministrazione appaiono finalizzate a sciogliere i nodi interpretativi di una normativa (di legge e contrattuale) non sempre chiara e lineare, piuttosto che a consolidare e difendere nella prassi le prerogative riconosciute al Sindacato dalla legge e dalle norme pattizie (3).

---

(2) In origine, solamente gli enti pubblici economici, ai sensi dell'art. 37 Stat. lav., erano soggetti alla disciplina statutaria nel suo complesso e, dunque, a quella specifica di cui all'art. 28. La giurisprudenza, del resto, aveva più volte segnalato l'ontologica differenza tra impiego privato e pubblico impiego, facendone discendere la impossibilità di applicare l'art. 28 alla pubblica amministrazione (cfr., in tema, Corte Cost. 20 maggio 1976, n. 118, in *Foro it.*, 1976, I, 1419, e Corte Cost. 5 maggio 1980, n. 68, in *Foro it.*, 1980, I, 1555). Il sistema era, peraltro, composito. Esclusa l'ammissibilità dell'art. 28 nei confronti dello Stato – salva solamente l'azione ordinaria del Sindacato dinanzi al giudice civile avverso i comportamenti monoffensivi –, per gli enti pubblici non economici la giurisprudenza ammetteva l'azione *ex art. 28* dinanzi al giudice civile, sempre che si trattasse di condotte monoffensive, perché altrimenti – vale a dire nel caso di condotte pluri-offensive (cioè lesive, a un tempo, di interessi collettivi e di diritti del prestatore di lavoro) – scattava la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Successivamente, l'art. 6 della legge n. 146/1990 ha aggiunto due commi all'art. 28 (poi abrogati dall'art. 4, legge n. 83/2000), così espressamente estendendo la tutela *ex art. 28* allo Stato e agli enti pubblici non economici, ma sempre con il limite delle condotte monoffensive e sempre che il Sindacato non avesse chiesto la «rimozione» degli effetti, perché in questo caso la giurisdizione era parimenti attratta dal giudice amministrativo, cui apparteneva anche la cognizione nei casi di condotte pluri-offensive. Finalmente l'art. 68, comma 3, d.lgs. n. 29/1993 (introdotto dall'art. 29, comma 3, d.lgs. n. 80/1998), poi trasfuso nel vigente art. 63, comma 3, d.lgs. n. 165/2001, ha esteso la giurisdizione del giudice ordinario del lavoro a tutte le controversie *ex art. 28* avverso le pubbliche amministrazioni, eliminando ogni residua giurisdizione del giudice amministrativo in materia (sul tema si vd. M.T. Carinci, *L'estensione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori alle pp.aa.*, in *Diritto del lavoro. Commentario, il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci, L. Zoppoli, I, Utet, Torino, 2004, pp. 196 ss.).

(3) Senza alcuna pretesa di completezza si possono citare, oltre alla decisione in commento, i casi affrontati da numerosi Tribunali a seguito delle novità introdotte dal d.lgs. n. 150/2009 (di attuazione della delega legislativa di cui alla legge n. 15/2009), che ha fortemente ridimensionato il ruolo delle organizzazioni sindacali in tema di relazioni sindacali e contrattazione collettiva, facendo sorgere numerosi dubbi di diritto intertemporale (Trib. Pesaro 19 luglio 2010 e Trib. Torino 2 aprile 2010, in q. *Riv.*, 2010, II, pp. 527 ss., con nota di G. D'Auria). Si vedano anche Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010 e Trib. Trieste 5 ottobre 2010, inedite a quanto consta, ma citate da A. Alaimo, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel d.lgs. n. 150/2009; la riforma alla «prova del tempo»*, in q. *Riv.*, 2010, II, p. 552. In tema si tenga conto, oggi, della recente approvazione del d.lgs. 1° agosto 2011, n. 141,

Si tratta, è ovvio, di un confine difficile da tracciare, tanto più che l'impronta motivazionale dell'azione repressiva rimane confinata, normalmente, in un ambito extragiuridico; ciò non di meno affiora, a nostro giudizio, una tendenza a ricercare, proprio attraverso lo strumento statutario, nuovi spazi di iniziativa nel rapporto dialettico tra organizzazioni sindacali, spesso marginali nella rappresentanza degli interessi, e pubbliche amministrazioni.

Un fenomeno, per certi versi, accentuato dal progressivo «decentramento» delle sedi di contrattazione collettiva e dalla proliferazione, sul territorio, dei centri di spesa nella gestione delle risorse destinate a incentivare il lavoro dei pubblici dipendenti (4).

Un fenomeno, ci sia consentito rilevarlo, che rischia, paradossalmente, di accentuarsi ancor più per effetto delle recenti misure legislative intese a ridurre e marginalizzare il ruolo delle organizzazioni sindacali in sede di contrattazione decentrata (5).

Le sentenze qui annotate, accomunate, come detto, dal pronunciare su denunciati comportamenti antisindacali della p.a., sono entrambe proiettate in avanti, nel senso di indicare, anche per il futuro, ulteriori spazi alle iniziative delle organizzazioni sindacali, con soluzioni interpretative non sempre condivisibili, segnalandosi, sotto questo profilo, per la novità delle soluzioni adottate.

Tali i tratti comuni, le decisioni si differenziano, invece, per oggetto del giudizio, *iter* processuale (in un caso con decisione in sede sommaria di segno diverso) e, anche, per intrinseca coerenza logica delle soluzioni adottate.

2. — *L'assemblea sindacale nel comparto Scuola. Limiti nelle modalità di svolgimento* — La Corte d'Appello di Catania, nella seconda sentenza in epigrafe, era chiamata a decidere sulla sussistenza del comportamento antisindacale del dirigente scolastico di un Istituto tecnico che, ricevuta a mezzo fax una comunicazione con la quale veniva indetta un'assemblea sindacale a carattere territoriale da svolgersi dinanzi alla sede del Csa (oggi Usp, Ufficio scolastico provinciale) di Catania sulla pubblica via, si asteneva dal darne comunicazione al personale della scuola, in violazione dell'art. 8, comma 8, Ccnl comparto Scuola del 24 luglio 2003.

Nella fase sommaria il Tribunale aveva rigettato il ricorso dell'organizzazione sindacale, ritenendo insussistente, nella specie, una «assemblea sindacale», mentre, su opposizione del Sindacato soccombente, il Tribunale, nella fase a cognizione piena, riconosceva l'antisindacalità della condotta tenuta dal dirigente scolastico, ordinando alla parte resistente di eliminarne gli effetti mediante pubblicazione della sentenza con circolare interna.

La sentenza di appello, nel confermare la decisione del Tribunale, si muove su

---

che ha introdotto anche norme di interpretazione autentica sulla entrata in vigore della disciplina collettiva (cfr., in particolare, art. 5).

(4) Il fenomeno ha assunto proporzioni significative in alcuni comparti della p.a.: si faccia il caso delle scuole pubbliche divenute, a seguito della conseguita personalità giuridica ai sensi dell'art. 21, legge 15 marzo 1997, n. 59, centri autonomi di contrattazione integrativa, sicché in ogni istituzione scolastica si riproduce e replica, ciclicamente, il confronto dialettico tra le parti.

(5) Cfr. A. Alaimo, *op. ult. cit.*, pp. 551 ss.

un crinale interpretativo della disciplina di legge in materia di assemblea sindacale del tutto condivisibile (6), ponendo in rilievo, in particolare, come sia inibito al datore di lavoro di esercitare forme di controllo sulle modalità di svolgimento delle assemblee sindacali (anche a carattere territoriale), scopo della disciplina di legge e pattizia essendo certamente quello di consentire lo svolgimento del diritto di riunione dei lavoratori al di fuori di ogni sia pur blando o indiretto condizionamento da parte del datore di lavoro.

Ciò, del resto, è anche ovvio, dal momento che l'assemblea sindacale è un momento privilegiato di «messa a punto» delle strategie di iniziativa o lotta sindacale nei luoghi di lavoro o a carattere territoriale.

Ed è anche vero che i riferimenti della norma contrattuale alla «idoneità dei locali», al preventivo e specifico «ordine del giorno», alla «comunicazione dell'eventuale partecipazione di rappresentanti sindacali esterni» e simili, in generale e salvo quanto diremo in prosieguo, lungi dal rappresentare limiti all'azione sindacale, evidenziano elementi posti essenzialmente nell'interesse dei lavoratori e delle stesse organizzazioni sindacali, con divieto, anche qui, per il datore di lavoro di opporsi, sotto qualsiasi forma, al dispiegarsi del diritto di assemblea accampando a scusante (o pretesto) il difetto dell'uno o dell'altro dei suddetti elementi, come la sentenza ha correttamente posto in rilievo.

Non pare dirimente la circostanza – pur essa posta in luce dalla sentenza – che l'assemblea «di strada» di cui trattasi fosse stata anche preceduta dalla comunicazione del Sindacato alle autorità di pubblica sicurezza (qualificando la riunione come «presidio dei lavoratori della scuola»), poiché una tale comunicazione – osserva la Corte – appare «funzionale alla tutela di una ben diversa tipologia di interessi (connessi alla sicurezza pubblica in occasioni di manifestazioni di qualsivoglia natura) e che, di conseguenza, non incide sul versante che qui rileva, ossia sulla natura di assemblea sindacale dell'incontro in questione né legittima alcuna forma di controllo preventivo da parte del dirigente scolastico».

Tuttavia una cosa è l'assemblea sindacale sul posto di lavoro, altra cosa la pubblica manifestazione (anche a carattere sindacale). Espressioni entrambe del fondamentale diritto di riunione (7), previsto e garantito dall'art. 17 Cost., se ne diffe-

---

(6) Sono numerose, come è noto, le pronunce della Corte di Cassazione nel senso indicato nel testo, alcune richiamate nella stessa sentenza che qui si annota (Cass. 17 maggio 2000, n. 6442, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 1048; Cass., 17 maggio 1985, n. 3038, in *Giur. it.* 1986, I, 1, p. 239). Si vedano, inoltre, Cass., 30 ottobre 1995, n. 11352, in *Giur. it.* 1997, I, 1, p. 389, con nota di Pizzi; Cass., 8 aprile 1981, n. 2035, in *Mass. giur. lav.* 1981, p. 716.

(7) Sul diritto di riunione si v., in generale, fra gli altri, A. Barbera, *Principi costituzionali e libertà di corteo*, in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. IV, Cedam, 1974, pp. 2723 ss.; R. Borrello, voce *Riunione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, vol. XL, 1989, pp. 1412 ss.; F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 712-713; G. Tarli Barbieri, *Sub art. 17*, in *Comm. cost.*, a cura di Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Utet, Torino, 2006, pp. 388 ss. Sul diritto di assemblea sindacale si v., sempre in generale, fra gli altri, G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2010, pp. 102 ss.; G. Riganò, *Le prerogative e le attività delle rappresentanze sindacali aziendali nello Statuto dei lavoratori: l'assemblea e il referendum*, in *Diritto e processo del lavoro*, tratt. breve a cura di G. Santoro Passatelli, Ipsoa, 2006, pp. 1282 ss.

renziano essenzialmente per le finalità cui tendono: l'una compenetrata, attraverso la discussione su un (di norma) preventivo ordine del giorno, nelle ragioni del confronto; l'altra finalizzata a esprimere (appunto «manifestare») un punto di vista già predeterminato.

Naturalmente è ben possibile che vi siano forme intermedie di riunione, anche in luoghi pubblici, che contengano, insieme, i caratteri dell'una e dell'altra, ma il punto essenziale – anche con riguardo alla sentenza che qui si annota – è un altro, vale a dire se, alla luce della disciplina dell'assemblea sindacale contenuta nelle norme pattizie relative al comparto Scuola (cfr. art. 8 Ccnl), la mera comunicazione (peraltro mediante fax) di una «assemblea sindacale», da svolgersi senza alcun preventivo ordine del giorno e sul luogo pubblico, sia o meno idonea a fare scattare gli adempimenti collaborativi del datore di lavoro ai sensi dell'art. 8, comma 8, del Ccnl Scuola; tanto che una tale omissione possa assurgere, appunto, a comportamento antisindacale (8).

La sentenza di appello, confermando pienamente quella del Tribunale, ha dato al quesito risposta affermativa, con gli argomenti che sopra si sono accennati.

Pare utile, prima di esternare un punto di vista in parte diverso da quello fatto proprio dalla Corte etnea, rilevare come l'art. 20 Stat. lav., nel prevedere il diritto di assemblea sindacale, sia del tutto compatibile con una disciplina pattizia finalizzata, oltre che a riconoscere eventuali condizioni di maggior favore (per es., sul monte ore annuale per le assemblee durante l'orario di lavoro), a introdurre, anche in relazione alle particolarità del settore produttivo o alle qualità del datore di lavoro, condizioni e limiti al suo svolgimento (9).

Di una tale facoltà sembra, in effetti, si siano ampiamente avvalse le parti nella disciplina dell'assemblea sindacale nel comparto Scuola.

Infatti, se si legge nella sua interezza l'art. 8 del Ccnl 2003, emerge un quadro alquanto articolato delle modalità di svolgimento delle assemblee (sia di singolo

---

(8) Nella sentenza che qui si annota, invero, a fondamento della condotta antisindacale, oltre alla omissione dell'adempimento di cui all'art. 8, comma 8, del Ccnl, viene posto anche uno scritto del dirigente scolastico col quale questi aveva espresso apprezzamenti non lusinghieri sul Sindacato in ordine all'assemblea di «strada». Tuttavia, in assenza di riferimenti sul contenuto di tale scritto, si trascurerà, nel testo, ogni riferimento in proposito, concentrando l'analisi esclusivamente sui profili di maggiore interesse legati alla omissione di cui si è detto.

(9) «Il diritto di assemblea di cui all'art. 20, legge n. 300 del 1970, deve essere esercitato con l'osservanza dei limiti coesenziali alla sua attribuzione e, quindi, con modalità tali da non ledere interessi dialetticamente contrapposti ed elevati dall'ordinamento al rango di diritti dotati di uguale o superiore tutela, come quello dei cittadini alla fruizione dei servizi pubblici essenziali [...]; ne consegue che la norma citata non è incompatibile con disposizioni di contratto collettivo che, senza escludere la possibilità di esercizio del diritto durante l'orario di lavoro, tendano a fissarne le modalità in guisa da assicurarne la compatibilità con le suddette contrapposte esigenze» (Cass. Civ., 15 giugno 1994, n. 5799, in *Riv. it. dir. lav.* 1995, II, p. 457, con nota di Angelicchio; nello stesso senso cfr. Cass., 12 gennaio 1998, n. 203, in *Giust. civ.* 1998, I, p. 1663, con nota di Manganiello; Trib. Milano 13 luglio 1996, in *Lav. giur.*, 1996, p. 1030).

istituto, che territoriali), sino ad arrivare alla previsione di divieti espliciti o limiti circa lo svolgimento dell'assemblea (cfr. comma 10: «Non possono essere svolte assemblee sindacali in ore concomitanti con lo svolgimento degli esami e degli scrutini finali»; comma 4: «Le assemblee coincidenti con l'orario di lezione si svolgono all'inizio o al termine delle attività didattiche giornaliere di ogni scuola interessata all'assemblea. Le assemblee del personale Ata possono svolgersi in orario non coincidente con quello delle assemblee del personale docente, comprese le ore intermedie del servizio scolastico»; comma 6: «Ciascuna assemblea può avere una durata massima di 2 ore se si svolge a livello di singola istituzione scolastica o educativa nell'ambito dello stesso Comune»).

Sotto altro profilo, non sembrano trascurabili gli adempimenti ai quali deve attendere il dirigente scolastico nei casi di assemblee sindacali in orario scolastico e intese, oltre che ad assicurare la raccolta delle adesioni ai fini del computo del monte ore annuale (comma 8), anche ad adottare le misure organizzative più idonee onde salvaguardare, nei limiti del possibile, le funzioni didattiche della scuola insieme all'esigenza di sicurezza per gli utenti e le loro famiglie (comma 9).

Già questi esempi concreti offrono, se non altro, un quadro ben più complesso (circa il modo di indizione e svolgimento dell'assemblea sindacale in ambito scolastico) di quanto non si possa arguire dalla semplice lettura dell'art. 20 Stat. lav. e dagli orientamenti della copiosa giurisprudenza sullo stesso formatasi, che fa da sfondo alla sentenza in esame.

Ciò che induce – a nostro avviso – a maggiore prudenza circa l'affermazione secondo la quale «non sarebbe identificabile alcun interesse del datore di lavoro in ordine alle modalità di svolgimento dell'assemblea» (10), perché al contrario qui sembra ben presente un «interesse» della pubblica amministrazione a che l'assemblea segua i canali cristallizzati nella norma pattizia, onde non sarebbe certo antisindacale il diniego allo svolgimento dell'assemblea in contrasto con i limiti o divieti espliciti discendenti dalla norma stessa, espressione di esigenze generali con riguardo alla funzionalità del servizio scolastico.

Del resto non sono mancate, in giurisprudenza, decisioni di segno diametralmente contrario, vale a dire di esclusione della condotta antisindacale in caso di opposizione o diniego allo svolgimento di assemblea comunicato senza il prescritto termine di preavviso (11), ovvero in caso di assemblea non recante alcun ordine del giorno o con ordini del giorno generici e vaghi (12); decisioni che pure suscitano – per opposte considerazioni – dubbi e perplessità.

Ma, ritornando alle modalità di svolgimento dell'assemblea sindacale in ambito

---

(10) Così Cass. n. 3038/1985, espressamente richiamata nel testo della sentenza qui annotata.

(11) Cfr. Cass. 4 febbraio 1986, n. 692, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 1691, con nota di P. Giorgi.

(12) «Non costituisce condotta antisindacale il comportamento del datore di lavoro che neghi il diritto dell'associazione sindacale a indire un'assemblea retribuita durante l'orario di lavoro, avente quale ordine del giorno “per la pace contro la guerra”»: Trib. Milano 19 dicembre 2001, in *Orient. giur. lav.*, 2001, I, p. 697.

scolastico, secondo quanto prevede l'art. 8 del Ccnl 2003, dobbiamo ora rilevare che, diversamente da quanto ha affermato la sentenza in commento, qui è certamente rinvenibile un «modello» ben definito e compiuto di assemblea (sia di istituto, che a carattere territoriale) durante l'orario di lavoro.

La norma pattizia ha chiaramente identificato e fatto proprio un «tipo» di assemblea, caratterizzato da ben precisi elementi costitutivi (svolgimento in idonei locali sul luogo di lavoro concordati con la parte datoriale pubblica; specifico ordine del giorno; durata massima; comunicazione preventiva con almeno sei giorni di anticipo; comunicazione preventiva dell'eventuale partecipazione di dirigenti sindacali esterni ecc.), oltre che dai limiti già sopra evidenziati, che contribuiscono a conferire a tale assemblea una fisionomia ben delineata oggettivamente, rendendola «riconoscibile» proprio come assemblea sindacale in orario di lavoro sin dal momento dell'indizione e comunicazione alla singola istituzione scolastica.

Beninteso, l'associazione sindacale rimane del tutto libera di indire (e pubblicizzare) assemblee o iniziative della più varia e ampia estensione; libera, persino, di indire una «assemblea sindacale» territoriale su luogo pubblico, priva di alcun ordine del giorno e anzi schiettamente finalizzata a contestare, come nella specie, le politiche «controriformiste del Governo». E si può anche persino ammettere che, a fronte di un preventivo confronto con il datore di lavoro pubblico inteso a fare rientrare una tale assemblea nel novero delle assemblee previste e disciplinate dall'art. 8 del Ccnl (soprattutto ai fini di garantire al personale la partecipazione entro il monte ore annuale), sia da considerare antisindacale la condotta del dirigente scolastico che, reso preventivamente edotto della necessità od opportunità che l'assemblea sindacale si svolga con modalità del tutto estranee al modello contrattuale, ne ostacoli lo svolgimento, anche solo omettendo di darne avviso ai lavoratori della scuola al fine di raccogliergli le adesioni e conteggiare il monte ore annuale (secondo quanto prevede il comma 8 dell'art. 8 del Ccnl).

Ben diverso è, invece, il caso affrontato dalla sentenza della Corte etnea, poiché qui la comunicazione via fax che annunciava l'assemblea sindacale territoriale sulla pubblica via (in difetto, oltretutto, di un ordine del giorno) non era stata preceduta da alcun confronto, né *ex se* era esplicitiva delle ragioni o esigenze che imponevano la deviazione dal modello tipico adottato dal contratto collettivo.

Orbene, la conclusione è chiara ed è nel senso che una mera comunicazione via fax che annuncia un'assemblea sindacale a carattere territoriale da svolgere sulla pubblica via e in assenza di qualsivoglia ordine del giorno, fuoriuscendo dal modello tipico previsto dall'art. 8 del Ccnl, pur permanendo pienamente legittima e lecita, è del tutto inidonea a far scattare, quantomeno sotto il profilo della anti-sindacalità, gli adempimenti collaborativi del dirigente scolastico previsti dal comma 8 del medesimo art. 8.

E si tratta di conclusione che, da un lato, fa salvo il tradizionale principio dell'indifferenza dell'elemento psicologico della condotta del datore di lavoro (13),

---

(13) Sebbene non manchino in giurisprudenza decisioni di segno contrario, è prevalente l'opinione, sostenuta anche da autorevole dottrina, secondo la quale il comportamento an-

non potendosi oggettivamente considerare antisindacale una condotta (omissiva) che, nella procedimentalizzazione tipica del diritto di assemblea ex art. 8 Ccnl, si limita a negare collaborazione (nelle forme del comma 8) all'esercizio di una facoltà non prevista da alcuna norma di legge o contrattuale (quella di indire assemblee territoriali di strada) e, dall'altro, pone la parte datoriale al riparo da ogni possibile (e paradossale) contraccollo di natura sindacale da parte delle organizzazioni non aderenti all'assemblea o schiettamente avverse alla stessa.

Quest'ultimo profilo non pare possa essere trascurato soprattutto oggi in un contesto di forte conflittualità sindacale (14), ove anche si consideri che, alla stregua della disciplina pattizia (cfr. comma 7 dell'art. 8 Ccnl), alla proclamazione dell'assemblea da parte di una organizzazione sindacale, specie se a carattere territoriale, possono aderire altre organizzazioni sindacali, celebrando un'unica assemblea del personale in orario di lavoro; facoltà certo più difficilmente esercitabile a misura della maggiore caratterizzazione «politica» dell'iniziativa sindacale originaria.

Ma a parte tale conseguenza, vi è che l'indizione di una assemblea in orario di lavoro – come è noto – «consuma» il monte ore disponibile per i lavoratori (nei limiti di dieci ore annue), innescando, dunque, una competizione tra le diverse sigle sindacali onde beneficiare al massimo di tale monte ore; considerazione tanto più rilevante e decisiva ove si tenga conto che, secondo il più recente orienta-

---

tisindacale di cui all'art. 28 Stat. lav. ricorre in tutte le ipotesi di condotte oggettivamente lesive degli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali «non essendo necessario (ma neppure sufficiente) uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro...» (Cass., Ss.Uu., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, p. 55, con nota di Martinucci; in *Dir. lav.* 1997, II, p. 407, con nota di Vallebona; in *Riv. giur. lav.*, 1998, II, p. 353, con nota di Reale; nello stesso senso Cass., 16 giugno 1998 n. 1600, in *Not. giur. lav.*, 1998, p. 267). La soluzione che si adombra nel testo tiene conto della particolare disciplina contrattuale del diritto di assemblea e della concatenazione degli adempimenti previsti dall'art. 8 del Ccnl, sicché, in tale contesto, la omissione di cui trattasi, a fronte di una palese deviazione dal modello tipico, non assurge – a nostro avviso – a comportamento antisindacale. È ovvio, al contrario, che qualsiasi altro comportamento (anche di carattere omissivo) che, oggettivamente, limiti o impedisca l'esplicazione di una facoltà che, per quanto non prevista esplicitamente dalla legge o dal contratto, è comunque espressione della libertà di iniziativa sindacale, permarrebbe antisindacale ai sensi dell'art. 28 Stat. lav. Del resto, e in coerenza, ci sembra che si debba evitare che la semplice «spendita» del nome assemblea sindacale sia sempre e in ogni caso idonea a innescare il procedimento per la celebrazione di un'assemblea sindacale ai sensi della disciplina pattizia qui in esame; perché così ragionando si finirebbe per considerare antisindacale l'omissione dell'adempimento previsto dal comma 8 dell'art. 8 Ccnl Scuola anche nei casi in cui l'indizione di un'assemblea fosse palesemente finalizzata a consentire la partecipazione del personale (con mantenimento della retribuzione) a una manifestazione pubblica e su luogo pubblico, per es., a carattere itinerante, ovvero in concomitanza con altre manifestazioni o (paradossalmente) in occasione di scioperi a carattere settoriale.

(14) La vicenda di questi anni dimostra, purtroppo, come sia rimasto inascoltato il monito all'unità d'azione che B. Caruso lanciava in uno scritto del 2005 sulla «postdemocrazia sindacale» e sulla crisi di sistema della rappresentanza democratica degli interessi [cfr. B. Caruso, *Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 28/2005, in particolare p. 17].

mento della Suprema Corte, il monte ore disponibile andrebbe riferito non al singolo lavoratore (che partecipa alle assemblee) ma alla generalità dei lavoratori, di tal che ove questo risulti esaurito per effetto della indizione di assemblee per un numero di ore pari a dieci, nessuna ulteriore assemblea sindacale in orario di lavoro potrà essere indetta (15).

Ben si comprende, dunque, anche sotto questo ulteriore particolare profilo, come l'attività collaborativa richiesta al dirigente scolastico dall'art. 8, comma 8, Ccnl Scuola, dovendosi necessariamente misurare con la normale dialettica sindacale, possa trovare proprio nella «procedimentalizzazione» del diritto di assemblea e nel modello tipico riconosciuto dal contratto un oggettivo riferimento, con astensione, dunque, da ogni attività collaborativa tutte le volte in cui l'esercizio del diritto, per le modalità concrete del suo svolgimento, si ponga palesemente (e in modo abnorme) al di fuori da quel modello e dalla ordinaria concatenazione degli atti.

3. — *Informazione preventiva, concertazione, consultazione negli atti di valenza generale dei Comuni* — La Corte d'Appello di Caltanissetta era chiamata a dirimere un dissidio interpretativo sorto intorno alla disciplina contrattuale relativa alle relazioni sindacali negli enti locali nei casi di adozione di atti di valenza generale come, nella specie, l'istituzione di due nuove posizioni organizzative in un Comune. Si trattava, in particolare, di stabilire se, in relazione a una deliberazione della Giunta comunale, e successivi atti, con la quale erano state istituite due nuove posizioni organizzative, era necessaria e sufficiente la mera informazione «successiva» alle organizzazioni sindacali (come era in effetti avvenuto) ovvero — come sostenuto dal Sindacato ricorrente — sarebbe stato necessario dare, prima dell'adozione della deliberazione, informazione «preventiva» alle organizzazioni sindacali, con possibile concertazione sui contenuti della deliberazione, ove richiesta da una o più organizzazioni sindacali.

La materia era (16) disciplinata dagli artt. 7 e 8 del Ccnl Regioni-Enti locali del 1° aprile 1999 e dall'art. 16 del Ccnl Regioni-Enti locali 31 marzo 1999, che approntavano un sistema piuttosto articolato di relazioni sindacali, incentrato sulla distinzione tra informazione preventiva e informazione successiva, con assegnazione all'una o all'altra delle materie riguardanti gli «atti di valenza generale, anche di carattere finanziario, concernenti il rapporto di lavoro, l'organizzazione degli uffici e la gestione complessiva delle risorse umane», a seconda che lo stesso contratto prevedesse o meno, per tali materie, la concertazione (o la contrattazione).

In sostanza, il principio fondamentale era che per tutti questi atti di valenza generale bisognasse comunque assicurare tempestiva e completa informazione alle organizzazioni sindacali, le quali, tuttavia, avevano diritto di ricevere tale informa-

---

(15) Cfr. in tal senso, fra le altre, Cass. 30 agosto 2010, n. 18838, in *q. Riv.*, 2011, II, pp. 246 ss., con nota di B. Caponetti; Cass., 22 luglio 2010, n. 17217, in *Dir. rel. ind.* 2011, con nota di F. Santini.

(16) Il sistema delle relazioni sindacali ha subito, recentemente, profonde modifiche per effetto della disciplina legislativa introdotta dal d.lgs. n. 150/2009. Cfr., *supra*, nota 3.

zione in via «preventiva» per tutte quelle materie per le quali lo stesso contratto prevedesse la concertazione (o la contrattazione).

In tal modo, come è evidente, l'informazione «preventiva» acquisiva carattere residuale e rappresentava l'eccezione rispetto al modello ordinario che, nelle materie di cui trattasi, imponeva solo ed esclusivamente l'informazione «successiva».

Il Tribunale, sia nella fase sommaria che in quella a cognizione piena, aveva ritenuto che l'atto di valenza generale contestato dal Sindacato ricorrente (col quale, si ripete, erano state istituite nel Comune due nuove posizioni organizzative) rientrasse nelle materie per le quali lo stesso contratto prevedeva la preventiva concertazione (ove tempestivamente richiesta), ritenendo, pertanto, antisindacale la condotta tenuta dal Comune che aveva dato alle organizzazioni sindacali, per tale atto di valenza generale, solamente informazione «successiva», vale a dire dopo che l'atto era stato adottato nelle forme di legge.

Lo stesso Tribunale aveva anche ritenuto che la condotta tenuta dall'amministrazione si ponesse in contrasto con l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, nella parte in cui stabilisce che «nelle amministrazioni pubbliche l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche, sono determinate in funzione delle finalità indicate dall'art. 1, comma 1, previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 9».

La Corte nissena, adita dal Comune soccombente, risolve in poche righe il problema ampiamente dibattuto in primo grado circa il rapporto tra informazione preventiva e informazione successiva, sposando in pieno la tesi propugnata dal Comune che aveva sostenuto l'esclusione dall'informazione «preventiva» (e, dunque, dalla concertazione) della deliberazione contestata, dal momento che il contenuto di essa apparteneva alle materie per le quali il contratto non prevedeva la possibile concertazione. Infatti, nessuna delle materie indicate dall'art. 16, comma 2, del Ccnl del 31 marzo 1999 o dall'art. 8 del Ccnl del 1° aprile 1999 ha un'estensione di significato tale da ricomprendere l'oggetto della deliberazione comunale che aveva istituito due nuove posizioni organizzative, tenuto anche conto che non erano stati mutati i criteri generali per il conferimento di tali posizioni organizzative (già a suo tempo concertati e inclusi nel Regolamento degli uffici e servizi del Comune).

Ciò non di meno la Corte ha rigettato l'appello, ritenendo comunque antisindacale la condotta tenuta dal Comune in quanto avrebbe violato l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 165/01, nella parte in cui impone, per gli atti di valenza generale quali quelli adottati nella specie, la preventiva «consultazione» delle organizzazioni sindacali.

Per la Corte d'Appello, la preventiva consultazione delle organizzazioni sindacali sarebbe «una forma di partecipazione sindacale esplicitamente prevista dal legislatore come immediatamente operativa, senza alcun rinvio alla contrattazione sindacale».

Ne deriva, dunque, che il Comune appellante, a giudizio della Corte, avrebbe rispettato il contratto in punto di relazioni sindacali, legittimamente negando ogni

concertazione per gli atti adottati, ma non la legge che imporrebbe, per gli stessi atti, la preventiva consultazione delle organizzazioni sindacali.

La decisione lascia perplessi. Già è singolare che la Corte ritenga la condotta tenuta dal Comune, a un tempo, conforme al sistema delle relazioni sindacali stabilito dal contratto collettivo ma non alla legge, quando si pensi che l'art. 6 in commento richiama espressamente il successivo art. 9, il quale, appunto, rinvia, come è noto, ai contratti collettivi nazionali per la disciplina dei «rapporti sindacali» e degli «istituti della partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro».

Ma soprattutto desta perplessità l'opinione secondo la quale l'art. 6, nella parte in cui impone la «preventiva consultazione», sarebbe norma immediatamente precettiva, anche se la Corte non precisa, poi, in che cosa esattamente consista la «consultazione» e, soprattutto, secondo quali modalità procedurali dovrebbe realizzarsi.

Il punto è stato affrontato da una recente decisione del Tribunale di Napoli (17) che, all'opposto, ha ritenuto la norma in questione «norma di mero indirizzo, priva di contenuto precettivo in assenza di specificazione attuativa da parte della contrattazione collettiva nazionale».

In effetti appare arduo, in un sistema (che era) caratterizzato da una forte ascendenza della regolazione pattizia, rinvenire nella legge modelli di partecipazione «collettiva» di immediata operatività.

Non pare decisiva, in tal senso, la formulazione letterale della norma che parla di «previa consultazione», in quanto l'intento del legislatore, reso palese dal rinvio al successivo art. 9, è quello di rimettere alla contrattazione collettiva nazionale la regolazione concreta dei modelli di partecipazione sindacale alle scelte organizzative della parte datoriale pubblica.

E le parti collettive, nelle specie, si sono ampiamente avvalse di tale facoltà, congegnando un sistema piuttosto complesso nel cui alveo trova certamente ampio spazio l'esigenza di assicurare al Sindacato, anche in via preventiva, il diritto a interloquire sul (e «concertare» il) contenuto di numerosi atti aventi riflessi sulla organizzazione dei rapporti di lavoro.

In altre parole, il legislatore del Testo Unico sul pubblico impiego (prima che giungesse la «sferzata» legalista di cui si dà notizia alla nota 17) aveva giustamente rimesso alle parti collettive la disciplina delle relazioni sindacali, anche a livello decentrato, solo esprimendo l'avviso che il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali dovesse avvenire anche a monte, vale a dire prima della adozione degli atti

---

(17) Trib. Napoli 2 marzo 2009, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 1055, con nota di M. Squeglia; secondo l'Autore del commento, in particolare, «l'art. 6, d.lgs. n. 165/01, non si presenta come una tipica norma avente un compiuto contenuto precettivo, non essendo dotata di autonomi e autosufficienti criteri di valutazione riconducibili alla fattispecie in essa espressamente contemplata, bensì si presta a essere considerata come una fonte pianificatoria. L'art. 9, per converso, costituisce norma di struttura che esplica una funzione complementare e di completamento attraverso il rimando della disciplina dei possibili modelli relazionali a norme contrattuali collettive».

riguardati i (o aventi riflessi sui) rapporti di lavoro, rinviando, in proposito, mediante il richiamo del successivo art. 9, alla contrattazione di livello nazionale.

Tale soluzione, oltretutto, appare più lineare e razionale rispetto a quella presupposta o prefigurata dalla decisione della Corte nissena, ove si consideri che, seguendo tale decisione, per alcune materie (quelle per le quali le organizzazioni sindacali potevano chiedere la concertazione), oltre alla informazione «preventiva» (*ex artt.* 8, Ccnl 31 marzo 1999, e 16, Ccnl 1° aprile 1999), la pubblica amministrazione avrebbe dovuto esperire anche la previa «consultazione» (*ex art.* 6, d.lgs. n. 165/01), mentre poi (ove richiesta) sarebbe stata obbligata a concertare i contenuti degli atti da adottare.

Insomma un «groviglio» di adempimenti partecipativi difficilmente giustificabile anche in un sistema incentrato, giustamente, su un protagonismo sindacale che giungeva sino alle soglie della «cogestione» nelle scelte organizzative della p.a. riguardanti i (o aventi riflessi sui) rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti.

4. — *Conclusioni* — L'esame delle sentenze annotate conferma, a nostro avviso, una tendenza ad ampliare il raggio di azione della disciplina repressiva *ex art.* 28 Stat. lav., sino a prefigurare, proprio per via giudiziaria, nuovi spazi di iniziativa sindacale nella pubblica amministrazione.

Tale tendenza appare in tutta la sua rilevanza ove si raffrontino le vicende *ex art.* 28 relative al pubblico impiego con quelle, spesso drammatiche, che hanno coinvolto, anche di recente, gli assetti produttivi e i destini di migliaia di lavoratori nell'industria privata (18).

Non si comprende, del resto, il particolare «successo» del ricorso all'art. 28 Stat. lav. nel pubblico impiego se non partendo, in generale, da una disincantata analisi circa la crisi attuale di rappresentanza degli interessi e di deficit di democrazia partecipativa (19).

In questo senso la struttura «aperta» dell'art. 28 Stat. lav., la scelta, cioè, di non tipizzare le possibili condotte antisindacali, ha offerto e offre un appiglio per azioni repressive spesso disancorate dal conflitto sociale ed esse stesse fonte o strumento di «battaglia» sindacale (20).

Ma soprattutto appare a rischio, seguendo tale crinale, la tenuta complessiva dell'impianto statutario, non tanto per le paventate o auspiccate esigenze di ade-

---

(18) Su tutte si cita il recente caso Fiat di Melfi, sul quale si sono soffermati gli organi di stampa, riguardante il licenziamento di alcuni lavoratori dello stabilimento potentino. Il Trib. Melfi, adito dal Sindacato Fiom Cgil *ex art.* 28 Stat. lav., ha, dapprima, accertato con decreto del 9 agosto 2010 il comportamento antisindacale e ordinato la reintegra dei lavoratori licenziati e successivamente, su opposizione dell'azienda soccombente nella fase sommaria, ha ribaltato tale decisione con sentenza n. 475 del 15 luglio 2011.

(19) Cfr. B. Caruso, *Verso un insolito (evitabile?) destino...*, cit.

(20) Di «atteggiamento talvolta disinvolto con cui le associazioni sindacali fanno ricorso alla tutela *ex art.* 28 Stat. lav.» parla M. Rosano nel commento a Corte d'Appello Firenze 20 marzo 2009 e Corte d'Appello Firenze 17 aprile 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 697 ss.

guamento della norma al mutato assetto dei rapporti di produzione (21), quanto per uno svuotamento dall'interno della funzione di promozione del Sindacato sui luoghi di lavoro.

Se, infatti, l'art. 28 Stat. lav. trova nell'esigenza o bisogno di «effettività» dei diritti «del lavoro» la sua ragion d'essere (22), se, cioè, «diritti individuali e dimensione collettiva» devono necessariamente marciare di pari passo (23), non può non destare perplessità una strategia che ponga al centro dell'iniziativa sindacale essenzialmente il rafforzamento del profilo soggettivo del Sindacato, vale a dire la difesa o rivendicazione di un protagonismo non sempre ancorato alla tutela dei diritti individuali, ovvero trascendente rispetto a quei diritti, secondo un paradigma del tutto inedito nell'impianto originario dello Statuto dei lavoratori.

Che per tale via ne esca rafforzato il ruolo del Sindacato, al di là di momentanee «faville», può ragionevolmente revocarsi in dubbio, salvo ammettere che il «trapianto» della disciplina statutaria nel pubblico impiego ne abbia determinato una mutazione «genetica».

Filippo Basile  
*Avvocato del Foro di Catania*

---

(21) Cfr., ancora, T. Treu, *A quarant'anni dallo Statuto*, cit.

(22) Come non condividere l'appassionata difesa della «modernità» dello Statuto dei lavoratori di uno tra gli studiosi più attenti alle trasformazioni dei modelli di produzione nell'era del mercato «globale»? Cfr. L. Mariucci, *Le libertà individuali e collettive dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, pp. 39 ss.

(23) Secondo la felice immagine proposta da L. Mariucci, *Le libertà individuali...*, cit., p. 44. Così si esprime, precisamente, l'Autore: «Ecco, questo, a mio giudizio, è il nucleo, il nocciolo, il fondamento della modernità dello Statuto: l'intreccio tra diritti individuali e dimensione collettiva, espresso esemplarmente dal nesso tra art. 18 e art. 28 dello Statuto. Vale a dire l'idea, che appare persino più lucida oggi, ad anni di distanza, che i diritti individuali sono splendidi, ma è altrettanto vero che la solitudine dei diritti individuali non porta da nessuna parte. Che il senso del diritto del lavoro, il primo senso del diritto del lavoro, è l'effettività, consiste nel misurare l'effettività delle dichiarazioni dei diritti».

# CONTROVERSIE DI LAVORO

---

## I

CORTE COSTITUZIONALE, 26 gennaio 2012, n. 15 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo – Inps (avv. Maritato) c. L.L. e altra.

**Controversie di lavoro e previdenza – Contribuzione previdenziale – Soci amministratori di Srl – Opera prestata nell’impresa commerciale – Iscrizione all’Inps – Legge di interpretazione autentica – Obbligo di doppia iscrizione – Artt. 3, 24, comma 1, 102, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost. – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza.**

**Controversie di lavoro e previdenza – Contribuzione previdenziale – Soci amministratori di Srl – Opera prestata nell’impresa commerciale – Iscrizione all’Inps – Legge di interpretazione autentica – Obbligo di doppia iscrizione – Art. 6 Cedu – Violazione – Insussistenza.**

*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 12, comma 11, del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dall’art. 1, comma 1, della legge 30 luglio 2010, n. 122, sollevata dalla Corte d’Appello di Genova in riferimento agli artt. 3, 24, comma 1, 102, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost., in riferimento all’art. 6 della Cedu. (1)*

*Spetta innanzitutto al legislatore nazionale e alla Corte Costituzionale valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale e nell’ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla Cedu ai singoli ordinamenti statali, la sussistenza dei motivi imperativi di interesse generale che giustificano interventi legislativi con efficacia retroattiva. Nel caso della legge interpretativa che nella fattispecie conduce a legittimare l’obbligo di doppia iscrizione all’Inps da parte dei soci amministratori di Srl che lavorano nell’impresa commerciale, tali motivi risultano sussi-*

*stenti per il fatto che la norma si è limitata a enucleare una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo, peraltro già fatta propria da una parte consistente della giurisprudenza di merito, mettendo fine a una situazione di oggettiva incertezza e così contribuendo a realizzare principi di indubbio interesse generale e di rilievo costituzionale, quali sono la certezza del diritto e l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge. Che poi il perseguimento di tali risultati abbia avuto riflesso anche sul gettito contributivo dell'Inps costituisce circostanza indiretta e di mero fatto, non idonea a incidere sulla legittimità dell'intervento legislativo. (2)*

## II

CORTE COSTITUZIONALE, 11 novembre 2011, n. 303 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella – C.C. (avv.ti Vacirca e Angiolini) e S.G. (avv.ti Carpagnano e De Michele) c. Poste Italiane Spa (avv.ti Maresca e Pessi).

**Controversie di lavoro e previdenza – Contratto a termine – Conversione – Indennità onnicomprensiva – Retroattività – Cause in corso – Alterazione – Art. 6 Cedu – Violazione – Insussistenza.**

*Il comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/2010, prevedendo l'estensione dei commi 5 e 6 dello stesso articolo ai giudizi in corso, non ha prodotto un'ingerenza illecita del legislatore nell'amministrazione della giustizia diretta ad alterare la soluzione di una o più controversie a beneficio di una parte, contrastante con il divieto di cui all'art. 6 della Cedu. Nella fattispecie, infatti, ricorrono tutte le condizioni in presenza delle quali la Corte Edu ritiene compatibili con l'art. 6 della Convenzione disposizioni nazionali dalla portata retroattiva volte a regolare, in materia civile, diritti già risultanti da leggi in vigore; sussistono, in particolare, le ragioni di utilità generale di una simile nuova disciplina, rinvenibili nell'esigenza di una tutela economica dei lavoratori a tempo determinato più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente. (3)*

## III

CORTE COSTITUZIONALE, 30 settembre 2011, n. 257 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo – P.R. e altra c. Inps (avv. Caliuolo).

**Controversie di lavoro e previdenza – Contribuzione previdenziale – Salariati agricoli avventizi – Retribuzione pensionabile**

- Legge di interpretazione autentica – Effetto peggiorativo – Artt. 38, comma 2, 53, 3, 111, commi 1 e 2, 117, comma 1, Cost.
- Questioni di legittimità costituzionale inammissibili e infondate.

**Controversie di lavoro e previdenza – Contribuzione previdenziale – Salariati agricoli avventizi – Retribuzione pensionabile – Legge di interpretazione autentica – Effetto peggiorativo – Art. 6 Cedu – Conformità.**

**Controversie di lavoro e previdenza – Contribuzione previdenziale – Salariati agricoli avventizi – Retribuzione pensionabile – Legge di interpretazione autentica – Effetto peggiorativo – Art. 14 Cedu – Conformità.**

*Sono, rispettivamente, inammissibili e infondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 5, della legge 23 dicembre 2009, n. 191 (legge finanziaria per il 2010) sollevate dal Tribunale di Rossano in riferimento, le prime, agli artt. 38, comma 2, e 53 Cost., e le seconde agli artt. 3, 111, commi 1 e 2, 117, comma 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 14 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. (4)*

*La norma censurata, che interpreta in modo peggiorativo una precedente disposizione in materia di modalità di calcolo della retribuzione da porre a base della contribuzione e delle prestazioni pensionistiche dei salariati agricoli a tempo determinato, non contrasta, in particolare, con l'art. 117, comma 1, Cost. per violazione degli obblighi derivanti allo Stato dall'art. 6 della Cedu, dato che la norma stessa: a) ha affermato un principio già presente nell'ordinamento per gli operai agricoli a tempo determinato, sia pure limitatamente alla liquidazione delle prestazioni temporanee; b) ha enucleato una delle possibili opzioni ermeneutiche dell'originario testo normativo; c) ha superato una situazione di oggettiva incertezza sul significato di tale testo; d) non ha inciso su situazioni giuridiche definitivamente acquisite, inesistenti in difetto di una consolidata giurisprudenza dei giudici nazionali. L'obiettivo di conseguire la certezza del diritto costituisce un fine di indubbio interesse generale. (5)*

*La disposizione in esame non viola nemmeno l'art. 14 della Cedu, che vieta discriminazioni per l'origine sociale e per la ricchezza nell'ambito di applicazione della Convenzione, dato che il giudice remittente non ha chiarito le ragioni per cui i salariati agricoli a tempo determinato sarebbero discriminati rispetto ad altre categorie di lavoratori precari o agli operai agricoli a tempo indeterminato. (6)*

## IV

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 14 febbraio 2012, ricorso n. 17972/07, Sez. II – Pres. Tulkens – Arras e altri c. Italia.

**Controversie di lavoro e previdenza – Pensione – Ex dipendenti del Banco di Napoli – Trattamento perequativo – Specialità – Permanenza – Negazione – Contenzioso – Legge di interpretazione autentica – Trattamento perequativo speciale – Eliminazione – Art. 6 Cedu – Violazione – Sussiste.**

*Contrasta con l'art. 6 della Cedu l'art. 1, comma 55, della legge n. 243/2004 che, in presenza di molteplici sentenze in senso contrario, ha eliminato lo speciale trattamento perequativo delle pensioni già previsto per gli ex dipendenti degli enti pubblici creditizi. (7)*

## V

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/2008, 6107/2009, 5087/2009, Sez. II – Pres. Tulkens – Agrati e altri (avv. Sullam) c. Italia (agenti Spatafora e Lettieri).

**Controversie di lavoro e previdenza – Lavoro pubblico – Trasferimento del personale Ata dagli enti locali allo Stato – Trattamento economico – Legge di interpretazione autentica – Peggioramento – Art. 6 Cedu – Violazione – Sussiste – Art. 1, Protocollo 1 – Violazione – Sussiste.**

*L'art. 1 della legge n. 266/2005 (Finanziaria per il 2006), laddove interpreta autenticamente l'art. 8 della legge n. 124/1999 limitando i diritti del personale Ata, trasferito dagli enti locali allo Stato, al solo «maturato economico», da una parte, non è giustificato dalla sussistenza delle ragioni imperative di interesse generale che consentono agli Stati di disciplinare, in materia civile e mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già esistenti, violando, di conseguenza, le disposizioni di cui all'art. 6 della Cedu; dall'altro, dà vita a un'ingerenza dello Stato nell'esercizio del diritto di proprietà (sotto specie di legittimo affidamento di ottenere il pagamento degli importi contestati) che i lavoratori interessati potevano far valere in base alla legislazione precedente che contrasta con l'art. 1 del Protocollo n. 1 della Cedu per il fatto che l'onere posto a carico dei lavoratori è stato eccessivo e anormale e il pregiudizio alla loro proprietà ha rivestito carattere sproporzionato,*

*rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali. (8)*

## VI

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO, 31 maggio 2011, ricorsi nn. 46286/2009, 52851/2008, 53727/2008, 54486/2008, 56001/2008, Sez. II – Pres. Tulkens – Maggio e altri c. Italia.

**Controversie di lavoro e previdenza – Pensione – Pensioni di vecchiaia – Lavoro svolto in Svizzera – Rimpatrio – Trasferimento dei contributi previdenziali – Pensione retributiva – Calcolo – Legge di interpretazione autentica – Ricalcolo in senso peggiorativo – Art. 6 Cedu – Violazione – Sussiste – Art. 1, Protocollo 1 – Violazione – Non sussiste.**

*L'art. 1, comma 777, della legge n. 296/2006 (Finanziaria per il 2007), laddove interpreta autenticamente l'art. 5, comma 2, del d.P.R. n. 488/1968 riducendo la retribuzione su cui calcolare la pensione dei lavoratori italiani che avevano chiesto il trasferimento all'Inps dei contributi da loro versati all'assicurazione sociale svizzera, viola le disposizioni di cui all'art. 6 della Cedu, in quanto ha modificato definitivamente, a danno di un'intera categoria di persone, l'esito dei giudizi pendenti nei quali lo Stato era parte in assenza di un motivo di interesse generale sufficientemente impellente da superare i pericoli inerenti all'utilizzo della legislazione retroattiva. Considerazioni di carattere finanziario ovvero la necessità di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico non possono, da sole, giustificare il fatto che il legislatore si sostituisca al giudice al fine di risolvere le controversie. La norma censurata non viola, invece, l'art. 1 del Protocollo 1 della Cedu, dato che la riduzione della pensione è stata compensata dal versamento di minori contributi e dal conseguente godimento di una più alta retribuzione (9).*

## VII

CASSAZIONE, 15 novembre 2011, n. 23834, ord. – Pres. Miani Canevari, Est. Tricomi, P.M. Apice – Inps (avv.ti Riccio, Valente, Peden), c. L.G.L. (avv.ti Romoli e Romano).

**Controversie di lavoro e previdenza – Pensione – Pensioni di vecchiaia – Lavoro svolto in Svizzera – Rimpatrio – Trasferimento dei contributi previdenziali – Pensione retributiva – Calcolo – Legge di interpretazione autentica – Ricalcolo in**

**senso peggiorativo – Art. 6 Cedu – Sentenza Maggio – Violazione – Art. 117, comma 1, Cost. – Questione di legittimità costituzionale – Non manifesta infondatezza.**

*Non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 777, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, in riferimento all'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della Cedu, tenuto conto che la Corte Edu nella sentenza del 31 maggio 2011 ha ritenuto che tale norma violi l'art. 6 della Cedu (10).*

I testi delle sentenze sono pubblicati in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1-10) I CONTRASTI TRA CORTE EDU E CORTE COSTITUZIONALE  
SULLE LEGGI RETROATTIVE CHE ELIMINANO DIRITTI DI LAVORATORI  
E PENSIONATI: QUALCHE IDEA PER UN AVVIO DI SOLUZIONE

SOMMARIO: 1. Contrasti in atto e contrasti potenziali. — 2. Il quadro generale dei rapporti tra Cedu e ordinamento interno secondo la Corte Costituzionale. — 3. Corte Costituzionale e Corte Edu sulle leggi con effetti retroattivi. — 4. La Corte Costituzionale e il caso del personale Ata. — 5. Il caso del personale Ata e la Corte di Strasburgo. — 6. I termini del contrasto. — 7. Personale Ata e sentenza *Scattolon*. — 8. Norme Cedu e applicazione diretta. — 9. Sentenza *Agrati* e rilievo della fase della definizione dell'eventuale equa riparazione: un giudizio di merito? — 10. «Pensioni svizzere» e sentenza *Maggio*: riequilibrio del sistema pensionistico e norme retroattive come *extrema ratio*. — 11. La nuova rimessione alla Corte Costituzionale: quali argomenti nuovi per un giudizio diverso e armonizzante? — 12. Uno sprone per tutti.

1. — *Contrasti in atto e contrasti potenziali* — «Il dialogo tra le Corti, nazionali, europee e internazionali» costituisce davvero «uno dei grandi temi del diritto contemporaneo» (1), compreso il diritto del lavoro: sono ormai diversi anni che le sorti dei diritti dei lavoratori, o meglio il loro temperamento con altri diritti ed esigenze della società e dell'economia, dipendono dall'intreccio tra le pronunce di queste Corti. Il «dialogo» in questione è un fenomeno indubbiamente positivo, non solo per gli studiosi, perché apre i loro orizzonti, dà consapevolezza dei limiti, mette in discussione acquisizioni, ma anche per i diretti interessati, perché alla fin fine gli equilibri si vanno raffinando e quelli un po' forzati finiscono per essere corretti (2).

(1) Vd. R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, di prossima pubblicazione in *Gir. cost.*, 2012, pp. 343 ss.

(2) Anche di recente, chiudendo uno scritto sulla rilevanza del diritto «unionista» in materia di lavoro precario pubblico, mi è scappato di dire che di fronte a imbrogli e mez-

Le decisioni sopra massimate mostrano, tuttavia, aspetti di inconsueto contrasto tra le valutazioni della Corte Edu e della Corte Costituzionale italiana sulla legittimità di norme interne interpretative o comunque retroattive che tolgono o riducono diritti di lavoratori e pensionati. Nel caso, più noto e studiato, concernente il personale amministrativo, tecnico e ausiliario (denominato Ata) delle scuole trasferito dagli enti locali alle dipendenze dello Stato (3), il contrasto si è già compiuto nella sua interezza, giacché le due Corti si sono già pronunciate in senso diametralmente opposto sul rispetto, da parte della norma interna che riduce retroattivamente i diritti di questi lavoratori, dell'art. 6 e dell'art. 1 del Protocollo 1 allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti: Cedu), palesando un conflitto e in una sovrapposizione di competenze difficilmente componibile (4).

Vi sono, tuttavia, allo stato, numerosi altri casi di potenziale rischio di difformità di giudizio tra le due Corti sulla conformità alla Cedu di norme italiane che

---

zucci di Governi e Parlamento italiani «dall'attuale recessione non solo economica, civile e morale, ma anche giuridica del nostro paese, entro certi limiti, ci può salvare l'Europa» (vd. L. Menghini, *La conversione giudiziale dei rapporti precari con le p.a.: cadono molte barriere*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 1249). Va anche ricordato che il contemperamento tra la libertà di stabilimento delle imprese e il diritto di sciopero dei lavoratori effettuato dalle note sentenze della Corte di Giustizia, per molti squilibrato a danno di questi ultimi (sul punto v., tra i tanti, M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2009, pp. 435 ss.; U. Carabelli, *Azione collettiva (per fini contrattuali) e libertà economiche nel diritto comunitario*, in *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, pp. 111 ss. M. V. Ballestrero, *Diritto sindacale*, Giappichelli, 2012, pp. 388 ss.) è stato in seguito rimesso per certi versi in discussione dalle sentenze della Corte Edu emesse nei confronti della Turchia, il cui rilievo è stato evidenziato da G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, pp. 975 ss.

(3) Sul caso del personale Ata si sono soffermati studiosi di vari campi del diritto; solo a titolo di esempio posso ricordare: M. Massa, *La sostanza della giurisprudenza europea sulle leggi retroattive*, in *Giur. cost.*, 2009, pp. 4679 ss., nonché Idem, *Agrati: Corte europea vs. Corte Costituzionale sui limiti alla retroattività*, in *www.forumcostituzionale*, R. Conti, *La scala reale della Corte Costituzionale sul ruolo della Cedu nel nostro ordinamento*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1242; A. Ruggeri, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte Edu 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia)*, in *www.forumcostituzionale*, O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, comma 1, Cost., e bilanciamento bidirezionale: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale*, *in*; G. Bronzini, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *q. Riv.*, 2011, II, pp. 491 ss.; R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, cit., pp. 348 ss.; V. De Michele, *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei giudici nazionali*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 707; Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rapporti tra la giurisprudenza della cassazione e la giurisprudenza della Corte Edu: anno 2011*, a cura di G. De Amicis ed E. Vincenti, pp. 7 ss.; C. Cester, *Il trasferimento del personale «Ata» dagli enti locali allo Stato davanti alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 124 ss.

(4) A negare il contrasto della disciplina interna in questione con la Convenzione di Roma è stata Corte Cost., 26 novembre 2009, n. 311; ad affermarne l'esistenza è stata la sentenza della Corte Edu Agrati del 7 giugno 2011, sotto massimata.

eliminano o riducono diritti con efficacia retroattiva. Per ora si tratta delle norme che: a) hanno limitato gli importi delle «pensioni svizzere», ritenute legittime con riguardo a varie norme della nostra Costituzione, compreso l'art. 3, comma 1, dalla sentenza della Consulta del 23 maggio 2008, n. 172, ma contrastanti con l'art. 6 della Cedu per la sentenza *Maggio* della Corte di Strasburgo del 31 maggio 2011, sopra massimata; a breve la Consulta, sollecitata dall'ordinanza della Cassazione del 15 novembre 2011, n. 23834, pur essa massimata, dovrà decidere se aderire alla soluzione della Corte Edu o estendere la sua precedente valutazione di legittimità anche alla considerazione degli obblighi internazionali il cui rispetto è imposto dall'art. 117, comma 1, Cost.; b) hanno ridotto la retribuzione utile ai fini del calcolo della pensione degli operai agricoli avventizi, ritenute conformi a varie norme della Cedu dalla sentenza della Corte Costituzionale del 30 settembre 2011, n. 257 sopra massimata, ma sulle quali potrebbe esprimersi diversamente la Corte di Strasburgo, considerata la sua recente giurisprudenza; c) hanno imposto l'obbligo di iscrizione sia alla gestione commercianti sia alla gestione separata ai soci amministratori di società a responsabilità limitata che svolgano attività lavorativa all'interno della società stessa, considerate conformi a varie norme della Costituzione e pure all'art. 6 della Cedu da Corte Cost. 26 gennaio 2012, n. 15, sopra massimata, ma sulle quali i giudici di Strasburgo potrebbero esprimere valutazioni diverse; d) hanno modificato, in senso statisticamente quasi sempre negativo per i lavoratori, compresi quelli che erano parti in giudizi in corso, le attribuzioni patrimoniali conseguenti al riconoscimento da parte del giudice dell'illegittimità della clausola del termine apposta al singolo contratto o alla serie di contratti di lavoro, considerate, malgrado la loro applicazione retroattiva, conformi agli obblighi derivanti al nostro paese dall'art. 6 della Cedu dalla sentenza della Corte Costituzionale dell'11 novembre 2011, n. 303, pur'essa massimata; la Consulta, se non lo ha già fatto, dovrà tornare sulla specifica questione per decidere sull'ordinanza di rinvio della Corte d'Appello di Potenza del 9 giugno 2011; e) hanno eliminato retroattivamente un trattamento perequativo spettante a pensionati già dipendenti dell'ex Banco di Napoli a essi più favorevole rispetto a quello previsto per la generalità dei lavoratori: la sentenza della Corte Costituzionale del 7 novembre 2008, n. 362, aveva ritenuto legittima l'innovazione in questione rispetto a varie norme della nostra Carta, ma ora con la sentenza del 14 febbraio 2012, *Arras* (pur essa in massa), i giudici di Strasburgo hanno affermato la sua contrarietà all'art. 6 della Cedu.

Come è ormai ben noto, il contrasto già pienamente compiutosi tra Corte Costituzionale italiana e Corte di Strasburgo sul caso del personale Ata è stato sterilizzato nei suoi effetti pratici dalla sentenza *Scattolon* della Corte di Giustizia, che ha intravisto nel passaggio di questo personale dagli enti locali allo Stato un'ipotesi di trasferimento di impresa, con conseguente salvezza dei diritti previsti dalla relativa direttiva europea e rinvio al giudice nazionale per l'accertamento dell'*an* e del *quantum* del pregiudizio patito (5). Il contrasto stesso, a parte gli effetti pratici

---

(5) La sentenza dei giudici di Lussemburgo in questione è quella del 6 settembre 2011, C-108/10, per il cui punto 2) del dispositivo «quando un trasferimento ai sensi della Diret-

che potrebbe comunque ancora esprimere, è parso giustamente rilevante, in quanto relativo a una questione delicata (il problema dei limiti alla retroattività della legge), destinata a permanere nel tempo e tale da mettere in crisi l'espansività delle disposizioni della Convenzione di Roma nel settore sociale per l'incidenza sui diritti che attribuiscono prestazioni economiche di complesse considerazioni sulla tenuta dei bilanci pubblici (6). Questa difformità di valutazioni è sembrata anche segnare una notevole differenza nei rapporti tra giudici nazionali italiani e Corte di Giustizia, da un lato, e giudici stessi e Corte Edu, dall'altro: gli argomenti della prima sono considerati ispirati a una divisione del lavoro con i giudici nazionali, che sono più vicini alla situazione dedotta in giudizio, in un contesto di pluralismo giurisdizionale ordinato; alla Corte di Strasburgo si imputa, invece, poco rispetto del margine di apprezzamento che si era riservata la Corte Costituzionale proprio in quanto più vicina alle vicende su cui decidere; la Corte Edu non si è posta nella prospettiva della suddivisone delle competenze e i suoi argomenti sono parsi basati non tanto sulla forza della persuasione, quanto sulla forza del potere di dire l'ultima parola (7).

I problemi qui segnalati mi sembrano di estrema importanza. Come vedremo in seguito, la Corte Costituzionale in qualche caso ha usato male i margini di apprezzamento derivanti dalla sua vicinanza ai casi su cui decidere, e la Corte di Strasburgo, sulle leggi italiane con effetti retroattivi, ha dato sino a ora risposte troppo nette, poco approfondite e motivate. I possibili futuri contrasti tra le due Corti, se si concretizzassero negli stessi termini e modi assunti nel caso del personale Ata, potrebbero davvero non consentire più l'uso dell'espressione «dialogo» tra

---

tiva n. 77/187 porta all'applicazione immediata, ai lavoratori trasferiti, del contratto collettivo vigente presso il cessionario e inoltre le condizioni retributive previste da questo contratto sono collegate segnatamente all'anzianità lavorativa, l'art. 3 di detta direttiva osta a che i lavoratori trasferiti subiscano, rispetto alla loro posizione immediatamente precedente al trasferimento, un peggioramento retributivo sostanziale per il mancato riconoscimento dell'anzianità da loro maturata presso il cedente, equivalente a quella maturata da altri lavoratori alle dipendenze del cessionario, all'atto della determinazione della loro posizione retributiva di partenza presso quest'ultimo. È compito del giudice del rinvio esaminare se, all'atto del trasferimento in questione nella causa principale, si sia verificato un siffatto peggioramento retributivo». I giudici di merito hanno dato applicazione a questa pronuncia disapplicando la norma interna retroattiva che riduce gli effetti dell'anzianità (v., ad es., Trib. Treviso, 13 gennaio 2012 – Est. Galli –, B.M. c. ministero dell'Istruzione), mentre quelli di legittimità hanno iniziato a cassare le sentenze rese in secondo grado con rinvio al giudice d'appello della verifica della sussistenza di un «peggioremento retributivo sostanziale» a causa del mancato riconoscimento integrale dell'anzianità maturata presso l'ente cedente; verifica per la quale la Corte indica alcuni precisi criteri (v., ad es., Cass. 12 ottobre 2011, n. 20980; Cass. 14 ottobre 2011, n. 21281, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 104; Cass. 17 ottobre 2011, n. 21441). Perplexità su queste soluzioni giurisprudenziali sono espresse da C. Cester, *op. cit.*, pp. 129 ss.

(6) Vedi G. Bronzini, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, in *q. Riv.*, 2011, II, pp. 492-496.

(7) Vedi R. Caponi, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, cit., p. 353.

Corti (8), richiedendo davvero una nuova «rielaborazione ermeneutica» dei principi e criteri che presidono allo svolgersi di un ordinato rapporto tra Cedu e diritto nazionale (9). Con questo breve scritto vorrei contribuire all'avvio di una riflessione, che dovrebbe proseguire con ben maggiori forze, destinata a formulare qualche ipotesi affinché anche i rapporti tra Corte Edu e Consulta si possano porre, nei limiti del possibile, nella logica della ordinata suddivisione delle competenze. Per far ciò mi sembra utile approfondire le ragioni dei segnalati contrasti, ma per farlo con costruito ritengo doveroso riepilogare l'attuale posizione della Corte Costituzionale italiana sui rapporti tra la Convenzione europea e l'ordinamento interno, sia in generale, sia con specifico riguardo ai limiti alla retroattività delle leggi.

2. — *Il quadro generale dei rapporti tra Cedu e ordinamento interno secondo la Corte Costituzionale* — Il quadro attuale di tali rapporti emerge da una serie di pronunce che a partire dal 2007 hanno delineato un sistema nuovo rispetto a quello sino ad allora concepito. Nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 (cosiddette prime sentenze gemelle) (10), la Corte ha basato la sua svolta sull'art. 117, comma 1, Cost., nel testo introdotto dalla riforma del Titolo V della Costituzione, laddove prevede, in particolare, che la potestà legislativa debba essere esercitata nel rispetto non solo della nostra Carta fondamentale, ma anche «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali». L'innovazione è intesa dalla Consulta nel senso che mentre in precedenza l'inserimento delle norme internazionali pattizie nel sistema delle fonti del diritto italiano era affidato alla legge di adattamento, avente solitamente rango di legge ordinaria, con conseguente impossibilità per le stesse di essere assunte quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale, il nuovo testo dell'art. 117, comma 1, attribuisce maggior forza di resistenza alle norme Cedu rispetto alle leggi ordinarie successive, ma attrae le stesse nella sfera di competenza della Corte Costituzionale, «poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale. *Il giudice comune non ha, dunque, il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma Cedu*, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi» (sentenza n. 348/2007, par. 4.2 e 4.3). Poiché la struttura di detto comma dell'art. 117 è «simile a quella di altre norme costituzio-

---

(8) Così M. Massa, *Agrati: Corte europea vs. Corte Costituzionale sui limiti alla retroattività*, cit.

(9) Così Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rapporti tra la giurisprudenza della cassazione e la giurisprudenza della Corte Edu: anno 2011*, a cura di G. De Amicis ed E. Vincenti, p. 7.

(10) Vd. Corte Cost. 24 ottobre 2007, n. 348, e 24 ottobre 2007, n. 349, sulla portata delle quali vd., per tutti, R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Roma, 2011, pp. 73 ss. e la dottrina citata alla nota 104, oltre a Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rapporti tra la giurisprudenza della cassazione e la giurisprudenza della Corte Edu: anno 2011*, a cura di G. De Amicis ed E. Vincenti, pp. 2 ss.

nali, che sviluppano la loro concreta operatività solo se poste in collegamento con altre norme, di rango sub-costituzionale, destinate a dare contenuti a un parametro che si limita a enunciare in via generale una qualità che le leggi in esso richiamate devono possedere», il parametro costituito dal comma medesimo diventa concretamente operativo solo se vengano determinati gli obblighi internazionali che vincolano la potestà legislativa statale e regionale: nella fattispecie il parametro viene integrato e reso operativo dalle norme della Cedu, la quale prevede la competenza di un organo giurisdizionale, la Corte europea per i diritti dell'uomo, la cui competenza si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione; malgrado questa competenza della Corte europea, le norme della Cedu, come da essa interpretate, non acquistano la forza delle norme costituzionali, essendo necessario, in quanto norme di rango sub-costituzionale, che siano conformi alla Costituzione. E lo scrutinio di legittimità non può limitarsi, come invece avviene per le norme dell'Unione europea, al controllo della possibile lesione dei principi e diritti fondamentali, ma deve estendersi a ogni profilo di contrasto con tutte le norme costituzionali. Se il contrasto sussiste, la Corte deve dichiarare l'inidoneità della norma della Convenzione a integrare il parametro di cui all'art. 117, comma 1, ed espungerla dall'ordinamento giuridico italiano. *Il controllo di legittimità costituzionale deve riguardare la norma della Convenzione come interpretata dalla Corte di Strasburgo, ma le pronunce di quest'ultima non sono incondizionatamente vincolati ai fini del controllo stesso, che comunque deve «aspirarsi al ragionevole bilanciamento tra il vincolo derivante dagli obblighi internazionali e la tutela degli interessi costituzionalmente protetti»* (sentenza n. 348/2007, par. 4.5-4.7; similmente, v. sentenza n. 349/2007) (11).

Le sentenze in esame hanno pure chiarito che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme a quella internazionale, fino dove lo consente il testo della norma stessa; se ciò non è possibile, il giudice non può disapplicare la disposizione interna che ritiene contrastante con quella internazionale, ma deve sollevare questione di legittimità costituzionale (sentenza n. 349/2007). Nell'ambito della dottrina che cerca di valorizzare il ruolo del giudice di merito nell'attuazione dei diritti sanciti dalla Cedu, spingendo per una loro applicazione diretta nell'ordinamento interno, è stato sottolineato come la Consulta consideri il ricorso al sindacato di costituzionalità come una *extrema ratio*, con ciò ritenendo normali le soluzioni sul piano dell'interpretazione conforme; il controllo di costituzionalità è ritenuto, inoltre, non sempre adeguato per evitare il pericolo della violazione di un diritto garantito dalla Cedu, dato che certe norme interne posso-

---

(11) Sulla giurisprudenza successiva alle sentenze «gemelle» del 2007 vd. A. Ruggeri, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e Corte Edu (a prima lettura di Corte Cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it); O. Pollicino, *Margine di apprezzamento, art. 10, comma 1, Cost. e bilanciamento «bidirezionale»: evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni nn. 311 e 317 della Corte Costituzionale*, *ivi*; I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, in *Pol. dir.*, 2010, pp. 285 ss.; R. Conti, *op. cit.*, pp. 90 ss.

no determinare un contrasto con tali diritti non per il loro tenore generale, ma, più limitatamente, solo con riguardo alla loro applicazione a specifici casi concreti, con la conseguenza che la loro caducazione potrebbe risultare eccessiva (12).

Negli anni successivi la Corte Costituzionale ha confermato questo suo orientamento, introducendo, peraltro, delle importanti precisazioni e integrazioni. Di rilievo, ai fini del discorso che qui sto conducendo, è innanzitutto l'affermazione per la quale l'individuazione da parte della Consulta di un contrasto tra le norme della Cedu e quelle della nostra Costituzione è considerata una evenienza eccezionale (13). Importante, poi, è la negazione di ogni influenza, rispetto alla configurazione dei rapporti tra norme Cedu e ordinamento italiano, della sopravvenienza del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza in relazione alle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione (14). L'aspetto innovativo più importante, tuttavia, si manifesta laddove le sentenze più recenti, spesso vagliando la legittimità di disposizioni interne con effetti retroattivi, affermano che la Corte Costituzionale, se non può sostituirsi alla Corte di Strasburgo nell'interpretazione delle disposizioni della Cedu, può però «valutare come e in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano», ciò comportando *una possibilità di bilanciamento* volta a far sì che la tutela dei diritti fondamentali sia «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro»; ai giudici di Strasburgo «spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale e unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea» (15). Insomma, la Corte Costituzionale può apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma convenzionale, rispettandone la sostanza, ma disponendo di un margine di *apprezzamento* e di *adeguamento* che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma Cedu è destinata a inserirsi (16).

In questo approdo della giurisprudenza della nostra Corte è stata intravista l'immersione di una esigenza di autonomia nazionale, se pur prudente, nell'applicazione della normativa sovranazionale, e tale atteggiamento è ritenuto tanto più significativo in quanto espresso dopo che le sentenze *Maggio* e *Agrati* della Corte europea avevano ribaltato l'esito dello scrutinio della Consulta su questioni relative a leggi con effetti retroattivi in materia civile (17). Rimane, dunque, vero che un

---

(12) Vd. ancora R. Conti, *op. cit.*, pp. 88-89.

(13) Vd., ad es., Corte Cost. 26 novembre 2009, n. 311 (par. 6), e Corte Cost. 12 marzo 2010, n. 93 (par. 4).

(14) Vd. Corte Cost. 11 marzo 2011, n. 80 (parr. 5.3-5.6).

(15) Così Corte Cost. 4 dicembre 2009, n. 317 (par. 7).

(16) Vd. Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 236 (par. 9), e 11 novembre 2011, n. 303 (par. 4.2).

(17) Vd. ancora Corte Suprema di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, *Rapporti tra la giurisprudenza della Corte di Cassazione e la giurisprudenza della Corte Edu: anno 2011*, cit., pp. 5-6.

contrasto tra il significato generale delle norme Cedu con quelle della nostra Carta costituzionale è del tutto eccezionale e forse allo stato del tutto impossibile da configurare. È chiaro, tuttavia, che i diritti sanciti dalla Convenzione di Roma, come intesi dalla Corte di Strasburgo, sono destinati, per la giurisprudenza della nostra Corte, a ricevere un'applicazione all'interno degli Stati aderenti un po' differenziata sia in considerazione dei vari contesti ordinamentali in cui si inseriscono in fase applicativa, sia in considerazione della peculiarità che possono avere casi o situazioni specifiche.

3. — *Corte Costituzionale e Corte Edu sulle leggi con effetti retroattivi* — Per quanto attiene ai limiti alla retroattività delle leggi, va ricordato che la Corte Costituzionale, con riferimento all'art. 3 Cost., li ha delineati nel senso che «l'intervento legislativo diretto a regolare situazioni pregresse è legittimo a condizione che vengano rispettati i canoni costituzionali di ragionevolezza e i principi generali di tutela del legittimo affidamento e di certezza delle situazioni giuridiche (sentenze n. 74 del 2008 e n. 376 del 1995), anche al fine di assegnare a determinate disposizioni un significato riconoscibile come una delle possibili letture del testo originario (sentenze n. 234 del 2007 e n. 224 del 2006). La norma successiva non può, però, tradire l'affidamento del privato sull'avvenuto consolidamento di situazioni sostanziali (sentenze n. 156 del 2007 e n. 416 del 1999), pur se dettata dalla necessità di riduzione del contenzioso o di contenimento della spesa pubblica (sentenza n. 374 del 2002) o per fra fronte a evenienze eccezionali (sentenza n. 419 del 2000)» (18).

Chiamata in varie occasioni a scrutinare, più in particolare, la conformità di leggi con effetti retroattivi all'art. 6 della Cedu, inteso come elemento che dà concretezza al parametro di cui al comma 1 dell'art. 117 Cost., la nostra Consulta ha stabilito che «sussiste uno spazio, sia pur delimitato, per un intervento del legislatore con efficacia retroattiva (fermi i limiti di cui all'art. 25 Cost.), se giustificato da “motivi imperativi d'interesse generale”, che spetta innanzitutto al legislatore nazionale e (alla) Corte valutare, con riferimento a principi, diritti e beni di rilievo costituzionale, nell'ambito del margine di apprezzamento riconosciuto dalla giurisprudenza della Cedu ai singoli ordinamenti statali» (19). La Corte ha spiegato che tale margine di apprezzamento è giustificato dal fatto che sono i singoli Stati contraenti ad essere nella posizione migliore per identificare i motivi imperativi di interesse generale, trattandosi «degli interessi che sono alla base dell'esercizio del potere legislativo» e implicando le decisioni sul punto «una valutazione sistematica di profili costituzionali, politici, economici, amministrativi e sociali che la Convenzione europea lascia alla competenza degli Stati contraenti» (20).

Nel primo paragrafo abbiamo già sintetizzato gli esiti cui conducono gli scrutini della Consulta nel caso di norme con effetti retroattivi: il loro mancato contra-

(18) Vd. Corte Cost. 30 gennaio 2009, n. 24 (par. 4).

(19) Così Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78 (par. 13), e, in termini, Corte Cost. 26 gennaio 2012, n. 15 (par. 3.3.); vd. anche Corte Cost., 30 settembre 2011, n. 257 (par. 5.1.).

(20) Vd. Corte Cost. 26 novembre 2009, n. 311 (par. 9).

sto con l'art. 6 della Cedu viene affermato per la presenza di motivi imperativi di interesse generale che giustificano dette disposizioni. Fino a ora le norme interne con effetti retroattivi che tolgono diritti o ne attenuano la portata per lavoratori o pensionati sono state sempre «salvate»: non si può dire, però, che la Corte veda sempre tali motivi a giustificazione di ogni legge con effetti retroattivi: pochi giorni or sono ha censurato una norma del «Milleproroghe» di fine 2010 in tema di decorrenza della prescrizione di diritti concernenti i rapporti bancari (21). Il che fa pensare che, quando non ci sono problemi di finanza pubblica, la Corte si senta legittimata ad adottare un criterio più restrittivo: quando, invero, il conto lo pagano gli istituti di credito e non lo Stato, non considera prevalenti e di rilievo generale gli interessi di entità diffuse e importantissime nella vita economica complessiva, quali sono le banche.

Sul rispetto, o meno, dell'art. 6 della Cedu da parte di varie leggi nazionali con effetti retroattivi si sono pronunciati, tuttavia, anche i giudici di Strasburgo, per i quali è ben possibile, in linea di principio, che il potere legislativo degli Stati membri modifichi, in materia civile, con disposizioni retroattive, diritti precedentemente attribuiti, senza con ciò ledere il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione di Roma; tale lesione sussiste, invece, quando il potere legislativo, in assenza di «imperative ragioni di interesse generale», si ingerisce nell'amministrazione della giustizia per influenzare l'esito di una causa. Tali ragioni sono state ritenute assenti dalla sentenza del 7 giugno 2011, *Agrati*, nella legge retroattiva italiana che ha peggiorato la situazione del personale Ata; dalla sentenza del 31 maggio 2011, *Maggio*, nella legge italiana retroattiva che ha ridotto le pensioni dei lavoratori italiani che avevano lavorato in Svizzera; dalla sentenza 14 febbraio 2012, *Arras*, nella legge italiana che ha eliminato lo speciale trattamento perequativo a beneficio dei pensionati già dipendenti dell'ex Banco di Napoli (le tre decisioni sono sopra massimate).

Come si vede, entrambe le Corti si ritengono competenti a valutare la sussistenza, nelle varie fattispecie legislative che intervengono retroattivamente a eliminare o limitare diritti, delle ragioni di carattere imperativo, e cioè inderogabile e preminente, che escludono il contrasto con l'art. 6 della Cedu.

4. — *La Corte Costituzionale e il caso del personale Ata* — Passo ora a esaminare più da vicino gli argomenti addotti dalle due Corti per affermare o negare la sussistenza delle ragioni imperative in questione nel caso del personale Ata, e cioè nell'unico caso relativamente al quale fino a ora sono pervenute a conclusioni difformi sulla violazione della Convenzione di Roma. Il fine è quello di ipotizzare la possibilità di rapporti meno traumatici tra le due Corti: penso che sia opportuno che gli studiosi si soffermino su tale aspetto, perché la relativa armonia del sistema multilivello viene seriamente compromessa dallo stridore prodotto dallo scontro sul caso del personale Ata.

L'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, garantiva, ai fini giuridici ed econo-

---

(21) Vd. Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78.

mici, al personale amministrativo, tecnico e ausiliario della scuola (Ata) trasferito dagli enti locali allo Stato l'anzianità maturata presso l'ente di provenienza. Due mesi dopo, però, un accordo tra Aran e sindacati riduceva il riconoscimento legale pieno dell'anzianità pregressa, attribuendo solo il cd. «maturato economico» (22). Di fronte a questo mutamento delle carte in tavola, ne è nato per forza di cose un gigantesco contenzioso, conclusosi con una serie di sentenze della Cassazione che, con un orientamento preciso e costante, tale da creare assoluta certezza nei lavoratori circa il riconoscimento del loro diritto alla anzianità piena, consideravano illegittimo l'accordo e il successivo decreto. Dopo aver speso, forse, più per spese di giudizio che per differenze retributive riconosciute dai giudici, lo Stato, 5 anni dopo, ha emanato, nella «solita legge finanziaria», la «solita norma interpretativa con efficacia retroattiva» (23) – in questo caso l'art. 1, comma 218, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 – attribuendo all'art. 8 il diverso significato coincidente con il tenore dell'accordo sindacale.

La Cassazione ha dovuto prendere atto di questo intervento, ma ha sollevato a più riprese questioni di costituzionalità sotto vari profili, tutte respinte dalla Consulta. Da ultimo, con l'ordinanza Senese del 4 settembre 2008 ha posto il problema del contrasto con l'art. 6 della Convenzione di Roma quale parametro dell'art. 117, comma 1. La Corte ha respinto anche questa censura con la già citata sentenza del 26 novembre 2009, n. 311 (24).

In questa pronuncia la Corte ribadisce tutto il suo orientamento sui rapporti tra norme Cedu e norme costituzionali e sui rapporti tra essa e la Corte Edu, e per interpretare l'art. 6 della Cedu con i margini di apprezzamento già individuati si propone innanzitutto di «individuare la natura, la portata e gli obiettivi perseguiti dalla norma censurata». A tal fine si rifà alla ricostruzione delineata nella sua precedente decisione del 26 giugno 2007, n. 234 (25), richiamandone i seguenti punti: a) la disciplina originaria intendeva armonizzare, con una normativa transitoria di primo inquadramento, il passaggio del personale in questione da un sistema retributivo regolato a regime in un certo modo a un altro, diverso, salvaguardando i livelli retributivi già in atto presso gli enti locali e collocando i dipendenti in esame, nel nuovo sistema, in un'anzianità corrispondente a quella del personale Ata da sempre statale, parificandoli, circa l'anzianità in atto e futura, con i secondi; b) in questo contesto, e considerata soprattutto l'esistenza dell'accordo sindacale, il ri-

---

(22) Al personale in questione veniva riconosciuto un livello retributivo pari o immediatamente inferiore a quello goduto prima del trasferimento e l'eventuale differenza veniva sanata con un assegno *ad personam*, ma la sua anzianità rilevante ai fini della disciplina statale e del contratto collettivo della scuola non coincideva con quella maturata alle dipendenze degli enti locali, ma veniva limitata a quella che serviva ad attribuire il suddetto livello retributivo. Nel caso deciso dalla sentenza *Scattolon*, all'interessata i 20 anni di anzianità maturata presso l'ente locale sono stati ridotti a 9 anni di anzianità al momento del passaggio.

(23) L'espressione è di V. De Michele, *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e UE delle norme retroattive pro Inps*, in *Lav. giur.*, 2001, p. 560.

(24) La si può leggere, tra l'altro, in *Giur. cost.*, 2009, p. 4679.

(25) Vedila, ad es., in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 32.

conoscimento del solo «maturato economico» costituiva una delle possibili e plausibili varianti di lettura della norma originaria, cioè eliminando ogni legittimo affidamento sul riconoscimento della piena anzianità; c) tale affidamento andava negato anche perché il comma 5 dell'art. 8 della legge originaria prevedeva che lo Stato riducesse i trasferimenti di fondi a favore degli enti locali in proporzione al numero di dipendenti Ata che fossero passati progressivamente alle sue dipendenze, in tal modo condizionando la disciplina del trasferimento al principio di invarianza della spesa (v. par. 7, sentenza n. 311/2009).

La sentenza in esame considera, successivamente, la giurisprudenza della Corte Edu sull'art. 6 della Convenzione di Roma con riguardo alle norme nazionali interpretative di disposizioni oggetto di giudizi in cui lo Stato è parte, e rileva che i giudici di Strasburgo hanno ritenuto conformi a tale articolo varie leggi nazionali retroattive in presenza di alcune circostanze che evidenziavano ragioni imperative di portata generale, quali le esigenze della riunificazione tedesca e quelle di porre rimedio a imperfezioni o errori della legge interpretata (par. 8, sentenza n. 311/2009).

Tenendo conto di questa giurisprudenza, la Consulta non ritiene che la norma italiana censurata violi l'art. 6. Gli argomenti che sostengono questa conclusione sono esposti un po' confusamente e non hanno tutti lo stesso pregio. Abbastanza inutile, ad esempio, è il rilievo per il quale la norma scrutinata «non determina una *reformatio in malam partem* di una situazione patrimoniale in precedenza acquisita dal momento che i livelli retributivi già raggiunti vengono oggettivamente salvaguardati», dato che è del tutto pacifico che le pretese non riguardavano questo elemento, ma il riconoscimento dell'anzianità a tutti gli effetti. Né a mio avviso ha alcun pregio ridimensionare le conseguenze negative derivanti dalla legge con effetti retroattivi osservando come questa «non abbia vanificato del tutto i diritti sorti e acquisiti sulla base della legge interpretata»: è scontato, infatti, che la lesione dell'art. 6 come inteso dalla Corte Edu non dipende dalla dimensione delle perdite patrimoniali che provoca la legge con effetti retroattivi. Poco convincente è pure l'osservazione per la quale nel 2005 non si era formato un diritto vivente per il fatto che le pronunce della Cassazione accoglievano le domande di riconoscimento dell'anzianità a tutti gli effetti sia per mancato rispetto dell'art. 2112 cod. civ. sia perché l'accordo sindacale contrastava con l'art. 8 della legge n. 124 del 1999: ciò che conta, infatti, è che un orientamento costante si era formato nel riconoscere l'anzianità piena.

Più solidi sono, invece, gli argomenti che fanno leva, da un lato, sul fatto che la norma originaria, come intesa dalla giurisprudenza della Cassazione, poteva creare una situazione nella quale, con il riconoscimento pieno dell'anzianità maturata presso gli enti locali, il personale Ata transitato presso lo Stato avrebbe superato in livello retributivo e anzianità (e quindi in possibilità di progressione di carriera) il personale Ata, rimasto sempre alle dipendenze statali, di pari qualifica o inquadramento professionale, ciò contrastando con «il principio di parità di trattamento di situazioni analoghe nella disciplina del lavoro pubblico»; dall'altro, che nella fattispecie, in presenza del comma 5 dell'art. 8 della legge originaria, che concre-

tizzava il principio dell'invarianza della spesa, poteva essere intravista una imperfezione tecnica del legislatore.

Alla fine la Consulta ritiene che la disposizione censurata sia compatibile «con la giurisprudenza qui rilevante della Corte di Strasburgo»: «nell'intervento retroattivo in questione è dato, infatti, riscontrare gli elementi valorizzati dalla Corte europea per ritenere ammissibili le disposizioni interpretative, tenendo conto che i principi in materia richiamati dalla giurisprudenza di quest'ultima costituiscono espressione di quegli stessi principi di uguaglianza, in particolare sotto il profilo della parità delle armi nel processo, ragionevolezza, tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, che questa Corte ha escluso siano stati vulnerati dalla norma qui censurata» (sentenza n. 311/2009, par. 9).

5. — *Il caso del personale Ata e la Corte di Strasburgo* — Questa valutazione di conformità della disposizione con effetti retroattivi in esame nei confronti dell'art. 6 della Cedu, basata sulla stessa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, è stata smentita da quest'ultima nella sentenza *Agrati*. Vediamo ora dove stanno le differenze di valutazione. La Corte Edu ribadisce che, «in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti», ma non può, invece, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, ingerirsi «nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia», pena la violazione dell'art. 6 (n. 58). Sempre per la sentenza *Agrati*, nel caso di specie, la legge italiana di interpretazione autentica ha definitivamente fissato la soluzione delle controversie sottoposte all'esame dei giudici, rendendo inutile la prosecuzione dei processi (nn. 59-61). Per la Corte vi è stata, dunque, una ingerenza del legislatore del tipo sopra descritto; ingerenza che potrebbe non violare l'art. 6 solo se fosse giustificata da ragioni imperative di interesse generale. Nella vicenda esaminata, per i giudici di Strasburgo tali ragioni non sussistono e quindi tale violazione deve essere affermata, nulla potendo contare in senso contrario la pronuncia della Corte Costituzionale italiana del 26 novembre 2009, n. 311, che aveva intravisto tali ragioni nelle necessità di porre rimedio a un difetto tecnico della legge originaria e di evitare discriminazioni tra i dipendenti provenienti dallo Stato e quelli provenienti dagli enti locali; tale insussistenza viene motivata per il fatto che il legislatore, intervenuto dopo ben 5 anni dalla disposizione originaria con una legge in contrasto con la giurisprudenza della Cassazione, mostra di non aver voluto sopperire a una lacuna normativa da colmare né di aver inteso eliminare una disparità di trattamento tra gli stessi dipendenti, ma di aver mirato «a preservare solo l'interesse economico dello Stato, riducendo il numero delle cause pendenti dinanzi ai giudici italiani» (nn. 62-64).

La sentenza *Agrati* ha considerato il comma 218 dell'art. 1 della legge 23 dicembre 2005 (Finanziaria per il 2006) anche sotto il profilo del rispetto dell'art. 1 del Protocollo 1 allegato al testo della Convenzione di Roma, nel punto in cui sancisce che «nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del di-

ritto internazionale». Premette, innanzitutto, che per la sua giurisprudenza la nozione di «proprietà» comprende sia i beni esistenti che i valori patrimoniali, ivi compresi i crediti, se il creditore li dimostra «in relazione al diritto interno, per esempio, sulla base di una consolidata giurisprudenza dei tribunali nazionali»; se viene data la prova di questa condizione, entra in gioco il concetto di «legittimo affidamento» (n. 73). Considerata la giurisprudenza dei giudici nazionali (pacifico orientamento della Cassazione a riconoscere, nella fattispecie in questione, l'anzianità a tutti gli effetti), la sentenza ritiene che il personale Ata ricorrente avesse un «legittimo affidamento» di ottenere il pagamento degli importi contestati, che assumeva il carattere di «bene» ai sensi dell'art. 1 del Protocollo 1 (n. 74).

Pacifica essendo l'ingerenza del legislatore italiano nell'esercizio del diritto di proprietà così inteso, la Corte passa poi a valutare se la stessa fosse giustificata da una «pubblica utilità», e in caso di risposta positiva se l'ingerenza in parola abbia dato vita a un *giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e le esigenze individuali di tutela dei diritti fondamentali*, basato su un ragionevole rapporto tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito dalle misure restrittive della proprietà. La Corte dubita che l'interferenza esaminata abbia perseguito interessi di «pubblica utilità» (n. 81), ma in ogni caso ritiene che l'interferenza stessa abbia imposto ai ricorrenti un onere eccessivo e anormale, con la conseguenza che il pregiudizio alla loro proprietà ha rivestito carattere sproporzionato, rompendo il giusto equilibrio tra le esigenze di interesse pubblico e la tutela dei diritti fondamentali individuali, risultandone di conseguenza violato l'art. 1 del Protocollo 1 (nn. 84-85). La Corte non spiega per nulla perché è rotto l'equilibrio. Penso che alluda al fatto che il «bidone» rifilato al personale Ata transitato dagli enti locali poteva essere mitigato; l'esigenza dello Stato di perequare le varie posizioni, evitando in particolare fughe in avanti nella carriera e negli stipendi del personale trasferito rispetto a chi è rimasto sempre alle dipendenze dello Stato, poteva tradursi in un pregiudizio *mitior*, che portasse, se non al riconoscimento dell'anzianità pregressa a tutti gli effetti, a un *mix* meno penalizzante.

Violati gli artt. 6 e 1 del Protocollo 1, la Corte ha dovuto decidere sulle conseguenze. A tal fine ha ricordato la previsione dell'art. 41 della Cedu, per la quale se il diritto interno dello Stato partecipante non permette che in modo incompleto di riparare le conseguenze delle violazioni accertate, la Corte può, se del caso, accordare un'equa soddisfazione alla parte lesa. Sul punto i ricorrenti chiedevano una somma equivalente alla parte di retribuzione persa per effetto dell'applicazione della legge interpretativa retroattiva, oltre al risarcimento del danno morale, e a queste richieste lo Stato italiano si era opposto (nn. 86-90). A questo punto – e la circostanza per me è importante – la Corte ha deciso di riservarsi «di decidere a seguito di un'ulteriore procedura, tenuto conto delle possibilità che il Governo e i ricorrenti pervengano a un accordo» (n. 93).

6. — *I termini del contrasto* — Dove stanno le diversità di valutazione tra le due Corti? La prima ritiene che l'esigenza di salvaguardare due diversi tipi di rilevante interesse generale – il primo volto ad attuare «il principio di parità di trattamento

di situazioni analoghe nella disciplina del lavoro pubblico», e il secondo proteso a concretizzare il principio dell'invarianza della spesa – poteva far intervenire il legislatore a orientare i giudizi in corso a suo favore e poteva far disconoscere il legittimo affidamento dei dipendenti a ottenere il pagamento del loro credito, pregiudicando un loro diritto fondamentale. La seconda, in pratica, non crede allo Stato italiano o meglio non considera sufficienti gli argomenti, la descrizione delle vicende e i dati da esso adottati per avallare le sue tesi. Per i giudici di Strasburgo, in particolare, il legislatore italiano non può giustificare la legge interpretativa per l'esigenza di sopperire alla lacuna in tema di invarianza dei costi o per la necessità di impedire disparità di trattamento tra lavoratori. Questi argomenti, infatti, sono considerati irrazionali, perché del tutto contraddittori e incoerenti con il fatto che la legge interpretativa è intervenuta dopo ben 5 anni dalla disposizione originaria e per di più in contrasto con una consolidata giurisprudenza della Cassazione. È davvero, quindi, una questione di mancata prova e di persuasività della ragionevolezza degli argomenti.

7. — *Personale Ata e sentenza Scattolon* — Sui rapporti tra diritto del lavoro italiano e norme Cedu, nello specifico caso del personale Ata, è intervenuta anche la Corte di Giustizia, con la sentenza *Scattolon* e con le conclusioni dell'Avvocato Generale, Yves Bot, presentate il 5 aprile 2011, e dunque prima della pronuncia della Corte Edu, che è del 7 giugno. Bot aveva considerato la possibile violazione, da parte della legge italiana retroattiva sul personale Ata, dell'art. 47 della Carta di Nizza, per il quale ogni persona i cui diritti e libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano violati ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un giudice indipendente imparziale e precostituito per legge, il quale deve esaminare la sua causa equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole. D'altra parte, poiché il diritto al giusto processo di cui all'art. 47 coincide con il diritto di cui all'art. 6 della Cedu, sulla scorta dell'art. 52, comma 3, della Carta stessa, per decidere sul punto l'Avvocato Generale si è rifatto alla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, pervenendo alla conclusione per la quale la norma retroattiva in questione poteva essere ritenuta rispettosa dell'art. 47 a condizione che «l'adozione della stessa mirasse a garantire la neutralità di bilancio dell'operazione di trasferimento...», cosa che deve essere verificata dal giudice di rinvio.

Questa conclusione, limitata alla violazione dell'art. 6 della Cedu, è stata considerata importante non solo per la massima apertura al dialogo sia con i giudici di Strasburgo che italiani (26), ma anche perché, se si ripresentasse una questione di violazione dell'art. 47 della Carta di Nizza da parte delle citate regole interne sul personale Ata, per i giudici comuni italiani non sarebbe più obbligatorio sottoporre nuovamente la questione del contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. alla Corte Costituzionale, ma, trattandosi di una controversia ormai appartenente in modo pacifico al diritto dell'Unione, potrebbero applicare direttamente la giurisprudenza

---

(26) Vd. R. Caponi, *Giusto processo e retroattività*, cit., p. 354.

della Corte Edu, tramite l'art. 52, comma 3, della Carta di Nizza (27), come implicitamente ammesso o, forse meglio, ipotizzato, nel punto 5 della sentenza della Corte Costituzionale dell'11 marzo 2011, n. 80.

8. — *Norme Cedu e applicazione diretta* — Una prima via per mantenere un effettivo dialogo tra le Corti è, dunque, quella di valorizzare al massimo la possibilità del giudice comune di applicare direttamente le norme Cedu che attengono a materie del diritto «unionista» e abbiano i consueti requisiti richiesti per l'applicazione diretta delle norme dell'Unione europea. Oltre al caso della garanzia dei diritti dei lavoratori nel trasferimento d'azienda, l'applicazione diretta dell'art. 6 della Cedu è possibile in relazione a norme interne interpretative ablativo di diritti in materia di contratto a tempo determinato, come già deciso dalla sentenza del Tribunale di Milano del 22 dicembre 2010 (28) e come potrebbe avvenire in futuro al fine di disapplicare l'odioso comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/2010. Va segnalato, peraltro, che una conclusione identica è stata prospettata, con fondamento, anche per il caso della legge che ha ridotto retroattivamente le pensioni dei braccianti agricoli avventizi, poiché si tratta di lavoratori a cui si applica indubbiamente l'accordo quadro europeo e ai quali sarebbe riservato un trattamento discriminatorio, dato che nel diritto comunitario il concetto di retribuzione è molto ampio, comprendendo in certi casi (compreso quello in esame) gli assegni di pensione (29).

9. — *Sentenza Agrati e rilievo della fase della definizione dell'eventuale equa riparazione: un giudizio di merito?* — Dove, però, la disapplicazione delle norme con effetti retroattivi rimane impossibile, un ragionamento andrebbe fatto innanzitutto sulle ragioni per le quali i giudici di Strasburgo non condividono «le difese» delle norme retroattive effettuate da parte della Consulta. Più sopra ho considerato analiticamente le ragioni fatte valere da entrambe le Corti nel caso del personale Ata. Nella sentenza *Agrati* la Corte di Strasburgo praticamente non crede (o non beve) gli argomenti concernenti le esigenze di rimediare a difetti tecnici della norma e di eliminare ingiustificate disparità di trattamento, dato che considera la norma retroattiva troppo lontana nel tempo rispetto a quella originaria in presenza di interpretazioni giurisdizionali uniformi. Si tratta di un argomento logico che si fonda probabilmente su un giudizio negativo sulla prassi italiana delle leggi retroattive con le quali si intendono limitare le spese dello Stato o di enti pubblici o società

---

(27) Vd. G. Bronzini, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, cit., pp. 505-506, che rinvia anche a un suo precedente scritto, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integratore il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 863. Nello stesso senso, ma più in generale, vd. V. De Michele, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Lav. giur.*, 2010, pp. 113 ss. (spec. 118 ss.), e *Retroattività delle norme e tutela dei diritti del precariato pubblico da parte dei giudici nazionali*, cit., p. 707.

(28) Vedila in *Lav. giur.*, 2011, p. 698.

(29) Vd. V. De Michele, *La tutela delle pensioni agricole e l'incostituzionalità interna e Ue delle norme retroattive pro-Inps*, in *Lav. giur.*, 2011, p. 568.

parapubbliche, che vengono però ammantate con altre motivazioni e che vengono spesso emanate alla chetichella per non scontare cali di consenso (30). Più interessante è l'argomento su cui si basa l'affermazione della violazione dell'art. 1 del Protocollo 1. La Corte Edu dubita, ma non esclude, che l'interferenza attuata dal legislatore abbia perseguito interessi di «pubblica utilità», ma la considera squilibrata a danno dei lavoratori e pertanto troppo pesante. Qui il problema è di misura, di modi e strumenti di attuazione non adeguati. La Corte di Lussemburgo ha rimesso ai giudici comuni la verifica dell'*an* e del *quantum* del sacrificio economico patito in relazione alla mancata applicazione delle tutele previste per il caso del trasferimento d'azienda. Non ha detto l'ultima parola, che ha lasciato, invece, a chi è più adatto a effettuare verifiche di merito. I giudici di Strasburgo, pur non potendo seguire questa via, in pratica hanno effettuato una manovra non molto diversa: non hanno preso alcuna decisione sull'«equa soddisfazione» da concedere, se del caso, in ipotesi di violazione della Convenzione, invitando le parti a presentare osservazioni in merito, dopo che la sentenza fosse divenuta definitiva. In questa sede le parti avrebbero potuto presentare documenti e riferirsi a dati precisi in modo da consentire alla Corte quel contemperamento di esigenze e quella armonizzazione di norme che, sebbene effettuati in una fase successiva alla decisione sulla violazione, potrebbero recuperare almeno un po' il criterio del dialogo tra le Corti. Il rilievo di questa fase del giudizio andrebbe enfatizzato.

10. — *«Pensioni svizzere» e sentenza Maggio: riequilibrio del sistema pensionistico e norme retroattive come extrema ratio* — Una riflessione un po' diversa può essere fatta, invece, in merito agli argomenti usati dalla Corte Edu nella sentenza *Maggio* del 31 maggio 2011, sopra massimata, la quale ha ritenuto che l'art. 1, comma 777, della legge n. 296/2006 (Finanziaria per il 2007), laddove interpreta autenticamente l'art. 5, comma 2, del d.P.R. n. 488/1968 riducendo la retribuzione su cui calcola-

---

(30) Un giudizio simile, a mio avviso, sarebbe probabilmente espresso dalla Corte Edu se dovesse giudicare della conformità alla Convenzione della norma con effetti retroattivi di cui al comma 7 dell'art. 32 della legge n. 183/2010. La sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2011, sopra massimata, rinviene le ragioni di utilità generale della norma nell'esigenza di offrire ai dipendenti a tempo determinato una tutela economica più adeguata al bisogno di certezza dei rapporti giuridici tra tutte le parti coinvolte nei processi produttivi, anche al fine di superare le inevitabili divergenze applicative cui aveva dato luogo il sistema previgente. Lo Stato italiano non potrebbe mai provare l'esistenza di una simile situazione, perché da un semplice esame della giurisprudenza degli ultimi 10 o anche 20 anni risulta in modo inequivocabile che sulle conseguenze economiche che derivano, insieme alla conversione del rapporto, dall'illegittimità della clausola appositiva del termine al singolo contratto o alla serie di contratti vi era una straordinaria compattezza tra i giudici su tutte le questioni più rilevanti, rimanendo qualche distinguo solo su aspetti del tutto secondari (ad es., sull'atto di messa in mora). Non vi era, dunque, alcuna certezza maggiore da introdurre o divergenza da superare. Le imprese hanno chiesto di pagare di meno in presenza di tempi processuali lunghissimi: il problema, come ho già detto in altre occasioni, si poneva e andava affrontato, ma non si prenda in giro nessuno. Tanto meno potrebbero essere presi in giro i giudici di Strasburgo.

re la pensione dei lavoratori italiani che avevano chiesto il trasferimento all'Inps dei contributi da loro versati all'assicurazione sociale svizzera, violi l'art. 6 della Cedu (31). Per la Corte di Strasburgo la norma in esame ha modificato definitivamente l'esito dei giudizi pendenti nei quali lo Stato era parte in assenza di un motivo di interesse generale sufficientemente impellente da superare i pericoli ine-

---

(31) L'Accordo tra Italia e Svizzera concluso il 4 luglio 1969, e al quale è stata data esecuzione interna con la legge 18 maggio 1973, n. 283, prevede che i cittadini italiani che abbiano lavorato in Svizzera possano chiedere, se non hanno ancora beneficiato di alcuna prestazione dell'assicurazione di vecchiaia, superstiti e di invalidità svizzera, il trasferimento alle assicurazioni sociali italiane dei contributi versati da loro e dai loro datori di lavoro all'assicurazione sociale svizzera. Nel 1968 in Italia era stato introdotto un sistema di calcolo della pensione che basava il suo importo sulla retribuzione percepita nell'ultimo periodo lavorativo (pensione retributiva). Poiché l'ordinamento pensionistico svizzero prevede aliquote contributive decisamente più basse di quelle vigenti nell'ordinamento italiano e correlative retribuzioni più alte, succedeva che i lavoratori che avevano lavorato in quella Confederazione e che avevano fatto ritorno in Italia, pur avendo versato una quantità di contributi più bassa, avrebbero dovuto percepire assegni di pensione più alti di quelli percepiti dai lavoratori rimasti sempre in Italia. L'Inps, facendo valere questa situazione, aveva iniziato a liquidare le pensioni in esame effettuando una riduzione delle retribuzioni svizzere di riferimento che compensasse i minori contributi versati. Nell'ambito del contenzioso che ne era nato, la Corte di Cassazione ha sempre ritenuto illegittimo il calcolo effettuato dall'Inps, sino a che la «solita legge finanziaria» non ha introdotto la «solita norma di interpretazione autentica»: l'art. 1, comma 777, della legge n. 296 del 2006, per il quale la disciplina originaria si doveva interpretare nel senso che la retribuzione «estera» doveva essere riproporzionata al fine di stabilire lo stesso rapporto percentuale previsto per i contributi versati nel nostro paese nello stesso periodo.

Su questa norma la Cassazione, con ordinanza 5 marzo 2007, n. 5048, ha sollevato questione di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3, comma 1, 35, comma 4, e 38, comma 2, Cost., ma la Corte Costituzionale, con sentenza 23 maggio 2008, n. 172, ha dichiarato infondate tali questioni, evidenziando come il sistema pensionistico italiano si basasse sulla tendenziale corrispondenza tra risorse disponibili e prestazioni erogate e come anche l'avvento del criterio retributivo per il calcolo delle pensioni non intendesse prescindere dalla sostenibilità finanziaria del sistema, avendo, viceversa, come presupposto il fatto che le aliquote contributive – ovviamente nella misura prevista dalla normativa italiana – fossero tali da garantire l'equilibrio finanziario del sistema. Di fronte ad aliquote e a contribuzioni più basse, come quelle previste in Svizzera, per la Consulta era del tutto compatibile con la normativa italiana e i suoi principi riparametrare la retribuzione percepita all'estero per rendere il rapporto tra retribuzione pensionabile e contributi versati omogeneo rispetto a quello vigente in Italia nello stesso periodo di tempo. Per la decisione in esame ciò è stato espressamente stabilito dalla norma scrutinata, che ha reso esplicito un precetto già contenuto nelle disposizioni originarie, oggetto di interpretazione autentica, con conseguente inesistenza di «alcuna lesione dell'affidamento del cittadino nella certezza dell'ordinamento giuridico, anche perché nella fattispecie l'ente previdenziale ha continuato a contestare l'interpretazione sostenuta dalle controparti private», e di alcun contrasto né con l'art. 3, perché la norma fa salvi i casi dei trattamenti pensionistici già liquidati, né con l'art. 35, comma 5, perché al lavoro prestato all'estero non viene riservato un trattamento peggiore rispetto a quello svolto in Italia, né con l'art. 38, comma 2, perché la disposizione in questione non determina alcuna riduzione *ex post* del trattamento previdenziale spettante ai lavoratori.

renti all'utilizzo della legislazione retroattiva. Per questa sentenza l'interesse generale non poteva di per sé essere costituito da ragioni di carattere meramente finanziario, ma se mai andava intravisto nella necessità di ristabilire un equilibrio nel sistema pensionistico; la Corte si dice non convinta, tuttavia, dell'impellenza di tale necessità, che a suo avviso poteva evidentemente essere soddisfatta con strumenti diversi dall'interferenza sui giudizi in corso. La Corte non dice perché gli argomenti addotti dallo Stato italiano non la convincono, e certo sarebbe molto meglio che esprimesse le sue motivazioni in modo più completo e preciso. Come già posto in luce per la sentenza *Agrati* (32), mi sembra che lamenti ancora il difetto della dimostrazione che solo con una legge retroattiva si potevano riordinare i conti dell'intero Inps. Si tratta, dunque, di una questione di prova, il che mi fa estendere al giudizio davanti alla Corte di Strasburgo la considerazione di inadeguatezza riferita a quello di costituzionalità (33), quando, come nel caso *Maggio*, non vengono in discussione i contenuti generali di norme o principi, ma la loro applicazione ai vari casi specifici. Davanti alla Corte, in altre parole, ci si dovrebbe attrezzare con prove, dati, documenti, come davanti a un giudice di merito. La Corte non ama le chiacchiere, ma gli elementi concreti. Chissà se sarà mai chiamata a verificare il rispetto dell'art. 6 della Cedu da parte della norma che ha imposto retroattivamente la doppia iscrizione all'Inps sopra ricordata: vi è chi ritiene che l'innovazione elimini un privilegio ingiustificato (34); basterà?

11. — *La nuova rimessione alla Corte Costituzionale: quali argomenti nuovi per un giudizio diverso e armonizzante?* — La questione delle «pensioni svizzere» sarà affrontata una seconda volta dalla Corte Costituzionale. A rimetterle di nuovo la questione, in considerazione della sopravvenuta sentenza *Maggio*, è stata la Cassazione, con l'ordinanza del novembre scorso, massimata *sub* VII. La Corte riepiloga diligentemente tutte le complesse fasi della vicenda, ma si limita, in modo quasi burocratico e senza alcuna passione, a prospettare una possibile incostituzionalità con riferimento all'art. 117, comma 1, Cost. solo perché la violazione dell'art. 6 della Cedu è stata affermata dai giudici di Strasburgo. Come già ricordato, tuttavia, ai giudici della Consulta non basta questo solo aspetto per dichiarare l'incostituzionalità della norma, proprio perché si sono riservati un margine di apprezzamento delle norme della Convenzione di Roma. Va, quindi, loro offerto qualche ulteriore argomento di riflessione. A me al momento viene in mente solo questo: i lavoratori emigrati in Svizzera si sono trovati in una situazione particolare, diversa da quella propria dei «normali» lavoratori italiani. Hanno dovuto sopportare le spese del trasferimento, e se percepivano retribuzioni più alte, anche per l'esistenza di più basse aliquote previdenziali, dovevano del pari affrontare un costo della vita ben più alto di quello italiano. Non è dunque ingiustificato il calcolo della pensio-

(32) Vd. G. Bronzini, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, cit., p. 501.

(33) Vd. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 88-89.

(34) Vd. R. Rivero, *La doppia iscrizione previdenziale del socio di Srl tra norma interpretativa e Costituzione*, in *Law. giur.*, 2011, pp. 137 ss.

ne retributiva che li favorisce. Per l'equilibrio complessivo dell'intero sistema previdenziale italiano, turbato da tanti privilegi e contraddizioni, era proprio indispensabile togliere loro il beneficio già accordato? A me pare di no.

12. — *Uno sprone per tutti* — Le leggi retroattive che tolgono diritti possono fare molto male. Una volta ne sono stato vittima anch'io, quale professore associato entrato in ruolo in un dato modo. Ne ho sofferto molto poco. Ma spesso ho visto la rabbia o la depressione di lavoratori che avevano iniziato una causa per ottenere un bene per loro prezioso; avevano fatto molti sforzi per trovare i soldi per iniziarla; avevano patito ansie e stress di molte udienze; se le erano viste rinviare per malattia, gravidanza o trasferimento del giudice, per impraticabilità dell'aula, per astensione dalle udienze degli avvocati, per impossibilità del teste di presenziarvi ecc.; avevano magari festeggiato per una prima sentenza favorevole [...] e poi venivano a sapere di una misteriosa norma che diceva che non avevano diritto a nulla o a molto meno di ciò per cui avevano fatto tante fatiche. Si fa dunque bene a ricordare che il principio elementare di civiltà giuridica, quale il divieto per lo Stato di cambiare l'esito dei processi in corso nei quali è parte attraverso leggi retroattive, è stato sino a oggi imposto nel nostro paese solo da un «podestà straniero» giurisdizionale (35). La Corte di Strasburgo pare considerare le nostre leggi retroattive come l'espressione di furbizie, inganni, menzogne, soprusi delle istituzioni nei confronti dei cittadini. Non le bastano le chiacchiere, anche se hanno già convinto la nostra Corte Costituzionale.

I contrasti tra Corti che ne sono nati fanno a loro volta male al sistema ordinamentale pluralista in cui viviamo. Bisogna, dunque, tutti sforzarci per mettere in campo idee per smorzarli. La Corte Edu deve essere messa in grado di decidere senza pregiudizi, ma in modo approfondito e in base a dati ed elementi di fatto. Il giudice comune deve essere sostenuto il più possibile nell'applicazione diretta delle norme della Cedu. La Corte Costituzionale deve essere costantemente messa in discussione quando giustifica il legislatore scambiando l'essere con il dover essere o ricostruendo i complessi effetti che certe norme producono sulla realtà con la stessa elegante e indefinita leggiadria con la quale Klimt ha dipinto i quadri esposti in queste settimane a Venezia.

Luigi Menghini

*Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Trieste*

---

(35) Vd. G. Bronzini, *Le Corti europee rimettono in gioco i diritti del personale Ata*, cit., p. 496.

CASSAZIONE, 22 novembre 2011, n. 24573 – Pres. Roselli, Est. Berri-  
no, P.M. Gaeta (conf.) – Soc. Candela graniti (avv.ti Spanedda, Pepe)  
c. Manunta.

Conf. Corte d'Appello Cagliari, Sez. dist. Sassari, 18 maggio 2009.

**Controversie di lavoro e previdenza – Lettura del dispositivo –  
Individuazione della data di decisione del giudizio – Rilevanza  
del verbale d'udienza attestante la lettura del dispositivo della  
sentenza – Sussistenza – Ragioni.**

*Nel rito del lavoro, ai fini dell'individuazione della data di decisione del giudizio  
rileva il verbale dell'udienza di discussione che attesta la lettura del dispositivo della  
sentenza, trattandosi di atto pubblico che fa fede fino a querela di falso. (1)*

Il testo della sentenza è pubblicato in *www.ediesseonline.it/riviste/rgl*.

(1) UN INTERVENTO DELLA CASSAZIONE TRA TUTELA  
EFFETTIVA DEL CONTRADDITTORIO E CELERITÀ  
DEL RITO LAVORISTICO

SOMMARIO: 1. L'aspetto processual-lavoristico rilevante: le peculiarità del rito *ex*  
artt. 409 ss. cod. proc. civ. — 2. La centralità della lettura del dispositivo in  
udienza e l'irrilevanza della sua preventiva formazione. — 3. Tutela effettiva  
del contraddittorio e celerità del rito lavoristico.

1. — *L'aspetto processualistico-lavoristico rilevante: le peculiarità del rito ex artt. 409 ss. cod. proc. civ.* — Con nove motivi di ricorso la società ricorrente chiede alla Corte di Cassazione di annullare la sentenza d'appello con la quale è stata disposta la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Il profilo d'interesse della sentenza in esame è di carattere processuale; esso riguarda il primo motivo di ricorso con il quale la ricorrente lamenta che il giudice di primo grado aveva predisposto il dispositivo e la motivazione della sentenza prima ancora dell'udienza di discussione. La Corte di Cassazione afferma, confermando la sentenza d'appello, che il dispositivo preparato dal giudice del lavoro prima dell'udienza di discussione non viola il principio del contraddittorio.

La società ricorrente ha eccepito che il giudice di primo grado «aveva predisposto il dispositivo e la motivazione prima ancora dell'udienza di discussione [...] recando entrambi gli atti la data del giorno precedente il dispositivo e la motivazione della sentenza prima ancora dell'udienza di discussione del 6 novembre 2008». In sintesi, il ricorrente lamenta che quello che la Corte territoriale aveva ritenuto di poter giudicare come un errore materiale era, in realtà, un fatto che aveva impedito ai procuratori delle parti di svolgere adeguatamente il diritto di di-

fesa, con conseguente violazione del principio del contraddittorio e nullità della sentenza (1).

Nel rigettare il ricorso, la Corte conferma la decisione del giudice del secondo grado, che ha dato rilievo al verbale d'udienza, ritenuto atto pubblico che fa fede fino a querela di falso, emergendone sia lo svolgimento delle operazioni di discussione della causa, sia la lettura del dispositivo in udienza.

Nel decidere la controversia, la Corte di Cassazione richiama l'art. 447-*bis* cod. prov. civ. (2) per le controversie locative e l'art. 429 cod. proc. civ. per le controversie di lavoro.

In riferimento a tale ultima norma la Corte osserva che «nelle controversie in materia di lavoro la data di deliberazione costituisce requisito essenziale della sentenza emessa ai sensi dell'art. 429 cod. proc. civ.; tale data si identifica peraltro (a meno che non venga contestata la coincidenza) con quella dell'udienza di discussione chiusa con la lettura del dispositivo, e può pertanto essere desunta dalle relative indicazioni contenute nel testo della sentenza, indipendentemente dall'apposizione della data di deliberazione alla fine del documento e prima della sottoscrizione del giudice» (3).

Ricondotta la controversia alle norme del processo del lavoro, nella fase di formazione della sentenza, sulla scorta dei principi di concentrazione, oralità e immediatezza, il giudice, ai sensi dell'art. 429 cod. proc. civ., una volta esaurita la discussione, pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo: tale norma (4) attua

---

(1) In violazione sia degli artt. 3 e 24 Cost., con riguardo al principio di uguaglianza nel processo e di difesa, sia delle norme concernenti il principio del contraddittorio (art. 101 cod. proc. civ.), il contenuto della sentenza (art. 132 cod. proc. civ.), la pronuncia della sentenza nel rito del lavoro (art. 429 cod. proc. civ.), sia infine delle due norme attinenti ai casi e procedimenti di correzione delle sentenze (artt. 287-288 cod. proc. civ.).

(2) Cass., Sez. III, 21 marzo 2001 n. 4012, secondo cui «nelle controversie locative (alle quali sono applicabili le disposizioni previste per le controversie di lavoro in virtù del richiamo di cui all'art. 447-*bis* cod. prov. civ.), il dispositivo della sentenza non costituisce un atto interno, bensì un atto a rilevanza esterna, che assume autonomo rilievo e viene a esistere mediante la lettura in udienza; non può perciò ritenersi che si sia avuta formazione del dispositivo prima del termine dell'udienza quando il giudice, esaurita la discussione, abbia dato lettura del dispositivo avvalendosi di uno scritto preparato in precedenza per sua annotazione e in funzione eventualmente strumentale alla formazione dell'atto decisionale, atteso che solo la lettura costituisce il momento genetico del dispositivo, in cui esso assume rilevanza esterna e viene acquisito al processo, senza che, peraltro, possa ravvisarsi nullità della decisione per il fatto che, dopo la discussione, la lettura del dispositivo sia intervenuta immediatamente, senza soluzione di continuità, atteso che, per un verso, per il giudice monocratico la camera di consiglio equivale a un momento di autonoma riflessione che non comporta le formalità di cui all'art. 276 cod. proc. civ., e che, per altro verso, non è previsto a pena di nullità alcun intervallo temporale tra la conclusione dell'udienza di discussione e la lettura del dispositivo».

(3) Cass., 23 ottobre 1991, n. 11228, in *Mass. giust. civ.*, 1991, p. 10.

(4) Al comma 3 dell'art. 429 è previsto che «il giudice, quando pronuncia sentenza di condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro, deve determinare, oltre gli interessi nella misura legale, il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la

in maniera «effettiva» (5) la regola della continuità tra discussione della causa e decisione.

Nel caso in esame, la sentenza è stata pronunciata ritualmente nell'udienza di discussione in maniera continua, sulla scorta del perseguimento del principio d'immediatezza: l'udienza di discussione nel rito del lavoro così rappresenta «la più radicale innovazione nel sistema del processo civile» (6), differenziandosi dal processo ordinario di cognizione anche con riguardo al processo di formazione e pubblicazione della sentenza.

Infatti, nel processo ordinario di cognizione, l'*iter* formativo della sentenza, distinto dalla deliberazione, dalla pubblicazione e dalla documentazione, non contiene in sé nessun atto con efficacia esterna fino al momento della pubblicazione, che avviene con un unico atto per l'intera sentenza che è completa con il dispositivo e di motivazione; al contrario, nel rito del lavoro *ex* artt. 429 ss. cod. proc. civ., la fase decisoria risulta divisa in due momenti distinti, anche dal punto di vista cronologico: la lettura del dispositivo in udienza, che è il momento in cui si esaurisce il potere decisorio del giudice con riguardo alla controversia, e il successivo deposito in cancelleria dell'intera sentenza, contenente la motivazione (7).

In tal termini, come ripreso nelle motivazioni dalla pronuncia in commento, il dispositivo assume rilevanza esterna, e non meramente interna come nel rito ordinario ai sensi dell'art. 276 cod. proc. civ.; ne deriva che il dispositivo, o la sentenza contestuale, esistono al momento della loro pubblicazione, senza che rilevi la loro preventiva formazione.

Infatti, la lettura del dispositivo rappresenta l'atto conclusivo e contestuale dell'udienza nella quale si conclude la trattazione della causa con lo scopo di rendere effettive la concentrazione, la celerità e l'immediatezza della decisione (8), garan-

---

diminuzione di valore del suo credito, condannando al pagamento della somma relativa con decorrenza dal giorno della maturazione del diritto»; si rinvia per l'analisi di questa parte della norma a L. Nogler, *Art. 429*, in M. Grandi, G. Pera (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV ed., 2009, pp. 681 ss.; una rassegna giurisprudenziale sulla norma è consultabile in M. Finocchiaro, *Art. 429*, in Idem (a cura di), *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, collana diretta da Giorgio Stella Richter e Paolo Stella Richter, IV (artt. 409-473), II ed., pp. 3262 ss.

(5) A. Proto Pisani, voce *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, in *Digesto sez. civ.*, X, Torino, 1993, p. 392.

(6) L. Montesano, R. Vaccarella, *Manuale di diritto processuale del lavoro*, Napoli, 1989, p. 215.

(7) Così A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, p. 823, il quale rileva che «con la lettura del dispositivo in udienza si esaurisce totalmente il potere decisorio del giudice e residua solo il potere-dovere di redigere una motivazione coerente col dispositivo: pertanto come il dispositivo non può essere modificato a seguito di *ius superveniens* retroattivo o di dichiarazione di illegittimità costituzionale sopravvenuta, così non può essere modificato a seguito di un ripensamento da parte del giudice circa l'esattezza della decisione».

(8) G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, V ed., Milano, 2008, p. 274, parla di «innovazione più saliente» accostabile al meccanismo del processo penale ai sensi dell'art. 525 cod. proc. pen., norma che racchiude il principio di immediatezza della deliberazione, distinguendosi, da un lato, nel principio di continuità tra dibattimento e deliberazione e, dall'al-

tendo l'immodificabilità della pronuncia alla data dell'udienza stessa e fornendo, anche, al lavoratore, a favore del quale è stata pronunciata la sentenza, il titolo necessario per procedere immediatamente all'esecuzione (9).

2. — *La centralità della lettura del dispositivo in udienza e l'irrelevanza della sua preventiva formazione* — In linea generale, la lettura in udienza nel processo del lavoro rappresenta la principale modalità di pubblicazione del dispositivo: oltre a risultare dall'esplicita menzione nella sentenza, può essere documentata da qualsiasi altro atto processuale o desumersi per implicito anche dal fatto che la pronuncia sia avvenuta immediatamente all'esito della discussione e il dispositivo sia stato depositato nelle medesima data in cancelleria (10).

Nel caso di specie la Corte richiama quell'orientamento giurisprudenziale per il quale, nelle controversie di lavoro, la data di deliberazione costituisce requisito essenziale della sentenza, identificandosi con l'udienza di discussione che si chiude con la lettura del dispositivo, la quale si può desumere dalle indicazioni contenute nel testo della sentenza, a prescindere dalla data di deliberazione alla fine del documento e prima della sottoscrizione da parte del giudice (11).

Nel caso in esame, la Corte afferma che «il dispositivo della sentenza non costituisce un atto interno, bensì un atto a rilevanza esterna, che assume autonomo rilievo e viene a esistenza mediante lettura in udienza; non può perciò ritenersi che si sia avuta formazione del dispositivo prima del termine dell'udienza quando il giudice, esaurita la discussione, abbia dato lettura del dispositivo avvalendosi di uno scritto preparato in precedenza per una sua annotazione e in funzione eventualmente strumentale alla formazione dell'atto decisionale, atteso che solo la lettura costituisce il momento genetico del dispositivo, in cui esso assume rilevanza esterna e viene acquisito nel processo» (12).

Diventa, dunque, centrale il momento del pronunciamento del dispositivo tramite lettura da parte del giudice indipendentemente dalla sua preventiva forma-

---

tro, nel principio di identità tra il giudice che ha assistito alla formazione della prova e il magistrato che decide la causa.

(9) Ne sottolinea il carattere peculiare anche O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2011, p. 633.

(10) Fra le numerose vd. Cass. 8 aprile 2002, n. 5019, in *Rep. Foro it.*, 2002, *Lavoro e previdenza*, nn. 121 e 122; Cass., 13 aprile 2004, n. 7037, in *Rep. Foro it.*, 2004, *Lavoro e previdenza*, n. 129.

(11) Cass., 23 ottobre 1991, n. 11228, cit.; precedentemente anche Cass., 8 giugno 1991, n. 6527, in *Mass. giust. civ.*, 1991, p. 6.

(12) Cass., 21 marzo 2001, n. 4012, in *Mass. giust. civ.*, 2001, p. 534. La massima prosegue affermando che: «... senza, che peraltro, possa ravvisarsi nullità della decisione per il fatto che, dopo la discussione, la lettura del dispositivo sia intervenuta immediatamente, senza soluzione di continuità, atteso che, per un verso, per il giudice monocratico la camera di consiglio equivale a un momento di autonoma riflessione che non comporta le formalità di cui all'art. 276 cod. proc. civ. e che, per altro verso, non è previsto a pena di nullità alcun intervallo temporale tra la conclusione dell'udienza di discussione e la lettura del dispositivo».

zione, in ragione del fatto che esso compendia gli elementi del comando giudiziale che non possono essere oggetto di modifica con la stesura della motivazione (13).

Del resto, l'esigenza di celerità è rilevabile dallo stesso meccanismo decisorio, in base al quale – come ha sottolineato la Cassazione – è assente l'udienza di precisazione delle conclusioni, così come le udienze di mero rinvio e i più ampi poteri istruttori officiosi del giudice del lavoro, a differenza che nel processo ordinario di cognizione (14).

In considerazione degli aspetti emersi dalla giurisprudenza di legittimità sull'attività che devono svolgere le parti nel rito lavoristico, il giudice del lavoro, al momento dell'udienza finale di discussione, è in grado di avere un quadro completo ed esaustivo della controversia (15).

Inoltre, occorre tenere presente che lo stesso art. 429 cod. proc. civ. è stato oggetto di riforma con la legge n. 133/2008. L'art. 53, volto a razionalizzare il processo del lavoro, ha previsto una modifica al comma 1 della norma del rito del lavoro riguardante la pronuncia della sentenza: mentre in precedenza l'articolo affermava che «nell'udienza il giudice, esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti, pronuncia la sentenza con cui definisce il giudizio dando lettura del dispositivo», così risultando disgiunta la fase decisoria in due momenti cro-

---

(13) Così, A. Palladini, *Il provvedimento*, in A. Vallebona (a cura di), *Il diritto processuale del lavoro, Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, IX, p. 314; e così anche in giurisprudenza è affermato che nel rito del lavoro, invece, «il dispositivo della sentenza non è – come nel rito ordinario – un atto puramente interno modificabile dallo stesso giudice fino a quando la sentenza non venga pubblicata, ma è atto di rilevanza esterna, che racchiude gli elementi del comando giudiziale i quali non possono essere mutati in sede di redazione della motivazione, atteso che la sua lettura in udienza fissa in maniera immodificabile il comando stesso, portandolo a immediata conoscenza delle parti», Cass. 21 marzo 2008, n. 7698, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Lavoro e previdenza*, n. 118.

(14) La giurisprudenza di legittimità ha affermato che «nel rito del lavoro ogni udienza, a cominciare dalla prima, è destinata alla discussione orale e, quindi, alla pronuncia della sentenza e alla lettura del dispositivo sulle conclusioni proposte in ricorso, per l'attore, e nella memoria di costituzione per il convenuto, di modo che il giudice non è tenuto a invitare le parti alla precisazione delle conclusioni prima della pronuncia delle sentenze», risultando che «la disposizione dell'art. 281-*sexies* cod. proc. civ. che prevede la possibilità per il giudice di esporre a verbale, subito dopo la lettura del dispositivo di sentenza, le ragioni di diritto e di fatto poste a base della decisione, è applicabile al rito del lavoro a condizione del suo adattamento al rito speciale, nel quale non è prevista l'udienza di precisazione delle conclusioni», così Cass., 13 giugno 2008, n. 13708, in *Mass. giust. civ.*, 6, 2007; sottolinea queste caratteristiche anche O. Mazzotta, *op. cit.*, p. 633.

(15) Da ultimo, A. Vallebona, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, *Il rapporto di lavoro*, VII ed., Padova, 2011, p. 883, riconosce che all'udienza di discussione «il giudice arriva – e non sarebbe possibile diversamente – con un'idea ben precisa sulla decisione da emanare, difficilmente modificabile a seguito della discussione orale, spesso perciò assai contenuta». Precedentemente, riprendendo alcune considerazioni critiche, F.P. Luiso, *Il processo del lavoro*, 1992, p. 241, afferma: «La necessità per il giudice di emettere la pronuncia immediatamente dopo la discussione gli impone sostanzialmente di arrivare all'udienza con la decisione già presa», «per cui, in concreto, la discussione orale si rileva una “sterile regola” procedurale, nella pratica spesso, e giustamente, omessa o puramente formale...».

nologici distinti con riguardo al deposito dell'intera sentenza in cancelleria, ora si rafforza tale momento poiché, accanto alla lettura del dispositivo, il giudice deve dare lettura «della esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione»; e qualora la controversia risulti di particolare complessità, «il giudice fissa nel dispositivo un termine, non superiore a sessanta giorni, per il deposito della sentenza».

3. — *Tutela effettiva del contraddittorio e celerità del rito lavoristico* — Quello finora analizzato è un aspetto del processo del lavoro – il momento della lettura del dispositivo – da cui derivano effetti pratico-applicativi che hanno rilievo essenziale: la possibilità riconosciuta alla parte vittoriosa di procedere all'esecuzione forzata in base alla sola copia del dispositivo, in pendenza del termine per il deposito della sentenza ai sensi dell'art. 431, comma 2, cod. proc. civ.; e l'immediata impugnazione del datore di lavoro soccombente, con riserva dei motivi, qualora l'esecuzione della sentenza sia cominciata ai sensi dell'art. 433, comma 2, cod. proc. civ. (16).

Inoltre, dalla lettura del dispositivo in udienza (17) deriva anche un'ulteriore conseguenza di carattere giuridico: il giudice del lavoro con la lettura del dispositivo esaurisce il suo potere decisorio relativo alla controversia, di modo che tutto ciò che può avvenire in pendenza del termine di cui all'art. 430 cod. proc. civ. (18), per il deposito in cancelleria della sentenza completa di motivazione, non è modificabile.

In sostanza, in favore della celerità e rapidità del rito lavoristico, alla luce delle considerazioni svolte, la parte non è lesa dalla predisposizione del dispositivo prima dell'udienza di discussione, poiché è di rilievo centrale, nel rispetto del contraddittorio delle parti, il momento della lettura del dispositivo da parte del giudice in udienza.

---

(16) Per i riferimenti giurisprudenziali vd. Cass., 24 giugno 2008, n. 17145, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1392, con nota di G. Guarneri, *Procura speciale per la proposizione del ricorso in casazione e lettura del dispositivo in appello nel rito del lavoro*; C. Vellani, *La decisione di primo grado*, in D. Borghesi (a cura di), *Il processo del lavoro*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Utet, Torino, 2005, pp. 294 ss.

(17) Per una ricostruzione anche storica dei profili processualistici in tema di lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro, alla luce della giurisprudenza, si rinvia a M. Vellani, *Alcune considerazioni in tema di lettura del dispositivo in udienza nel processo del lavoro*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, pp. 121 ss.

(18) Norma per la quale «la sentenza deve essere depositata in cancelleria entro quindici giorni dalla pronuncia. Il cancelliere ne dà immediata comunicazione alle parti». Nella manualistica più recente si fa presente che: «Come accade nel processo penale (ma ora anche nel rito ordinario civile da parte del giudice monocratico per la decisione a seguito di trattazione orale: art. 281-*sexies* cod. proc. civ.), il giudice dà immediata lettura del dispositivo e delle ragioni di fatto e di diritto, mentre il testo completo della sentenza verrà depositato in cancelleria nel termine (ordinatorio) di quindici giorni dalla pronuncia; e di tale deposito – che perfeziona la fattispecie della *pubblicazione* in modo irreversibile trattandosi di atto a rilevanza esterna – il cancelliere dà immediata comunicazione alle parti (art. 430). Il *dictum* del giudice è, comunque, contenuto nel dispositivo, non operando, nel processo del lavoro, la regola dell'integrazione con la motivazione, sicché, in caso di contrasto, prevale il dispositivo». Così C. Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 2011, p. 336.

Infatti, solo la lettura costituisce il «momento genetico» del dispositivo, nel quale esso assume rilevanza esterna e viene acquisito all'interno del processo. Come ha ribadito la massima enucleata della vicenda in esame, «il verbale dell'udienza di discussione attesta la lettura del dispositivo della sentenza, trattandosi di atto pubblico che fa fede fino a querela di falso»; e la mancanza di lettura del dispositivo, invece, comporta la nullità da far valere con i mezzi ordinari di impugnazione (19).

Inoltre, a voler anche ammettere che astrattamente vi possa essere una lesione del principio del contraddittorio a danno della parte ricorrente, è necessaria la dimostrazione dell'effettivo pregiudizio subito da quest'ultima.

In questi termini si muove il legislatore, da ultimo, con la riforma del processo civile del 2009, laddove nell'introduzione, all'interno del Libro I del codice sulle disposizioni generali, dell'art. 101, comma 2, cod. proc. civ., con riguardo al principio del contraddittorio (20), sancisce «il passaggio dalla (mera) enunciazione del dovere del giudice di provocare, durante la trattazione della causa, il contraddittorio tra le parti sulle questioni rilevate d'ufficio (art. 183, comma 4, cod. proc. civ.) alla sua effettiva tutela attraverso la previsione di meccanismi di attivazione (seppur tardiva, ossia giunta la causa in sede decisoria) a cui presidio è posta la sanzione della nullità della sentenza resa in sua violazione» (21).

Pertanto, il contraddittorio si estrinseca non come valore astratto, ma come mezzo di tutela effettiva delle parti coinvolte, volto a consentire alle parti la piena esplicazione del loro diritto di concorrere, tramite le loro difese, alla formazione del convincimento del giudice per la composizione finale della lite.

Per tale motivo, la pronuncia in commento rende evidente, in particolare nel passaggio laddove la società ricorrente ritiene leso il principio *ex* art. 101 cod. proc. civ., che, nella peculiare celerità del rito lavoristico dove il giudice è in grado di avere un quadro completo della lite ancor prima del momento conclusivo del processo, il contraddittorio, per ritenersi violato, debba essere leso in maniera effettiva (22).

---

(19) L. Foglia, *Art. 429. Pronuncia della sentenza*, in *Le fonti del diritto italiano. Il diritto del lavoro, Il processo*, Commentario a cura di A. Amoroso, V. Di Cerbo, R. Foglia, A. Maresca, IV, Milano, 2009, pp. 444 ss.

(20) Il comma aggiunto dall'art. 45, comma 13, legge 18 giugno 2009, n. 69, afferma: «se [il giudice] ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione».

(21) C. Consolo, F. Godio, *Art. 101. Principio del contraddittorio*, in C. Consolo, M. De Cristofaro, B. Zuffi (a cura di), *La riforma del 2009. Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. Consolo, Milano, 2009, pp. 55 ss.

(22) Interessanti sono poi le considerazioni di chi opera «sul campo», come il giudice del lavoro L. De Angelis, *L'abuso del processo tra certezza delle regole e ragionevole durata: considerazioni sparse di un giudice del lavoro*, in *Lav. giur.*, 4, 2012, in particolare p. 332, il quale afferma: «sul diverso versante dell'abuso interno al processo, si pensi alla eccessiva produzione di documenti volta a confondere le acque o a rendere più difficoltose le difese della controparte

Questo aspetto, in conclusione, si allinea alle considerazioni svolte dalla Corte nella pronuncia commentata, in base alle quali, ai fini della individuazione della data di decisione del giudizio, assume rilievo il verbale dell'udienza di discussione che attesta la lettura del dispositivo, per il quale è irrilevante, come visto, il momento della sua preventiva formazione.

Alberto Mattei

*Dottore di ricerca in Studi giuridici comparati ed europei  
presso l'Università di Trento*

---

e lo studio della controversia a opera del giudice, magari anche solo al fine di ritardare la decisione, oppure, quanto appunto al giudice, si pensi alla motivazione sovrabbondante diretta a far titolo o più semplicemente sprecata: e anche a ciò hanno in qualche modo tentato di ovviare gli artt. 281-*sexies* cod. proc. civ., 132, comma 1, cod. proc. civ., e 118 disp. att. cod. proc. civ., come modificati dalla legge n. 69/2009, e, nelle controversie di lavoro e di previdenza di primo grado, l'art. 429, comma 1, cod. proc. civ., come novellato dal d.l. n. 112 [del 2008]».

## SICUREZZA SOCIALE

---

CORTE COSTITUZIONALE, 20 gennaio 2012, n. 8 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella. – A.A. c. Associazione Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali (Cnpr) (avv.ti Luciani e Fusillo).

**Contribuzione previdenziale – Pensioni erogate dalla Cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali (Cnpr) – Ridefinizione della disciplina in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi – Determinazione della misura del trattamento pensionistico dovuto con le regole del sistema di calcolo contributivo – Ritenuta irragionevole disparità di trattamento rispetto agli assicurati presso gli enti previdenziali privati ex d.lgs. n. 103 del 1996 – Esclusione – Conseguente infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, recante «Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi».**

**Contribuzione previdenziale – Pensioni erogate dalla Cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali (Cnpr) – Ridefinizione della disciplina in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi – Determinazione della misura del trattamento pensionistico dovuto con le regole del sistema di calcolo contributivo – Ritenuto eccesso di delega in relazione ai criteri di calcolo della quota di pensione gravante sulle gestioni interessate dalla totalizzazione – Esclusione – Conseguente infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, recante «Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi».**

*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42 (Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi), secondo cui per gli enti previdenziali privatizzati (e tra questi la Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali) la misura del trattamento pensionistico dovuto a seguito di totalizzazione dei periodi assicurativi è determinata con le regole del sistema di calcolo contributivo sulla base dei parametri dettati dallo stesso art. 4, comma 3 – in riferimento all'art. 3 Cost., per irragionevole disparità di trattamento con gli assicurati presso gli enti previdenziali costituiti ai sensi del d.lgs. 10 febbraio 1996, n. 103, per i quali, infatti, il successivo comma 6 dello stesso art. 4 stabilisce che la misura del trattamento pensionistico sia determinata sulla base del sistema di calcolo vigente nell'ordinamento degli enti medesimi –, sia perché i vari sistemi previdenziali non possono essere comparati tra loro, sia perché anche gli enti costituiti a seguito del d.lgs. n. 103 del 1996 (ovvero successivamente alla svolta a favore del sistema contributivo operata dalla legge 8 agosto 1995, n. 335) hanno dovuto adottare il predetto sistema di calcolo. (1)*

*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42 (Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi), secondo cui per gli enti previdenziali privatizzati (e tra questi la Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali) la misura del trattamento pensionistico dovuto a seguito di totalizzazione dei periodi assicurativi è determinata con le regole del sistema di calcolo contributivo sulla base dei parametri dettati dallo stesso art. 4, comma 3, in riferimento all'art. 76 Cost., per violazione del principio direttivo per l'esercizio della delega, dettato dall'art. 1, comma 2, lett. o, della legge 23 agosto 2004, n. 243, secondo il quale ogni ente presso cui sono stati versati i contributi è tenuto pro quota al pagamento del trattamento pensionistico secondo le proprie regole di calcolo perché ciò non esclude che il legislatore delegato fosse autorizzato a determinare esso stesso in base a quali criteri ogni ente previdenziale dovesse liquidare la quota di propria spettanza, tanto più che i criteri di calcolo previsti dal d.lgs. n. 46 del 2006 costituiscono applicazione del sistema contributivo, che oramai ha assunto una valenza generale nel sistema previdenziale italiano. (2)*

Il testo della sentenza è pubblicato in [www.ediesseonline.it/riviste/rgl](http://www.ediesseonline.it/riviste/rgl).

(1-2) TOTALIZZAZIONE DEI PERIODI ASSICURATIVI E SISTEMA  
DI CALCOLO CONTRIBUTIVO PER LE CASSE PREVIDENZIALI  
PRIVATIZZATE: I PRIMI EFFETTI DELLA LEGGE N. 214/2011

SOMMARIO: 1. Delimitazione della problematica sottoposta all'attenzione dei giudici costituzionali. — 2. L'istituto della totalizzazione dei periodi assicurativi

nel sistema previdenziale riformato. Dall'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, come modificato dall'art. 1, comma 76, lett. a, della legge n. 247/2007, e dall'art. 24, comma 19, della legge n. 214/2011. — 3. Lineamenti e tratti fisionomici del nuovo strumento della totalizzazione contributiva alla luce dei principi e criteri direttivi prefigurati in sede di legge delega n. 243/2004. — 4. Individuazione delle caratteristiche strutturali e funzionali della totalizzazione di cui al d.lgs. n. 42/2006, come interpretato dalla direttiva del ministero del Lavoro 2 marzo 2006 e dalla circolare Inps n. 69/2006. La rilevanza della libertà individuale di opzione tra «ricongiunzione» e «totalizzazione». La sfera di efficacia soggettiva e oggettiva del meccanismo della totalizzazione. — 5. Le modalità di realizzazione effettiva dello strumento totalizzatorio. Il sistema del *pro rata* con precipuo riferimento agli enti previdenziali pubblici e agli enti assicurativi privatizzati di cui ai d.lgs. n. 509/1994 e n. 103/1996. In particolare, i suoi riflessi sulla maturazione e l'adeguatezza dei trattamenti pensionistici. I criteri di computo ed erogazione del trattamento pensionistico finale conseguito attraverso l'operatività dello strumento totalizzatorio. — 6. Il quadro normativo dopo la legge n. 247/2007 e la legge n. 214 del 2011 di conversione del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, cd. decreto «Salva Italia» e la posizione della Corte Costituzionale nella fattispecie in rassegna.

1. — *Delimitazione della problematica sottoposta all'attenzione dei giudici costituzionali* — La sentenza in rassegna riveste una peculiare rilevanza giacché offre l'opportunità di svolgere alcune riflessioni in merito alle linee direttrici lungo le quali si sta muovendo l'odierno sistema previdenziale in relazione al diffuso stato di crisi che si registra sul versante economico generale e che ne sollecita il mutamento (1).

La Corte Costituzionale con la pronunzia in epigrafe interviene sull'istituto della totalizzazione dei periodi contributivi versati presso le gestioni previdenziali privatizzate ai sensi del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, e tra queste la Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali, con precipuo riferimento all'aspetto relativo al sistema di calcolo del trattamento pensionistico dovuto a seguito dell'applicazione del *pro rata* (2).

---

(1) Sulle attuali riforme che hanno investito il nostro sistema previdenziale vd., in senso ampio, P. Sandulli, *Il sistema previdenziale tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 1, 2012. Gli argomenti sono trattati con spunti interessanti sulla manualistica più recente; cfr. sul punto: M. Cinelli, *Il Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2012; M. Persiani, *Il Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012; R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2012; Idem, *Tutele previdenziali ed assicurative nello scenario dei nuovi modelli negoziali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, I, p. 39.

(2) Sull'istituto della totalizzazione a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 1999 cfr.: P. Boer, *Il contributo della Corte Costituzionale all'unificazione del sistema previdenziale*, in *q. Riv.*, 1999, II, p. 813; P. Bozzao, *Totalizzazione dei periodi contributivi e adeguatezza della pensione*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2233; A. Celotto, *Una additiva di principio ad efficacia dispositiva*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, pp. 640 ss.; E. Ghera, *Sul diritto alla totalizzazione e ricongiunzione dei periodi assicurativi*, in *Giur. cost.*, 1999, p. 2320; M. Cinelli, S. Giubboni, F.D. Mastrangeli, C.A. Nicolini, *Mobilità professionale, ricongiunzione, totalizzazione dei periodi assicurativi dopo la sentenza n. 61/1999 della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, III, p. 191; Ferrau, *Liberi professionisti*,

Più in particolare, la pronunzia in oggetto vede la Consulta chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, recante «Disposizioni in materia di totalizzazione» (3) attuativo della delega conferita dall'art. 1, comma 1, lett. *d*, della legge n. 243/2004 («Disposizioni in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza e assistenza obbligatoria») concernente, nello specifico, la determinazione da parte degli enti previdenziali privatizzati ai sensi del d.lgs. n. 509 del 1994 del trattamento *pro quota* in rapporto ai rispettivi periodi di iscrizione maturati secondo le regole del sistema di calcolo contributivo, anziché in base alle disposizioni di computo proprie dell'ente e contenute nel Regolamento di esecuzione delle Casse interessate (4).

---

*illegittima la ricongiunzione dei periodi assicurativi troppo onerosa*, in *Lav. giur.*, 1999, p. 729 ss.; C.A. Nicolini, *Tra cumulo e ricongiunzione: la Corte Costituzionale apre un percorso di «flessibilità previdenziale»*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 640; A. Talia, *Totalizzazione e ricongiunzione di posizioni contributive: attualità e prospettive dopo l'intervento della Corte Costituzionale*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1961; M. De Luca, *Relazione sulla ricongiunzione e totalizzazione delle posizioni contributive*, in *Foro it.*, 2000, I, 22; Idem, *Totalizzazione di posizioni contributive: garanzia di adeguatezza delle pensioni in favore dei lavoratori mobili*, in *Foro it.*, 2000, 2412; C.A. Nicolini, *Cumulo dei periodi assicurativi: la stessa Corte Costituzionale conferma il carattere «self executing» della sentenza n. 61 del 1999*, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 8-9, p. 942; M. La Terza, *Novità in tema di rapporto di lavoro e giurisprudenza sociale nel biennio 1998-2000 (e la legge finanziaria per il 2001)*, in *Dir. lav.*, 2001, I, p. 55; A. Sgroi, *Versamenti contributivi e tutela previdenziale del lavoratore pubblico e privato*, Maggioli, 2004. Vd. in tema, più recentemente: P. Bozzao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Giappichelli, Torino, 2005; Idem, *La nuova disciplina della totalizzazione e del riscatto nella legge n. 247/2007*, in *Previdenza, mercato del lavoro, competitività* (a cura di) M. Magnani, A. Pandolfo, P.A. Varesi, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 136-145; F. Fedele, *Contribuzione figurativa e totalizzazione nell'ambito delle misure di estensione della tutela assicurativa*, in M. Cinelli, G. Ferraro (a cura di), *Welfare, mercato del lavoro e competitività. Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Utet, Torino, 2008, pp. 617-630; M. Gambacciani, *Art. 1, commi 76-78*, in M. Persiani, G. Proia (a cura di), *La nuova disciplina del welfare. Legge 24 dicembre 2007, n. 247*, Cedam, Padova, 2008, pp. 200 ss.

(3) Per un'analisi critica del provvedimento di cui al d.lgs. n. 42 del 2006 sia consentito rinviare a L. Foglia, *La totalizzazione dei periodi assicurativi nel sistema di ridefinizione del welfare*, in *Prev. ass. pubbl. priv.*, 2006, pp. 327-359, e ivi cfr. gli ampi riferimenti normativi e bibliografici, oltre che giurisprudenziali; Idem, *Flessibilità del lavoro e tutela delle posizioni previdenziali*, in *Dir. lav.*, 2003, I, pp. 115 ss., nonché all'altro saggio sul tema: Idem, *Il principio comunitario della totalizzazione dei periodi contributivi e assicurativi nella legge n. 388/2000: verso una maggiore flessibilità previdenziale*, in *Dir. lav.*, 2001, I, pp. 221 ss.

(4) Sul sistema previdenziale dei liberi professionisti cfr.: A. Andreoni, *Appunti di costituzionalità sulla privatizzazione degli enti previdenziali*, in *q. Riv.*, 1995, I, p. 57; P. Boer, *La ricongiunzione delle posizioni assicurative per i liberi professionisti*, in *q. Riv.*, 1991, III, pp. 20 ss.; L. Carbone, *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, in *Dottrina e giurisprudenza sistematica di diritto del lavoro e della previdenza sociale* (diretta da) M. Cinelli, Torino, 1998; M. Cerreta, *I trattamenti di previdenza degli appartenenti ad ordini professionali*, in B. Bussi e M. Persiani, *Trattato di previdenza sociale*, Cedam, Padova, 1979, pp. 1219 ss.; Idem, *Profili evolutivi della legislazione e della giurisprudenza sulla previdenza degli appartenenti ad ordini professionali*, in *Dir. lav.*, 1990, I, pp. 397 ss.; M. Cinelli, *A proposito della previdenza forense e della contemporanea iscrizione a più regimi previdenziali pubblici*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 537; Idem, *Libertà dal bisogno, solidarietà ed autonomia*

Dunque, la Consulta interviene a giudicare della legittimità costituzionale della specifica norma citata (*id est*: art. 4, comma 3, d.lgs. n. 42/2006) nella parte in cui dispone, con riguardo alle modalità di calcolo del trattamento pensionistico a seguito di totalizzazione, che per gli enti previdenziali privatizzati ai sensi del d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509, la misura del trattamento è determinata con le regole del sistema di calcolo contributivo sulla base dei parametri indicati nel prosieguo della norma. Laddove, al contrario, secondo la Corte d'Appello di Torino remittente la disposizione censurata sarebbe invece irragionevole in quanto contrasterebbe, in primo luogo, con l'art. 3 Cost. poiché la norma *de qua* è fonte di un'ingiustificata disparità di trattamento per gli assicurati presso gli enti previdenziali privati costituiti ai sensi del d.lgs. n. 103 del 1996, i quali in virtù del comma 6 dello stesso art. 4, d.lgs. n. 42 del 2006, ottengono la liquidazione del trattamento pensionistico sulla base del sistema di calcolo vigente nell'ordinamento degli enti medesimi. Il che comporterebbe, secondo il giudice *a quo*, l'attribuzione all'assicurato presso gli enti di cui al d.lgs. n. 509 del 1994 di un trattamento nel *quantum* sensibilmente inferiore a quello che sarebbe risultato ove fossero state eseguite le regole di calcolo proprie dell'ente e contenute nel Regolamento di esecuzione della Cassa.

In secondo luogo, ad avviso sempre della Corte d'Appello di Torino, la norma di cui all'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2006, configgerebbe anche con l'art. 76 della Cost. per violazione del principio direttivo dettato dall'art. 1, comma 2, lett. *a*, della legge delega 23 agosto 2004, n. 243, secondo il quale, nel ridefinire la disciplina in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi, il legislatore delegato era tenuto a prevedere che ogni ente presso cui sono stati versati i contributi sia obbligato *pro quota* al pagamento del trattamento pensionistico determinato secondo le proprie regole di calcolo. Invece, le disposizioni del sistema di computo contributivo stabilite dall'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2006, si discostano ampiamente da quelle dettate dall'art. 53 del Regolamento di esecuzione della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali (5).

---

*nella previdenza dei professionisti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, I, p. 124; C. Lagala, *La previdenza sociale tra mutualità e solidarietà*, Bari, 2001, pp. 90 ss.; R. Vianello, *La nuova tutela previdenziale per le attività di lavoro autonomo, libero professionale e di collaborazione coordinata e continuativa*, in C. Cester (a cura di), *La riforma del sistema pensionistico*, Milano, 1996, p. 270; P. Pontrandolfi, *La privatizzazione degli enti di previdenza dei liberi professionisti*, in *Giur. civ.*, 1997, II, pp. 365 ss.

(5) In base alla normativa di cui al Regolamento di esecuzione della Cassa nazionale di previdenza e assistenza dei ragionieri e periti commerciali attualmente vigente, la misura annua della pensione di anzianità è determinata dalla somma delle due seguenti quote: a) la «quota retributiva», così come fissata dall'art. 50, ridotta mediante applicazione del coefficiente di neutralizzazione individuato nella tabella allegata in base all'età compiuta dall'iscritto senza considerare eventuali frazioni di anno; b) La «quota contributiva» è pari all'importo determinato dalla trasformazione in rendita del montante risultante dalla posizione contributiva individuale di cui all'art. 67 mediante il coefficiente di cui all'allegata tabella A relativo all'età effettivamente compiuta dall'iscritto alla data della domanda. Il coefficiente di trasformazione viene rapportato alle frazioni di anno con incremento pari al prodotto di un dodicesimo della differenza tra i coefficienti di trasformazione corrispondenti alle età immediatamente superiore e inferiore a quella dell'iscritto e il numero dei mesi costituenti la frazione di anno.

Ebbene, la Corte Costituzionale con la pronunzia in rassegna ha statuito che la disposizione di cui all'art. 4, comma 3, del d.lgs. n. 42 del 2006 – che consente il calcolo del *pro rata* da parte degli enti di cui al d.lgs. n. 509 del 1994 sulla base del sistema contributivo –, debba ritenersi costituzionalmente legittima in relazione a entrambi i parametri di costituzionalità invocati, dichiarando in tal modo non fondata la questione di legittimità costituzionale della norma citata che la Corte d'Appello di Torino aveva sollevato in riferimento all'art. 3 della Costituzione in quanto, a suo avviso, la norma andrebbe a disciplinare irragionevolmente in modo diverso situazioni uguali: segnatamente nei termini di consentire la determinazione del *pro rata* in base al sistema vigente nello specifico ente per chi abbia versato i contributi presso le istituzioni previdenziali private ai sensi del d.lgs. n. 103 del 1996 e, al contrario, negare analoga possibilità per chi abbia accreditato i medesimi contributi presso gli enti privatizzati *ex* d.lgs. n. 509 del 1994.

La fattispecie sottoposta al vaglio del giudice di merito remittente riguardava l'ordinamento pensionistico della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali, presso la quale si era verificato che a un ex iscritto titolare al tempo stesso di posizione assicurativa anche all'interno dell'Inps non erano stati applicati, a seguito di totalizzazione dei contributi e di calcolo del relativo trattamento secondo il sistema del *pro rata*, i criteri di computo (a carattere retributivo) contenuti nel Regolamento di esecuzione, ma la quota di pensione era stata determinata applicando le regole di calcolo contributivo sulla base di quanto prefigurato dall'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2006, con una liquidazione, quantitativamente parlando, inferiore rispetto a quella che sarebbe spettata in base al reddito professionale maturato negli ultimi anni di vita lavorativa. Tale situazione, ad avviso della stessa Corte d'Appello, realizza una disparità di trattamento tra gli iscritti a tali enti e quelli privati ai sensi del d.lgs. n. 103 del 1996, oltre che determinare un eccesso di delega rispetto alle linee individuate dalla legge n. 243 del 2004.

La Corte Costituzionale, richiamando anche la propria precedente giurisprudenza (6), e nel ribadire l'orientamento per cui i vari sistemi previdenziali non possono essere comparati tra di loro, ha ritenuto di non potere condividere gli argomenti svolti dal giudice di Torino. Ciò sulla base della precisa considerazione per cui la disparità di trattamento segnalata dal giudice *a quo* tra le Casse privatizzate è apparente più che poggiare su basi reali, in quanto gli enti privatizzati *ex* d.lgs. n. 103 del 1996 hanno dovuto adottare da subito il sistema di calcolo contributivo, essendo stati costituiti successivamente alla riforma operata nel 1995 (legge n. 335, cd. riforma Dini).

---

(6) Cfr., sul punto, Corte Cost. 2 febbraio 2011, n. 34, con la quale la giurisprudenza costituzionale ha affermato ripetutamente il principio dell'incomparabilità dei sistemi previdenziali, facendola derivare «dalla loro complessità inerente alla varietà delle prestazioni e delle condizioni per ottenerle – conseguenza della varietà delle attività lavorative – e alle collegate diversità delle fonti di finanziamento» (cfr., da ultimo, sentenza n. 202 del 2008). Ne consegue che «in termini generali non è possibile istituire confronti – sotto il profilo del rispetto del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.) – tra sistemi previdenziali diversi, salvo il limite dell'evidente irragionevolezza» (sentenza n. 83 del 2006; cfr., in senso conforme, sentenze nn. 297 del 1999, 454 del 1993, 433 del 2005).

Dunque, nella realtà il metodo di computo di tipo contributivo è quello di elezione per la totalizzazione effettuata da tutte le Casse private. Anche se non va sottaciuta la circostanza che l'applicazione del medesimo sistema contributivo, nonostante la generalizzazione attuata dalla riforma Monti di cui al d.l. n. 201 del 2011 convertito in legge n. 214/2011, può subire eccezioni proprio nei confronti delle casse privatizzate ammesse dalla riforma stessa a conservare il metodo retributivo ove risulti salvaguardato l'equilibrio finanziario interno (7).

Con riferimento al secondo profilo di incostituzionalità sollevato, ovvero la presunta violazione dell'art. 76 Cost., la Consulta, nel sottolineare che la legge n. 243 del 2004 affidava al legislatore il compito di ridefinire la disciplina in materia di totalizzazione, disponendo che ogni ente avrebbe dovuto erogare *pro quota* il trattamento pensionistico a suo carico secondo le proprie regole di calcolo, non escludeva che il legislatore delegato fosse autorizzato a determinare in base a quale criteri ogni ente previdenziale dovesse liquidare la propria quota, segnatamente in coerenza con le linee evolutive dell'ordinamento previdenziale che vanno attualmente delineandosi in tema di calcolo dei trattamenti pensionistici (cfr. la legge n. 214 del 2011 e in particolare l'art. 24) (8).

Da qui la dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità dell'art. 4, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2006.

2. — *L'istituto della totalizzazione dei periodi assicurativi nel sistema previdenziale riformato. Dall'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, al d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, come modificato dall'art. 1, comma 76, lett. a, della legge n. 247/2007, e dall'art. 24, comma 19, della legge n. 214/2011* — Per comprendere in senso ampio le conclusioni cui è giunta la Consulta nella fattispecie in rassegna è opportuno svolgere alcune considerazioni sul sistema normativo attualmente vigente in materia di cumulo o totalizzazione contributiva e la *ratio* ispiratrice dello stesso.

La poliedricità strutturale e organizzativa dell'ordinamento previdenziale italiano, nonché la non permeabilità e incomunicabilità pressoché assoluta tra le diverse gestioni assicurative, hanno reso sempre problematica nel tempo la fruibilità della garanzia costituzionale di adeguatezza della tutela sociale di cui all'art. 38 Cost. — quando addirittura non ne hanno rappresentato la stessa preclusione — nei confronti di chi, per effetto di percorsi lavorativi articolati e/o comunque variamente mutevoli, avesse maturato anzianità contributive in diversi regimi assicurativi gestori attraversati, singolarmente non sufficienti all'acquisizione di alcun trattamento pensionistico. Questo con una notevole penalizzazione in riferimento soprattutto al *quantum* della relativa prestazione erogata rispetto a chi, pur avendo lavorato e quindi contribuito in eguale misura fosse stato iscritto a un unico e solo regime.

Così, presa coscienza della necessità di riconoscere congruo rilievo a situazioni

---

(7) Per un primo commento al d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, recante «Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici», cd. decreto «Salva Italia», convertito in legge n. 214/2011, vd. P. Sandulli, *Il sistema previdenziale tra una manovra e l'altra. Prime riflessioni sulla legge n. 214/2011, op. cit.*, e ivi gli ampi riferimenti.

(8) Si veda sul punto quanto riportato nella nota n. 7.

di interesse effettivo a un'adeguata tutela previdenziale, che risulti impossibile realizzare compiutamente in sede di ricongiunzione contributiva a carattere estremamente oneroso, il giudice costituzionale con la nota sentenza n. 61 del 1999 ha demandato al legislatore il compito di elaborare una legge sulla tecnica operativa della totalizzazione dei periodi contributivi e assicurativi che disciplinasse le situazioni previdenziali dei lavoratori mobili, ben inteso con il carattere della generalità nella misura in cui fosse estensibile a tutte le categorie dei prestatori di lavoro (9). Soluzione, quest'ultima, oggettivamente necessitata – come detto – al fine di una possibile estensione del presidio del cumulo a contesti lavorativi di per sé non beneficianti dello specifico sussidio (cfr. art. 16 della legge n. 233/1990, nonché art. 1, d.lgs. n. 184/1997).

Il legislatore ha raccolto le indicazioni della Consulta in favore della tecnica normativa della totalizzazione contributiva, traducendole in sede regolativa nell'art. 71 della legge 23 dicembre 2000, n. 388: disponendo in tal modo la generalizzazione del principio, di matrice europea, della totalizzazione dei periodi contributivi e assicurativi. E ciò con previsione resa attuativa dal Regolamento ministeriale n. 57/2003 che ne ha disciplinato le modalità di concreta applicazione (11).

Nonostante però tale norma abbia segnato una delle tappe fondamentali del sistema previdenziale italiano verso una sua tendenziale ma faticosa modernizzazione e flessibilizzazione, va osservato come l'ordine prefigurato dall'articolo 71, legge n. 388/2000, pur avendo determinato una ridefinizione della tutela conservativa delle posizioni giuridiche contributive coerente con i valori emergenti dalla Carta costituzionale, è stato ancorato tuttavia a garantire un'uguaglianza in senso formale e non proprio in senso sostanziale.

Le ragioni dell'ineffettività debbono infatti individuarsi in primo luogo nella delimitazione e circoscrizione dell'applicazione del cumulo a una ipotesi ben determinata (il non aver maturato alcun requisito minimo per la fruizione del diritto a pensione), lasciando così privi di tutela un gran numero di lavoratori che avendo maturato i presupposti contributivi in un solo ente assicurativo non avrebbero potuto ottenere un trattamento pensionistico proporzionato e adeguato alle complessive anzianità maturate.

Cosicché il legislatore, operando siffatta scelta, ha però dimenticato che tale realtà avrebbe reso nei fatti quasi nominale la garanzia rappresentata dalla totalizzazione. Laddove, infatti, l'obiettivo è invece quello del salvataggio delle intere anzianità contributive al di là di precise delimitazioni che ne possano alterare la stessa funzione che lo strumento è in grado potenzialmente di assolvere.

Per un altro verso, nonostante il legislatore riconosca mediante la totalizzazio-

---

(9) Sulla pronuncia n. 61 del 1999 si vedano gli Autori citati nella nota n. 2.

(11) Sui profili inerenti all'art. 71 della legge n. 388/2000 e il d.m. n. 57/2003 cfr. P. Bozzao, *La totalizzazione dei periodi assicurativi*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2001, 1, p. 60 ss., e sia consentito rinviare a L. Foglia, *Il principio comunitario della totalizzazione dei periodi contributivi e assicurativi nella legge n. 388/2000: verso una maggiore flessibilità previdenziale*, cit., 2001, I, pp. 221 ss.; Idem, *Flessibilità del lavoro e tutela delle posizioni previdenziali*, cit., 2003, I, pp. 115 ss., in cui vi sono ampie note di richiami normativi e bibliografici.

ne un cd. «diritto volontario e preferenziale» al lavoratore non in grado di sostenere gli oneri pesantissimi sottesi al meccanismo del trasferimento o ricongiunzione contributiva, rimane il fatto che così come ancora strutturata la tecnica di accentramento (*alias* ricongiunzione) – che genera profonde disparità di utilizzo dello specifico criterio in ragione della diversificazione dei costi tra le diverse categorie lavorative – compromette la connotazione volontaristica della fattispecie del cumulo. Quest'ultima dovrebbe comportare infatti che sia lasciata piena libertà di scelta tra il tradizionale modello di ricongiunzione e il più agile e duttile strumento del cumulo in modo identico per tutte le tipologie di lavoratori. Libertà che invece viene a essere fuorviata soprattutto per i liberi professionisti, i quali, proprio per il maggior onere prefigurato ai fini dell'utilizzo del trasferimento, sono quasi indotti forzatamente al ricorso alla tecnica del cumulo (12).

La rilevata non configurabilità di un diritto alla totalizzazione contributiva in senso pieno e generale in relazione a tutte le categorie lavorative professionali ha, pertanto, indotto di recente il legislatore a un ulteriore intervento normativo regolativo con l'intento di quanto meno ampliare il più possibile lo strumento della totalizzazione.

E in questo senso, l'esigenza di fornire una protezione sociale sul versante della tutela previdenziale della generalità dei lavoratori, *sub specie* di creditori di accantonamenti contributivi, si è tradotta nel conferimento di una specifica delega al Governo con l'articolo 1, comma 1, lett. *d*, della legge n. 243/2004, mediante la quale il legislatore delegato avrebbe dovuto colmare le lacune insite nel disposto normativo di cui all'art. 71, legge n. 388/2000, garantendo una più ampia utilizzazione dello strumento del cumulo. Ciò attraverso la sua estensione anche all'ipotesi in cui un lavoratore avesse perfezionato i requisiti minimi per il diritto alla pensione in uno dei fondi presso cui sono accreditati i contributi. Stabilendo, peraltro, al successivo comma 2, lett. *a*, che lo stesso meccanismo dovesse esplicare la propria efficacia anche nei confronti dei superstiti dell'assicurato, anche se deceduto prima del compimento dell'età pensionabile.

Secondo le indicazioni di principio contenute nella legge delega, i periodi contributivi accantonati presso più gestioni possono essere cumulati a condizione che

---

(12) A ulteriore delimitazione del ricorso alla tutela conservativa e rafforzativa della totalizzazione contributiva di cui all'art. 71, legge n. 388/2000, rilevano anche elementi di natura oggettiva. Al prestatore di lavoro che abbia contribuzione frammentata in più gestioni previdenziali è infatti consentito di avvalersi della tecnica totalizzatoria soltanto per gli specifici ambiti di tutela afferenti alle prestazioni di vecchiaia e inabilità assoluta e permanente, le sole enunciate dalla norma, con esclusione di ogni forma di pensione di anzianità anticipata. Su tale aspetto cfr. Cass. 5 novembre 2003, n. 16645: segnatamente nei termini per cui il sistema di totalizzazione dei contributi versati a gestioni previdenziali diverse, introdotto dall'art. 71 della legge n. 388/2000 a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 61 del 1999, presuppone che, in mancanza di tale totalizzazione, l'assicurato non consegua alcun trattamento pensionistico in nessuna delle gestioni in cui ebbe a versare la contribuzione nel corso della sua vita lavorativa ed è applicabile, nel concorso di tali presupposti, esclusivamente ai fini del conseguimento della pensione di vecchiaia e dei trattamenti pensionistici per inabilità, e non anche per ottenere la pensione di anzianità.

il lavoratore abbia compiuto il sessantacinquesimo anno di età, oppure, a prescindere dall'età anagrafica, che abbia complessivamente maturato almeno quarant'anni di anzianità contributiva. Con l'ulteriore precisazione che la totalizzazione sarà possibile purché risultino versati presso ogni cassa, gestione o fondo previdenziale interessati dalla totalizzazione almeno cinque anni di contributi. Successivamente è disposto che ogni ente previdenziale provvederà in *pro quota* al pagamento del trattamento pensionistico secondo le proprie regole di calcolo.

In tal modo la legge delega, se, da un lato, ha aperto la possibilità di totalizzare anche a chi abbia versato contribuzione in un ente assicurativo in misura tale da poter ottenere un trattamento pensionistico, da un altro lato, ha tuttavia inserito una condizione limitativa non prefigurata dal previgente articolo 71 della legge n. 388/2000, che preclude il ricorso al cumulo qualora le contribuzioni segmentate in ciascun ente assicurativo siano inferiori a cinque anni.

La delega, al di là di tutto, avrebbe potuto costituire un importante *input* per l'ampliamento dei potenziali fruitori del criterio del *pro rata*, grazie al quale si sarebbero potuti definitivamente superare gli inconvenienti che il fenomeno del frazionamento contributivo genera per i singoli lavoratori. Ma, al contrario, il legislatore delegato ha disatteso le aspettative di una maggiore estensione dell'ipotesi del cumulo.

In parziale applicazione dei principi prefigurati dalla legge delega n. 243/2004 il legislatore ha pertanto emanato il d.lgs. n. 42/2006, che provvede a dettare nuove disposizioni in materia di totalizzazione contributiva (12).

3. — *Lineamenti e tratti fisionomici del nuovo strumento della totalizzazione contributiva alla luce dei principi e criteri direttivi prefigurati in sede di legge delega n. 243/2004* — Entrando nel merito delle previsioni normative introdotte dal legislatore delegato con il d.lgs. n. 42/2006 è opportuno subito segnalare che la portata di tale articolato normativo, rubricato «Totalizzazione dei periodi assicurativi», va individuata nel fatto che la nuova disciplina prospettata mette in moto un processo di riforma dell'intera area di tutela degli interessi del lavoratore con percorsi lavorativi caratterizzati da una spiccata varietà, in coerenza con le spinte riformatrici provenienti dalla trasformazione delle dinamiche lavoristiche.

Sennonché, un elemento di grande novità rispetto alla normativa previgente, contrassegnata da un carattere estremamente categoriale, risiede proprio nella generalizzazione, anche se, a ben vedere, solo apparentemente tale, del principio della totalizzazione. La quale, in fase per così dire strutturale-applicativa, si attegga come misura predisposta al fine di consentire l'unificazione di tutti i periodi contributivi (sufficienti e non alla maturazione della provvidenza pensionistica finale), anche se di per sé eterogenei, segmentati presso le varie gestioni previdenziali, purché non coincidenti sincronicamente, al precipuo scopo di garantire un'u-

---

(12) Il decreto legislativo n. 42/2006 sulla totalizzazione dei periodi assicurativi è stato sottoposto a specifici chiarimenti *sia* da parte del ministero del Lavoro con direttiva del 2 marzo 2006, *sia* da parte dell'Istituto nazionale di previdenza sociale (Inps) con circolare n. 69/2006.

nica prestazione pensionistica. Il tutto allorché il lavoratore non sia già titolare di un trattamento pensionistico autonomo in godimento a carico di uno dei fondi previdenziali attraversati e a condizione che i medesimi periodi contributivi siano in ciascuna gestione confluyente non inferiori a sei anni (cfr. art. 1, comma 1, d.lgs. n. 42/2006). Con siffatta condizione – che non può non suscitare tuttavia forti perplessità non solo poiché era lecito attendersi che il provvedimento delegato si rifacesse alla prescrizione delegante di cui alla legge n. 243/2004, che fissava il requisito minimo per totalizzare nel possesso da parte dell'assicurato di almeno cinque anni di contribuzione, ma anche perché, assumendo il condizionamento del cumulo al necessario accredito di una quota fissa di contributi pari a sei anni –, l'utilizzo della totalizzazione risulta in tal modo a ostacolo della tutela di quei lavoratori che invece abbiano contribuzioni segmentate per un ammontare quantitativamente parlando inferiore al suddetto limite.

Quindi, sebbene la prospettata ridefinizione dello strumento della totalizzazione mediante l'ampliamento dei potenziali fruitori (giacché come detto è prescritta la possibilità di totalizzare anche periodi con i quali il lavoratore potrebbe teoricamente conseguire il trattamento pensionistico, purché non sia stato ancora erogato) sia certamente determinante ai fini di una efficace garanzia della mobilità lavorativa, è difatti evidente che una tale funzione pratica di potere ottenere la somma virtuale dei contributi pregressi, che, come tale, agevoli nella soddisfazione delle aspettative previdenziali, risulti poi compromessa e pregiudicata dall'esplicito condizionamento all'aver maturato sei anni di contribuzione. In questo modo, quel che rileva è che l'atteggiamento di potenziamento della fattispecie del cumulo insito nel decreto delegato n. 42/2006 sia oggettivamente privo del substrato necessario alla sua precisa attuazione. In relazione all'aspetto strutturale del meccanismo della totalizzazione, a proporsi è una ricomposizione solo tecnico-matematica delle posizioni soggettive contributive e non sostanziale-materiale: si prescinde dalla previsione della realizzazione di un obiettivo trapasso dei crediti contributivi dall'ente previdenziale cedente all'istituzione assicurativa cessionaria, così come accade con la ricongiunzione, al cospetto della quale viene a determinarsi la ricostituzione di una nuova posizione contributiva comprensiva delle anzianità trasmigrate. Certamente tra il meccanismo della totalizzazione e la diversa ipotesi ricongiuntiva esistono degli elementi in comune quanto meno sotto il profilo finalistico, giacché identico è l'assetto di interessi che si intendono soddisfare: essendo in una certa misura entrambi funzionalizzati a evitare la disaggregazione del complessivo rapporto previdenziale considerato sotto veste frazionata e a garantire la liquidazione della prestazione sociale. Ma, al contempo, esistono tra i due innegabilmente profonde differenze dal punto di vista strutturale, in relazione cioè agli elementi costitutivi. E, al proposito, è subito facile rilevare come con la ricongiunzione il completamento della fattispecie acquisitiva del diritto consegua da un'operazione traslativa attraverso cui l'anzianità contributiva accentrata o traslata è utile ai fini della realizzazione di un unico trattamento erogato dalla gestione accentratrice e determinato sulla base dell'anzianità complessiva e delle regole ivi vigenti. Con effetti, da un lato, di massimizzazione delle utilità, poiché di solito la ricongiunzione viene operata verso il regime più favorevole, dall'altro,

di onerosità per gli assicurati pari alla differenza fra la riserva matematica necessaria alla copertura assicurativa del periodo utile e l'importo dei contributi trasferiti dalle gestioni cedenti. Di qui il lavoratore, pur avendo la possibilità di ottimizzare i benefici assicurativi, resta esposto, se non disposto ad accollarsi i costi di simile operazione, al rischio di una grave decurtazione del trattamento pensionistico, o addirittura, nel caso in cui non abbia raggiunto il requisito minimo in nessuno dei regimi assicurativi, al rischio del disconoscimento dello stesso diritto a pensione. Con la totalizzazione, invece, ciascun segmento di anzianità previdenziale rimane fermo presso il regime originario e costituisce il substrato per calcolare la quota del trattamento pensionistico. Onde ai fini dell'erogazione della relativa prestazione è l'ente gestore a dovere sopportare il costo relativo all'incremento dell'anzianità previdenziale del soggetto teoricamente improduttiva al reale conseguimento della prestazione.

4. — *Individuazione delle caratteristiche strutturali e funzionali della totalizzazione di cui al d.lgs. n. 42/2006, come interpretato dalla direttiva del ministero del Lavoro 2 marzo 2006 e dalla circolare Inps n. 69/2006. La rilevanza della libertà individuale di opzione tra «ricongiunzione» e «totalizzazione». La sfera di efficacia soggettiva e oggettiva del meccanismo della totalizzazione* — L'articolo 1 del d.lgs. n. 42/2006 delimita il campo di applicazione della fattispecie totalizzatoria nel senso di una sua operatività in via generale in favore di tutti i lavoratori. Ove infatti a essere indicati implicitamente sono i lavoratori dipendenti privati e pubblici, i lavoratori autonomi, nonché i liberi professionisti, il clero e i ministri di culto, come pure gli stessi superstiti dell'assicurato, ancorché questi sia deceduto prima dell'età pensionabile, iscritti a due o più forme di assicurazione obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti, senza distinzione alcuna e in qualunque sistema privato o pubblico (spec.: Ago, fondi sostitutivi, esclusivi ed esonerativi della suddetta, enti privatizzati di cui ai decreti legislativi n. 509/1994 e n. 103/1996, Enpam, Enasarco, Enpaf, Enpav, Enpaia, Inpdai, Inpgi).

Ebbene, in relazione a tali tipologie di lavoratori è in questo senso prefigurato il riconoscimento della opzione preferenziale di utilizzare i periodi contributivi pregressi frazionati presso le suddette gestioni mediante il loro cumulo ideale per il concreto perfezionamento dei requisiti necessari all'acquisizione e alla successiva fruizione del diritto a un'unica pensione di vecchiaia, anzianità, inabilità e indiretta.

In tal modo, il legislatore ha operato un significativo ampliamento soggettivo dell'ambito di incidenza della disciplina *de qua* che, del resto, riflette la tendenziale attenuazione – sotto il profilo della distribuzione delle tutele sociali – della distinzione tra le diverse categorie legali di prestatori di lavoro tipica, al contrario, di un approccio metodologico di tipo «categorialistico» cui si è, come anticipato, ispirata la normativa precedente.

Tuttavia, va osservato – come è esplicitato dal comma 2 dell'art. 1 del decreto in commento – che il riconoscimento del diritto alla totalizzazione, quale opzione meramente facoltativa, è subordinato comunque a dei precisi presupposti prefigurati con modalità differenti *da un lato* per la prestazione di vecchiaia e di anzianità e *dall'altro* per la prestazione di inabilità, indiretta e/o reversibilità.

Il d.lgs. n. 42/2006, come interpretato dalla direttiva del ministero del Lavoro

del 2 marzo 2006 e dalla circolare Inps n. 69/2006, è, infatti, esplicito nel prescrivere, per il riconoscimento dei menzionati trattamenti previdenziali, quale condizione di procedibilità della domanda di cumulo, la necessità della conclusione di un determinato procedimento, giammai esaurentesi *uno actu*, ma notoriamente correlato al concorso cronologico di una serie di elementi: per la pensione di vecchiaia, il compimento del sessantacinquesimo anno di età da parte del lavoratore interessato, unitamente a un requisito contributivo minimo totalizzato non inferiore a vent'anni, sussistenza degli ulteriori presupposti, diversi da quelli di età e anzianità contributiva, previsti dai rispettivi ordinamenti (tra questi va senz'altro ricompresa la cessazione dell'attività lavorativa); per la pensione di anzianità, indipendentemente dall'età anagrafica, che il lavoratore sia in possesso di almeno quarant'anni di contribuzione complessiva; per la pensione di vecchiaia e di anzianità, inoltre, precisa l'articolo 1 del d.lgs. n. 42/2006, possono essere incluse nel cumulo le sole gestioni nelle quali si è in possesso di anzianità contributiva pari ad almeno sei anni; per la pensione di inabilità il decreto delegato dispone per i presupposti di utilizzo del cumulo, in primo luogo, che il lavoratore si trovi nell'assoluta e permanente impossibilità di svolgere qualsiasi attività lavorativa ai sensi dell'art. 2 della legge n. 222/1984 (recante l'attuale disciplina della pensione di inabilità nel regime generale), in secondo luogo, che sussistano i requisiti di contribuzione previsti nella gestione pensionistica presso la quale l'interessato sia iscritto al momento in cui si verificano le condizioni di natura sanitaria (cfr. art. 2, commi 1 e 2, d.lgs. n. 42/2006).

Il diritto alla pensione indiretta ai superstiti è riconosciuto, invece, dal decreto in esame solo per i decessi avvenuti alla data di entrata in vigore del decreto medesimo, anche se il lavoratore sia deceduto prima di avere acquisito il diritto a pensione. Con l'ulteriore prescrizione secondo la quale il diritto al trattamento pensionistico indiretto è conseguibile in base ai requisiti di assicurazione e di contribuzione richiesti nella forma pensionistica nella quale il dante causa era iscritto al momento della morte (cfr. art. 2, commi 1 e 2, d.lgs. n. 42/2006); per la pensione di reversibilità ai superstiti il ministero del Lavoro precisa che si applicano le modalità previste da ogni singola gestione.

Ora, dalla lettura dell'art. 1 del decreto n. 42/2006 è dato riscontrare non solo un'estensione soggettiva dello strumento totalizzatorio, ma anche un ampliamento della sua sfera oggettiva: segnatamente sotto il profilo della sua efficacia anche per l'acquisizione della pensione di anzianità in precedenza esclusa. Va però osservato che la norma indicata, sebbene da un punto di vista soggettivo estenda notevolmente la platea dei beneficiari con riferimento anche a coloro che abbiano maturato il diritto a pensione in una delle gestioni attraversate, tuttavia limita il beneficio della totalizzazione al fatto che detto trattamento pensionistico eventualmente acquisibile nell'*an* non sia in corso di liquidazione. Con la conseguenza che nel caso in cui i lavoratori abbiano fruito dei periodi contributivi accreditati presso una singola gestione utilizzandoli per il conseguimento e l'erogazione della pensione non potranno esercitare il diritto alla totalizzazione. Ciò autorizza, al di là di quanto sopra osservato, a esprimere qualche dubbio sulla reale portata generalizzante del

principio del cumulo così come ridefinito dal decreto delegato n. 42/2006. Su questo aspetto, infatti, il decreto mostra evidenti elementi di ambiguità, giacché, da una parte, sembra voler riferirsi alla generalità dei lavoratori, da un'altra parte determina delle limitazioni.

Sul piano soggettivo, l'affermazione della potenziale fruibilità del cumulo da parte dei soggetti che non siano già titolari di trattamento pensionistico autonomo presso una delle gestioni in cui sono stati iscritti genera così l'esclusione dall'ambito di operatività della tecnica totalizzatoria di quei soggetti che, invece, fruiscono un trattamento pensionistico anche se da parte di uno solo dei regimi o casse previdenziali in cui sono stati accreditati i contributi medesimi. Questi ultimi ne risulterebbero gravemente discriminati rispetto a coloro che hanno solo maturato il diritto a pensione ma non siano ancora fruitori dello stesso. Solo questi e i lavoratori che non abbiano acquisito il diritto ad alcun trattamento pensionistico, infatti, potrebbero accedere – mediante la totalizzazione – a una prestazione pensionistica proporzionata e adeguata al lavoro complessivamente reso. Mentre i primi dovrebbero invece accontentarsi del trattamento anche minimo maturato presso uno degli enti erogatori e, dunque, vedere sterilizzati i contributi versati in altre gestioni e insufficienti a produrre qualsiasi effetto al fine della maturazione del trattamento di pensione.

A limitare oltremodo il ricorso alla totalizzazione si pone oltretutto la previsione normativa che sottopone la fruibilità della tecnica del cumulo alla condizione che i lavoratori per la pensione di vecchiaia abbiano compiuto i sessantacinque anni di età (indifferentemente per uomini e donne) e abbiano accumulato un'anzianità contributiva minima di vent'anni. Una impostazione, quella evocata, che si pone in reale contrasto con le linee direttrici fissate dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 61/1999, secondo cui, a prescindere dalla maturazione di un'anzianità contributiva minima, la totalizzazione avrebbe dovuto spiegare i suoi effetti in favore dell'assicurato che non abbia maturato il diritto a un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni nelle quali è o è stato iscritto: che peraltro potrebbe in concreto pesare fortemente sullo stesso sviluppo applicativo dell'ipotesi del cumulo prefigurata, rendendola suscettibile di porre delicati interrogativi in relazione ai più generali principi indicati dalla legge n. 335/1995 (cd. riforma Dini) in tema di accesso alle provvidenze pensionistiche. Siffatte previsioni di procedibilità alla fattispecie del cumulo contributivo previste dal legislatore inducono così a prospettare una sorta di complicazione nei termini descritti soggettivi e oggettivi di per sé gravosa delle modalità di accesso allo specifico sussidio che, in ogni caso, si profila anche inidonea nella concreta realtà a determinare un valido supporto alle sempre più frequenti vicende circolatorie. Ne consegue che la sola mera formalizzazione della tecnica totalizzatoria è insufficiente ad esplicare la propria efficacia protettiva senza un preciso e congruo apparato operativo.

In presenza di siffatte condizioni, la fattispecie totalizzatoria tende a esprimere essenzialmente una scelta negoziale operata unilateralmente sotto il profilo strutturale giacché unico è il centro di interessi da cui perviene, unico è l'interesse stes-

so che giustifica la sua realizzazione, unica è la volontà (intesa in termini di mera facoltatività) che risulta sufficiente alla sua costituzione, affinché venga in un certo qual modo ripristinata l'integrità e la produttività di crediti contributivi sottesi a una serie diversificata di rapporti giuridici previdenziali rispetto al perfezionamento del diritto alla prestazione pensionistica. Al riguardo è stabilito che la domanda per ottenere la totalizzazione venga presentata all'ente previdenziale presso il quale il lavoratore interessato abbia versato l'ultima contribuzione connessa all'attività lavorativa. Inoltre poiché l'istituto della totalizzazione è come detto alternativo allo strumento ricongiuntivo, ove tale ultima modalità sia perfezionata mediante l'accettazione della ricongiunzione da parte dell'interessato, la totalizzazione diviene successivamente preclusa. La previgente disciplina prevedeva, invece, che la preclusione si verificasse con l'accoglimento della domanda. La circolare dell'Inps n. 69/2006 al riguardo specifica che per individuare il momento in cui si verifica l'accettazione della ricongiunzione occorre distinguere i casi di ricongiunzione a titolo gratuito da quelli a titolo oneroso. Nella prima ipotesi, la notifica del provvedimento all'interessato dovrà avvenire con raccomandata a./r., contenente un invito rivolto al medesimo di manifestare la sua volontà di non accettazione del provvedimento stesso entro il termine di novanta giorni. Decorso tale termine, la mancata manifestazione della predetta volontà da parte dell'interessato deve considerarsi accettazione della ricongiunzione e, quindi, preclusione della possibilità di avvalersi della totalizzazione. Nella seconda ipotesi, cioè nei casi di ricongiunzione a titolo oneroso, l'effettuazione del primo pagamento, ovvero il pagamento dell'intero onere costituiscono accettazione della ricongiunzione. Tuttavia il decreto in esame prevede che il lavoratore che abbia inoltrato domanda di ricongiunzione prima dell'entrata in vigore della normativa *de qua* possa rivedere, per così dire, la sua posizione a condizione che il procedimento ricongiuntivo concernente tale domanda non sia stato definito entro la stessa data. Tale opzione dovrà essere esercitata entro il termine di due anni dalla data di entrata in vigore del decreto: in tal caso il lavoratore potrà ottenere la restituzione delle rate anticipate, maggiorate degli interessi legali, e attivare conseguentemente la totalizzazione (cfr. art. 3, d.lgs. n. 42/2006).

Nonostante nella fattispecie totalizzatoria rilevi in modo prevalente la volontà del soggetto di dar corso al relativo strumento, va detto che sotto il profilo specificamente effettuale concorrono alla realizzazione applicativa-operativa del medesimo negozio una pluralità di soggetti: tanto per l'incidenza diretta che un fenomeno del genere nella sua reale esplicitazione presenta sui singoli enti assicurativi presso cui sono incardinati i rispettivi accrediti contributivi, che partecipano attivamente all'effettivo funzionamento del meccanismo in questione. Infatti, i vari fondi in cui il singolo lavoratore risulti concretamente iscritto, a seguito della manifestazione della volontà di ricorrere alla tecnica totalizzante, devono innanzitutto constatare che la somma dei vari spezzoni sia sufficiente a dar luogo al diritto a pensione in qualunque ente attraversato, e successivamente in fatto liquidare il relativo trattamento ma, si badi, esclusivamente in base alle contribuzioni proprie del singolo fondo interessato alla procedura *de qua*. Proprio siffatta impli-

cazione partecipativa delle singole istituzioni previdenziali nel manifestarsi della totalizzazione finisce con il coinvolgere potenzialmente gli interessi dei medesimi. Infatti all'interesse principale del lavoratore di salvaguardia delle situazioni contributive pregresse si aggiungono i contrapposti interessi di stabilità finanziaria degli enti che potrebbero trovare una facile compressione nell'attuazione delle modalità procedurali funzionali alla protezione della sfera giuridica del prestatore di lavoro. E invero, ad acquisire rilievo determinante nella procedura di totalizzazione ai fini dell'erogazione della relativa prestazione è il rendere produttivi contributi altrimenti insufficienti alla maturazione del trattamento pensionistico. Onde l'ente gestore dovrà sopportare il costo relativo all'incremento dell'anzianità previdenziale del soggetto teoricamente improduttiva al reale conseguimento della specifica prestazione previdenziale. In tal modo, la realizzazione del diritto alla unicità del trattamento previdenziale pensionistico è determinata dalla somma dei contributi stessi versati in ciascuna gestione, senza nessun trasferimento e nessun onere a carico dell'interessato (cd. *ricongiunzione*). Con tale meccanismo, pertanto, i contributi non vengono spostati da una gestione a un'altra, bensì li si lascia dove sono stati singolarmente versati. Si prefigura in questo senso una sorta di, per così dire, «sanatoria» teorica o virtuale delle diverse frazioni contributive di cui il singolo lavoratore risulta titolare, obiettivamente protesa a far sì che il soggetto interessato conseguia un'anzianità contributiva unica valida per l'acquisizione del diritto finale alla fruizione della specifica prestazione sociale di *welfare*. È chiaro che un'opzione preferenziale da parte dei prestatori di lavoro per l'ipotesi operativa del cumulo possa realisticamente concretarsi solo in quanto essi possano raggiungere attraverso una simile operazione un vantaggio aggiuntivo rispetto al trasferimento *tout court*.

Quindi ciò che è più importante rilevare è il fatto che alla radice della scelta tecnica operi una preventiva valutazione da parte del singolo soggetto interessato: anzitutto riguardo la possibilità attraverso il sistema per «sommatoria» di pervenire a una rapida definizione del procedimento di recupero delle contribuzioni «frantumate» qua e là tra diversi regimi assicurativi gestori, e conseguentemente di utilizzo effettivo delle stesse in termini di reale erogazione del relativo trattamento previdenziale; ma anche in ordine al conseguimento del totale esonero dagli onerosissimi costi prospettati al riguardo dal metodo della riunificazione materiale; come pure rispetto alla maggiore praticità e duttilità della sua reale esplicitazione operativa, stimolando in questo modo i fenomeni circolatori impressi dall'attuale compagine sociale. Così l'effettiva predilezione per il ricorso allo strumento del cumulo andrebbe ricercata nella raggiungibilità di obiettivi conseguibili meno agevolmente attraverso la tecnica ricongiuntiva. Ma che vi sia un deficit di tutela garantito dalla totalizzazione rispetto alla fattispecie dell'accentramento (*alias* ricongiunzione) è del resto confermato dalla esperienza concreta in materia. Ciò in considerazione del fatto che, nonostante il meccanismo per «sommatoria» non comporti nessun costo per l'assicurato che intende avvalersene, tuttavia è inidoneo ad assicurare, in termini di rendimento finale della prestazione pensionistica, risultati quantitativamente parlando vantaggiosi e benefici per i singoli lavoratori. Infatti, in caso di totalizzazione i ratei di pensione sono calcolati in *pro rata*, ma su

valori corrispondenti in genere a retribuzioni (o redditi) risalenti nel tempo e di norma più basse (perché riferite di solito all'inizio della carriera lavorativa). Viceversa con la ricongiunzione i singoli frammenti contributivi da considerare ai fini della liquidazione della prestazione pensionistica verranno valutati non singolarmente, ma globalmente, attraverso la ricostituzione presso l'istituzione assicurativa cessionaria di una nuova posizione contributiva comprensiva delle anzianità contributive trasmigrate, con indubitabili riflessi positivi sulla base pensionabile da prendere a riferimento.

5. — *Le modalità di realizzazione effettiva dello strumento totalizzatorio. Il sistema del pro rata con precipuo riferimento agli enti previdenziali pubblici e agli enti assicurativi privatizzati di cui ai d.lgs. n. 509/1994 e n. 103/1996. In particolare, i suoi riflessi sulla maturazione e l'adeguatezza dei trattamenti pensionistici. I criteri di computo ed erogazione del trattamento pensionistico finale conseguito attraverso l'operatività dello strumento totalizzatorio* — Passando al sistema di concreto svolgimento del meccanismo della totalizzazione su cui interviene la Consulta nella sentenza n. 8/2012 in rassegna, gli artt. 4 e 5 del d.lgs. n. 42/2006, con specifico riferimento alle modalità di effettiva realizzazione della tecnica totalizzatoria, delineano le fasi attraverso cui questa esplica la sua efficacia operativa.

Precisamente, il procedimento di totalizzazione contributiva si prospetta quale meccanismo i cui termini di svolgimento non si risolvono in un'unica fase temporale, bensì sono realmente correlati all'espletamento di determinate attività collegate da un rapporto di strumentalità per così dire funzionale in vista dell'acquisto del diritto al trattamento pensionistico e, comunque, rispetto all'attuazione degli scopi sottesi alla specifica tecnica di garanzia ricompositiva in considerazione.

Quale primo momento di sicuro significato nella esplicitazione della tecnica totalizzatoria rileva senz'altro la presentazione della domanda di cumulo all'ultima gestione in cui l'interessato è stato iscritto, per la quale assume rilevanza centrale la volontà del soggetto assicurato di addivenire alla sua concreta utilizzazione. Utilizzazione che, materialmente parlando, si snoda nel suo svolgimento attraverso l'attuazione di due ben precisi momenti, coordinati da parte degli specifici ordinamenti previdenziali interessati alla medesima procedura. Si tratta, più in particolare, del momento di liquidazione del trattamento pensionistico oggetto di cumulo contributivo e del momento di reale erogazione, in termini di fruizione dello stesso.

In ordine alla fase di liquidazione dello specifico trattamento da erogare a seguito dell'attivazione preferenziale dello strumento della totalizzazione, l'art. 4 del d.lgs. n. 42/2006 dispone che ciascuna gestione detentrici di frammenti contributivi, per la parte di propria competenza, dopo avere accertato – mediante l'unificazione dei contributi – la sussistenza del diritto a pensione sulla scorta delle condizioni prescritte dagli artt. 1 e 2 del medesimo decreto delegato, determina la misura del trattamento previdenziale a proprio carico in proporzione all'anzianità assicurativa e contributiva maturata presso la gestione medesima. Questo secondo le seguenti modalità: *a)* per i trattamenti pensionistici a carico di un ente previdenziale pubblico (ad esempio, Inps e Inpdap) il legislatore dispone che la liquidazio-

ne della pensione avvenga secondo il sistema di calcolo contributivo (cfr. art. 4, comma 2, d.lgs. n. 42/2006). Ove l'importo del trattamento pensionistico consegua in fatto moltiplicando il montante individuale dei contributi (costituito dalla somma rivalutata di tutti i contributi versati nella relativa gestione) per il coefficiente di trasformazione relativo all'età dell'assicurato alla data di decorrenza della pensione ai sensi dell'art. 1, comma 6, legge n. 335/1995.

Si tratta di una scelta operata dal Governo, in qualità di legislatore delegato, che vanifica la norma delegante dettata dall'art. 1, comma 2, lett. *o*, della legge n. 243/2004, in base alla quale ogni ente presso cui sono stati versati i contributi sarà tenuto *pro quota* al pagamento del trattamento pensionistico secondo le proprie regole di calcolo. In contrasto con tale principio è stato applicato invece il sistema contributivo cd. «puro», che nella Relazione introduttiva al decreto delegato viene motivato con l'esigenza di contenere gli oneri a carico delle gestioni previdenziali sia pubbliche che private.

Si fa notare, a tal proposito, che il nuovo meccanismo contributivo porta al risultato pratico di valorizzare ai fini pensionistici la contribuzione dell'intera vita lavorativa e non più quella dell'ultimo periodo lavorativo come avviene con il metodo di calcolo retributivo. In questo modo si giunge sì certamente a una riduzione della copertura pensionistica rispetto all'ultima retribuzione, ma si ha all'opposto un contenimento degli oneri derivanti dall'operazione della totalizzazione con cui i medesimi enti debbono fare i conti nel momento in cui sono indotti a dare effettività alla contribuzione che altrimenti andrebbe dispersa. Sistema contributivo che peraltro fa in modo che la legittimazione a ricevere la prestazione attraverso il cumulo avvenga in maniera più equa sia per i lavoratori che per le istituzioni assicurative, tenendosi conto della contribuzione di tutta la vita e superandosi gli effetti distorsivi della solidarietà che si pongono al contrario con il sistema fondato sul metodo retributivo, che realizza notevolissimi vantaggi soprattutto in favore di chi riesce a far registrare carriere professionali dinamiche con forti incrementi retributivi negli ultimi anni di attività.

Tuttavia siffatto criterio è apparso subito eccessivamente limitativo per i casi in cui, in almeno uno dei fondi pensionistici, fosse stato possibile ottenere il calcolo della pensione secondo un criterio più favorevole, per effetto del perfezionamento di un requisito contributivo che consentisse la liquidazione di una pensione autonoma, cioè a prescindere dalla totalizzazione. A questo proposito la direttiva del ministero del Lavoro del 2 marzo 2006 fornisce un'interpretazione che elimina le perplessità sopra esposte, affermando che secondo i principi generali dell'ordinamento in materia di salvaguardia dei diritti quesiti, nonché in conformità con il criterio di delega previsto al comma 2, lett. *o*, della legge n. 243/2004, qualora il lavoratore abbia già raggiunto in una gestione a carico degli enti previdenziali pubblici i requisiti minimi richiesti per il diritto ad autonoma pensione, il *pro quota* sarà calcolato con il sistema di computo previsto dall'ordinamento della predetta gestione. Ad esempio, nel caso in cui un lavoratore o una lavoratrice richiedano la pensione di anzianità in regime di totalizzazione avendo già maturato i requisiti per la pensione di anzianità nell'assicurazione generale obbligatoria (es.

trentacinque anni di contribuzione e cinquantasette anni di età) il computo della quota di pensione a carico di tale assicurazione avverrà con il sistema di calcolo previsto dall'ordinamento di tale forma assicurativa. Non può tuttavia essere sottaciuto come il fatto che una direttiva ministeriale detti l'interpretazione di una norma contenuta in un decreto delegato in aperto contrasto con la norma stessa determini una evidente lesione del principio della certezza del diritto; *b)* per i trattamenti a carico degli enti privatizzati di cui al d.lgs. n. 509/1994 è invece disposto che gli stessi vengano calcolati in base a un complesso sistema che prevede una soglia minima del tasso di capitalizzazione, volta a garantire una rivalutazione della contribuzione, consentendo l'avvicinamento a una quota di pensione calcolata con il sistema retributivo, in modo da ridurre eventuali penalizzazioni sugli importi di chi possa far valere più alte anzianità contributive. In particolare, l'allegato 1 al testo normativo in commento contiene una formula di calcolo che prevede l'utilizzo di un algoritmo finalizzato a proporzionare il calcolo operato con il sistema contributivo a quello effettuato con il sistema retributivo. Il decreto asserisce inoltre che i vari parametri e la formula di calcolo possono essere ridefiniti senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica in caso di sostanziali modifiche deliberate dagli Enti e approvate dai Ministeri vigilanti; *c)* infine per i trattamenti a carico degli enti privati di cui al d.lgs. n. 103/1996 è stabilito che operi il sistema vigente nei rispettivi ordinamenti. In sintesi, un metodo di calcolo modellato sulla redditività del patrimonio delle casse (anziché sul prodotto interno nazionale) e completato da un algoritmo che ne arricchisce il risultato finale in presenza di maggiore anzianità di iscrizione presso la singola cassa. Per quanto concerne la fase di effettiva erogazione del trattamento pensionistico conseguito con la totalizzazione, è stabilito che la stessa venga effettuata sempre dall'Inps, previe apposite convenzioni con altri enti per disciplinare il rapporto di provvista secondo la regola del *pro quota*. E invero è stabilito che il pagamento degli importi liquidati dalle singole gestioni è a carico dell'Istituto nazionale di previdenza sociale, mentre l'onere del trattamento è a carico delle singole gestioni che sono responsabili della liquidazione della propria quota, dovendo corrispondere il relativo importo a esse addebitato alla gestione erogatrice, titolare di un vero e proprio diritto di rivalsa. Sulla pensione totalizzata viene infine periodicamente erogato l'aumento di perequazione automatica, che pur venendo ripartito tra le singole gestioni è comunque corrisposto in soluzione unitaria con il trattamento pensionistico.

6. — *Il quadro normativo dopo la legge n. 247/2007 e la legge n. 214 del 2011 di conversione del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, cd. decreto «Salva Italia» e la posizione della Corte Costituzionale nella fattispecie in rassegna* — Un ulteriore tassello introdotto dal legislatore al fine di agevolare il ricorso al sistema della totalizzazione è stato da ultimo prefigurato dalla legge n. 247 del 2007 (cfr. art. 1, comma 76) e dalla riforma Monti di cui alla legge n. 214 del 2011 (cfr. art. 24, comma 19), le quali, nel diminuire a tre anni e poi totalmente sopprimere la consistenza del periodo contributivo minimo conseguito presso la gestione interessata alla totalizzazione e nel prevedere per coloro che accedono al pensionamento in base ai requisiti previsti nel

sistema contributivo la possibilità di totalizzare periodi anche se essi hanno maturato già autonomamente il diritto al trattamento pensionistico di vecchiaia in una forma previdenziale, si proiettano verso la ridefinizione delle politiche di *welfare* nella direzione di una loro maggiore sensibilità alle imperanti esigenze di flessibilità e occupabilità che contraddistinguono l'attuale mercato del lavoro.

E su questa linea, come detto, si muove anche la pronuncia in rassegna che mentre si appalesa più coerente con i principi emergenti nell'attuale assetto previdenziale, nonché con le esigenze sempre più pressanti di contenimento degli oneri a carico delle gestioni previdenziali sia pubbliche che private, non manca di suscitare interrogativi sul tema della salvaguardia dei diritti quesiti (10). Relativamente agli stessi dovrebbe risultare confortante sia quanto detto a proposito dell'ammissibilità del metodo retributivo da parte delle casse privatizzate nell'ambito della riforma di cui alla legge n. 214 del 2011, sia quanto risulta dalla citata direttiva del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 2 marzo 2006, ove si legge che «secondo i principi generali dell'ordinamento pensionistico in materia di salvaguardia dei diritti quesiti qualora il lavoratore abbia già raggiunto in una gestione a carico degli enti previdenziali pubblici i requisiti minimi richiesti per il diritto ad autonoma pensione, tale *pro rata* sarà calcolato con il sistema di computo previsto dall'ordinamento della predetta gestione».

Tuttavia non sembra si possa prescindere dal constatare come la sentenza in commento legittimi l'utilizzo in via del tutto generale da parte del legislatore del sistema di calcolo contributivo per la determinazione delle prestazioni previdenziali. Criterio che oramai ha assunto una valenza generale nel sistema previdenziale italiano.

La legge n. 214 del 2011, infatti, ha trasformato in regola generale le previsioni della riforma Dini di cui alla legge n. 335 del 1995, rafforzando le connessioni tra i contributi versati durante l'attività lavorativa e le prestazioni erogate. Ciò garantisce l'equità intergenerazionale e la parità di trattamento tra i membri di ciascuna generazione.

Ma la decisione contenuta nella riforma pensionistica di applicare il contributivo *pro quota* a tutti i lavoratori dal primo gennaio 2012 è stata dettata anche dall'obiettivo di garantire la sostenibilità finanziaria del sistema previdenziale che traspare in vari passaggi della sentenza, tanto da far emergere la volontà del giudice delle leggi di vigilare sull'evoluzione dell'ordinamento alla luce del processo di trasformazione dell'intero sistema di *welfare*.

Laura Foglia

*Ricercatrice di Diritto del lavoro presso la Seconda Università di Napoli*

---

(10) Sul tema dei diritti quesiti, su posizioni difformi, v. M. Persiani, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, n. 2, p. 311; G. Ferraro, *I diritti quesiti tra giurisdizione e legificazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, I, p. 277.

# INDICE

---

## ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

### CONDOTTA ANTISINDACALE

Atti di valenza generale dei Comuni – Informazione preventiva ai sindacati – Non dovuta – Omissione dell’obbligo di consultazione *ex* art. 6, d.lgs. n. 165/2001 – Sussiste (Corte d’Appello Caltanissetta, 24 giugno 2011). 343

Assemblea «di strada» – Omissione degli adempimenti collaborativi del dirigente scolastico – Art. 8 Ccnl Scuola 2003 – Sussiste (Corte d’Appello Catania, 27 aprile 2011, Sez. lav.). 343

### CONTRIBUZIONE PREVIDENZIALE

Pensioni erogate dalla Cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali (Cnpr) – Ridefinizione della disciplina in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi – Determinazione della misura del trattamento pensionistico dovuto con le regole del sistema di calcolo contributivo – Ritenuta irragionevole disparità di trattamento rispetto agli assicurati presso gli enti previdenziali privati *ex* d.lgs. n. 103 del 1996 – Esclusione – Conseguente infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, recante «Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi» (Corte Costituzionale, 20 gennaio 2012, n. 8). 389

Pensioni erogate dalla Cassa nazionale di previdenza e di assistenza a favore dei ragionieri e dei periti commerciali (Cnpr) – Ridefinizione della disciplina in materia di totalizza-

zione dei periodi assicurativi – Determinazione della misura del trattamento pensionistico dovuto con le regole del sistema di calcolo contributivo – Ritenuto eccesso di delega in relazione ai criteri di calcolo della quota di pensione gravante sulle gestioni interessate dalla totalizzazione – Esclusione – Conseguente infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42, recante «Disposizioni in materia di totalizzazione dei periodi assicurativi» (Corte Costituzionale, 20 gennaio 2012, n. 8). 389

#### CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Contribuzione previdenziale – Soci amministratori di Srl – Opera prestata nell'impresa commerciale – Iscrizione all'Inps – Legge di interpretazione autentica – Obbligo di doppia iscrizione – Artt. 3, 24, comma 1, 102, 111, comma 2, e 117, comma 1, Cost. – Questione di legittimità costituzionale – Infondatezza (Corte Costituzionale, 26 gennaio 2012, n. 15). 357

Contribuzione previdenziale – Soci amministratori di Srl – Opera prestata nell'impresa commerciale – Iscrizione all'Inps – Legge di interpretazione autentica – Obbligo di doppia iscrizione – Art. 6 Cedu – Violazione – Insussistenza (Corte Costituzionale, 26 gennaio 2012, n. 15). 357

Contratto a termine – Conversione – Indennità onnicomprensiva – Retroattività – Cause in corso – Alterazione – Art. 6 Cedu – Violazione – Insussistenza (Corte Costituzionale, 11 novembre 2011, n. 303). 358

Contribuzione previdenziale – Salariati agricoli avventizi – Retribuzione pensionabile – Legge di interpretazione autentica – Effetto peggiorativo – Artt. 38, comma 2, 53, 3, 111, commi 1 e 2, 117, comma 1, Cost. – Questioni di legittimità costituzionale inammissibili e infondate (Corte Costituzionale, 30 settembre 2011, n. 257). 358

Contribuzione previdenziale – Salariati agricoli avventizi – Retribuzione pensionabile – Legge di interpretazione auten-

- tica – Effetto peggiorativo – Art. 6 Cedu – Conformità (Corte Costituzionale, 30 settembre 2011, n. 257). 358
- Contribuzione previdenziale – Salariati agricoli avventizi – Retribuzione pensionabile – Legge di interpretazione autentica – Effetto peggiorativo – Art. 14 Cedu – Conformità (Corte Costituzionale, 30 settembre 2011, n. 257). 358
- Pensione – Ex dipendenti del Banco di Napoli – Trattamento perequativo – Specialità – Permanenza – Negazione – Contenzioso – Legge di interpretazione autentica – Trattamento perequativo speciale – Eliminazione – Art. 6 Cedu – Violazione – Sussiste (Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 febbraio 2012, ricorso n. 17972/07, Sez. II). 360
- Lavoro pubblico – Trasferimento del personale Ata dagli enti locali allo Stato – Trattamento economico – Legge di interpretazione autentica – Peggioramento – Art. 6 Cedu – Violazione – Sussiste – Art. 1, Protocollo 1 – Violazione – Sussiste (Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/2008, 6107/2009, 5087/2009, Sez. II). 360
- Pensione – Pensioni di vecchiaia – Lavoro svolto in Svizzera – Rimpatrio – Trasferimento dei contributi previdenziali – Pensione retributiva – Calcolo – Legge di interpretazione autentica – Ricalcolo in senso peggiorativo – Art. 6 Cedu – Violazione – Sussiste – Art. 1, Protocollo 1 – Violazione – Non sussiste (Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 maggio 2011, ricorsi nn. 46286/2009, 52851/2008, 53727/2008, 54486/2008, 56001/2008, Sez. II). 361
- Lettura del dispositivo – Individuazione della data di decisione del giudizio – Rilevanza del verbale d'udienza attestante la lettura del dispositivo della sentenza – Sussistenza – Ragioni (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24573). 381
- Pensione – Pensioni di vecchiaia – Lavoro svolto in Svizzera – Rimpatrio – Trasferimento dei contributi previdenziali – Pensione retributiva – Calcolo – Legge di interpretazione autentica – Ricalcolo in senso peggiorativo – Art. 6 Cedu –

Sentenza Maggio – Violazione – Art. 117, comma 1, Cost. –  
Questione di legittimità costituzionale – Non manifesta in-  
fondatezza (Cassazione, 15 novembre 2011, n. 23834, ord.) 361

Infortuni e malattie professionali – Legittimazione a costi-  
tuirsi parte civile nel processo penale – Art. 74 cod. proc.  
pen. – Enti territoriali, Sindacati e associazioni – Sufficienza  
di un danno di qualsiasi natura – Sussiste (Corte d’Assise To-  
rino, 15 aprile 2011). 214

## DISCRIMINAZIONI

Parità di trattamento in materia di occupazione e di condi-  
zioni di lavoro – Principi generali del diritto dell’Unione –  
Art. 157 TfUe – Direttiva n. 2000/78/Ce – Ambito di appli-  
cazione – Nozione di «retribuzione» – Esclusioni – Regime  
di previdenza professionale sotto forma di pensione com-  
plementare di vecchiaia per gli ex dipendenti di un ente lo-  
cale e i loro superstiti – Metodo di calcolo di tale pensione  
che avvantaggia i beneficiari coniugati rispetto a quelli che  
vivono nell’ambito di un’unione civile registrata – Discrimi-  
nazione fondata sulle tendenze sessuali (Corte di Giustizia  
Ue, 10 maggio 2011, causa C-147/08, Grande Sezione). 287

## FERIE

Organizzazione dell’orario di lavoro – Art. 7, Direttiva n.  
2003/88/Ce – Diritto alle ferie annuali retribuite – Estinzio-  
ne del diritto alle ferie annuali retribuite non godute per cau-  
sa di malattia allo scadere di un termine previsto dalla nor-  
mativa nazionale (Corte di Giustizia Ue, 22 novembre 2011,  
causa C-214/10, Grande Sezione). 273

## GRUPPO D’IMPRESA

Società capogruppo – Ingerenza nella gestione dei rapporti di  
lavoro con le società del gruppo – Imputazione del rapporto

---

alla capogruppo – Configurabilità – Fondamento (Cassazione, 29 novembre 2011, n. 25270, Sez. lav.) 294

## LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Licenziamento disciplinare – Mancata affissione codice disciplinare – Illegittimità – Violazione di regole di comportamento previste dal contratto collettivo (Cassazione, 16 settembre 2011, n. 18955, Sez. lav. ord.) 320

Licenziamento disciplinare – Proporzionalità – Standard valutativi – Lieve entità del danno patrimoniale e assenza di recidiva – Mancata lesione del vincolo fiduciario – Illegittimità (Cassazione, 29 agosto 2011, n. 17739, Sez. lav. ord.) 320

Ritorsione diretta e indiretta del datore di lavoro – Onere della prova – Nullità dell'atto ed effetto reintegratorio (Cassazione, 8 agosto 2011, n. 17087, Sez. lav.) 326

## MOBILITÀ

Sussidi e indennità di disoccupazione – Indennità di mobilità *ex art. 7, legge n. 223 del 1991* – Natura previdenziale – Conseguenze – Accordo transattivo in deroga alla legge – Validità – Esclusione (Cassazione, 24 novembre 2011, n. 24828, Sez. lav.) 310

## SICUREZZA SUL LAVORO

Infortunio – Doveri del datore di lavoro (Cassazione, 9 maggio 2011, n. 10097, Sez. III civ.) 334

Infortunio – Servizio di sorveglianza – Decesso del lavoratore addetto al servizio di piantonamento a seguito di rapina – Nesso di causalità – Responsabilità del datore di lavoro e del committente – Danno ai superstiti (Cassazione, 9 maggio 2011, n. 10097, Sez. III civ.) 334

<p>Infortunio – Servizio di sorveglianza – Decesso del lavoratore addetto al servizio di piantonamento a seguito di rapina – Nesso di causalità – Responsabilità del committente – Danno ai superstiti (Cassazione, 9 maggio 2011, n. 10097, Sez. III civ.).</p>	334
<p>Omicidio colposo con violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro – Art. 25-<i>septies</i>, d.lgs. n. 231/2001 – Responsabilità delle persone giuridiche da reato – Natura della responsabilità (Corte d'Assise Torino, 14 novembre 2011).</p>	200
<p>Incendio doloso e omissione dolosa di cautele infortunistiche – Risarcimento del danno da stress e da turbamento dei lavoratori esposti al pericolo – È ammissibile (Corte d'Assise Torino, 15 aprile 2011).</p>	214

## CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

*2011*

APRILE

<p>Corte d'Assise Torino, 15 aprile 2011 – imp. E.I. (più altri).</p>	214
<p>Corte d'Appello Catania, 27 aprile 2011, Sez. lav. – Pres. Nigro, Est. Cordio – Iti «Stanislavo Cannizzaro» (Avv. Stato) c. Cgil-Scuola Catania (avv. Spataro).</p>	343

MAGGIO

<p>Cassazione, 9 maggio 2011, n. 10097, Sez. III civ. – Pres. Preden, Est. Chiarini, P.M. Russo (Conf.) – Ivlnl Srl (avv.ti Ferraro F. e Ferraro G.), Bpa Spa (avv. Sabbatino) e Ma Spa c. S.A. (avv.ti Romanelli e Muto).</p>	334
--	-----

Corte di Giustizia Ue, 10 maggio 2011, causa C-147/08, Grande Sezione – Pres. Skouris, Est. Šváby – Römer v. Freie und Hansestadt Hamburg (Avv. Gen. Niilo Jääskinen). 287

Corte europea dei diritti dell'uomo, 31 maggio 2011, ricorsi nn. 46286/2009, 52851/2008, 53727/2008, 54486/2008, 56001/2008, Sez. II – Pres. Tulkens – Maggio e altri c. Italia. 361

## GIUGNO

Corte europea dei diritti dell'uomo, 7 giugno 2011, ricorsi nn. 43549/2008, 6107/2009, 5087/2009, Sez. II – Pres. Tulkens – Agrati e altri (avv. Sullam) c. Italia (agenti Spatafora e Lettieri). 360

Corte d'Appello Caltanissetta, 24 giugno 2011 – Pres. Nicastro, Est. Catalano – Comune di Piazza Armerina (avv.ti Bonura e Mela) c. Cisl-F.P. Enna (avv. Lo Giudice). 343

## AGOSTO

Cassazione, 8 agosto 2011, n. 17087, Sez. lav. – Pres. Foglia, Est. Ianniello, P.M. Finocchi Ghersi (Diff.) – M.V. (avv.ti Grattarola e Spinoso) c. L.V. Srl (avv.ti Boccia e Marelli). 326

Cassazione, 29 agosto 2011, n. 17739, Sez. lav. ord. – Pres. Roselli, Est. Tria, P.M. Basile (Conf.) – Iper Montebello Spa (avv. Menegazzi) c. M.G. (avv.ti Verticchio, Boiocchi). 320

## SETTEMBRE

Cassazione, 16 settembre 2011, n. 18955, Sez. lav. ord. – Pres. De Renzis, Est. Tria, P.M. Basile (Conf.) – Italcara Snc (avv.ti Maresca, Sorbello) c. C.P. (avv. Caruso). 320

Corte Costituzionale, 30 settembre 2011, n. 257 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo – P.R. e altra c. Inps (avv. Caliuolo). 358

## NOVEMBRE

- Corte Costituzionale, 11 novembre 2011, n. 303 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella – C.C. (avv.ti Vacirca e Angiolini) e S.G. (avv.ti Carpagnano e De Michele) c. Poste Italiane Spa (avv.ti Maresca e Pessi). 358
- Corte d'Assise Torino, 14 novembre 2011 – Pres. Iannibelli, Est. Dezani – Imp.: E.H., P.M., P.G., M.D., S.R., C.C., e ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni Spa. 200
- Cassazione, 15 novembre 2011, n. 23834, ord. – Pres. Miani Canevari, Est. Tricomi – Inps (avv.ti Riccio, Valente, Preden), c. L.G.L. (avv.ti Romoli e Romano). 361
- Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24573 – Pres. Roselli, Est. Berrino, P.M. Gaeta (conf.) – Soc. Candela graniti (avv.ti Spanedda, Pepe) c. Manunta. 381
- Corte di Giustizia Ue, 22 novembre 2011, causa C-214/10, Grande Sezione – Pres. Skouris, Est. Levits, Avv. Gen. Trstenjak – Khs Ag (avv. Brasse, Rechtsanwalt) c. Winfried Schulte (avv. Teuber, Rechtsanwalt). 273
- Cassazione, 24 novembre 2011, n. 24828, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Berrino – P.M. Gaeta (conf.) – L.L. (avv.ti Bussa, Giusti) c. L.G. & C. Srl (avv.ti Pagni, Del Punta). 310
- Cassazione, 29 novembre 2011, n. 25270, Sez. lav. – Pres. Roselli, Est. Meliadò, P.M. Finocchi Ghersi (conf.) – Fiat Partecipazioni Spa, Fiat Group Automobiles Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Donamico, Dirutigliano) c. B.R. (avv.ti Bin e Cossu). 294

2012

## GENNAIO

- Corte Costituzionale, 20 gennaio 2012, n. 8 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella. – A.A. c. Associazione Cassa nazionale di pre-

---

videnza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali (Cnpr) (avv.ti Luciani e Fusillo). 389

Corte Costituzionale, 26 gennaio 2012, n. 15 – Pres. Quaranta, Est. Criscuolo, P.M. Apice – Inps (avv. Maritato) c. L.L. e altra. 357

## FEBBRAIO

Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 febbraio 2012, ricorso n. 17972/07, Sez. II – Pres. Tulkens – Arras e altri c. Italia. 360

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE  
E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2 .....	206, 342, 368
– art. 3 .....	215, 223, 315, 331, 357, 382, 390
– art. 5 .....	206
– art. 10 .....	367
– art. 17 .....	347
– art. 18 .....	215
– art. 23 .....	215
– art. 24 .....	223, 332, 357, 382
– art. 25 .....	369
– art. 27 .....	201
– art. 32 .....	212
– art. 35 .....	378
– art. 36 .....	242, 284
– art. 38 .....	223, 315, 359, 395
– art. 41 .....	212, 257
– art. 53 .....	359
– art. 76 .....	225, 390
– art. 97 .....	215
– art. 102 .....	223, 357
– art. 111 .....	223, 357
– art. 117 .....	206, 215, 223, 357
– art. 120 .....	215

UNIONE EUROPEA

Trattato Cee

– art. 119 .....	289
------------------	-----

Trattato Ce

– art. 13 .....	287
– art. 136 .....	280
– art. 137 .....	280
– art. 141 .....	289

---

Trattato Ue	
– art. 6 .....	281
Trattato sul funzionamento dell’Ue	
– art. 19 .....	287
– art. 49 .....	217
– art. 56 .....	217
– art. 151 .....	280
– art. 153 .....	280
– art. 154 .....	279
– art. 157 .....	287
Direttiva n. 77/187/Cee .....	244
– art. 3 .....	365
Direttiva n. 1989/391Cee .....	208
Direttiva n. 93/104/Ce .....	278
Direttiva n. 97/81/Ce .....	236
Direttiva n. 1999/70/Ce .....	237, 292
Direttiva n. 2000/78/Ce .....	287
– art. 1 .....	289
– art. 2 .....	289
– art. 3.3 .....	289
– Considerando 13 .....	289
– Considerando 22 .....	290
Direttiva n. 2003/88/Ce	
– art. 7 .....	274
– art. 17 .....	276
– Considerando 6 .....	282
Direttiva n. 2005/35/Ce .....	189
Direttiva n. 2008/99/Ce .....	189
Direttiva n. 2009/123/Ce .....	189
Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale	236
– clausola 8 .....	237
Carta dei diritti fondamentali dell’Ue	
– art. 31 .....	281
– art. 47 .....	375
– art. 51 .....	281
– art. 52 .....	375

Convenzione europea per la salvaguardia dei  
diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

– art. 6 .....	223, 357
– art. 14 .....	359
– Protocollo 1	
– art. 1 .....	361

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Convenzione Oil n. 132/1970 .....	282
– art. 9 .....	283
Accordo tra Italia e Svizzera, 4 luglio 1969 .....	378

CODICE CIVILE

– art. 1175 .....	257
– art. 1218 .....	323, 340
– art. 1223 .....	340
– art. 1227 .....	341
– art. 1292 .....	305
– art. 1344 .....	317, 329
– art. 1345 .....	326
– art. 1346 .....	268
– art. 1374 .....	319, 336
– art. 1418 .....	268, 317
– art. 1429 .....	231
– art. 1431 .....	231
– art. 1455 .....	320
– art. 1748 .....	234
– art. 1960 .....	314
– art. 1965 .....	314
– art. 1966 .....	315
– art. 1967 .....	268
– art. 1991 .....	314
– art. 2043 .....	204
– art. 2049 .....	336
– art. 2059 .....	205
– art. 2087 .....	259, 336
– art. 2094 .....	300

---

– art. 2095 .....	243
– art. 2103 .....	245
– art. 2104 .....	296
– art. 2105 .....	306
– art. 2106 .....	248, 323, 329
– art. 2109 .....	284
– art. 2110 .....	258
– art. 2112 .....	372
– art. 2113 .....	318
– art. 2114 .....	318
– art. 2115 .....	318
– art. 2497 .....	296
– art. 2533 .....	232
– art. 2627 .....	189, 266
– art. 2725 .....	268
– art. 2935 .....	269
– art. 2941 .....	269
– art. 2946 .....	270
– art. 2947 .....	270
– art. 2948 .....	270

## CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 101 .....	382
– art. 118 disp. att. ....	388
– art. 132 .....	382
– art. 183 .....	387
– art. 276 .....	382
– art. 281- <i>sexies</i> .....	385
– art. 287 .....	382
– art. 288 .....	382
– art. 360 .....	327
– art. 409 .....	335, 381
– art. 429 .....	382
– art. 430 .....	386
– art. 431 .....	386
– art. 433 .....	386
– art. 447- <i>bis</i> .....	382
– art. 473 .....	383

## CODICE PENALE

– art. 41 .....	341
– art. 185 .....	205
– art. 307 .....	213
– art. 423 .....	182
– art. 437 .....	187, 211
– art. 449 .....	181
– art. 575 .....	187
– art. 589 .....	188

## CODICE PROCEDURA PENALE

– art. 74 .....	204
– art. 91 .....	204
– art. 92 .....	204
– art. 525 .....	383

## LEGGI E DECRETI

legge del 1949, n. 260	
– art. 5 .....	242
legge 31 marzo 1954, n. 90 .....	242
– art. 3 .....	243
d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547 .....	336
– art. 4 .....	341
– art. 5 .....	342
legge 4 agosto 1955, n. 848 .....	223
legge 27 dicembre 1956, n. 1423 .....	199
legge 23 ottobre 1960, n. 1369	
– art. 1 .....	240
legge del 1963, n. 7	
– art. 1 .....	267
– art. 2 .....	267
legge 31 maggio 1965, n. 575 .....	199
T.U. del 1965, n. 1124	
– art. 66 .....	339
– art. 10 .....	339
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 3 .....	257

– art. 4 .....	250, 330
– art. 6 .....	253
– art. 8 .....	264
– art. 10 .....	252
d.P.R. del 1968, n. 488	
– art. 5 .....	361
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 2 .....	241
– art. 4 .....	241
– art. 7 .....	249, 325, 327
– art. 9 .....	207
– art. 13 .....	246
– art. 15 .....	250, 330
– art. 18 .....	232, 313, 332
– art. 19 .....	236
– art. 20 .....	348
– art. 28 .....	271, 344
– art. 37 .....	345
legge 18 maggio 1973, n. 283 .....	378
legge 18 dicembre 1973, n. 877 .....	232
legge 23 marzo 1981, n. 91	
– art. 2 .....	233
– art. 3 .....	233
d.l. 12 settembre 1983, n. 463	
– art. 7 .....	224
legge 11 novembre 1983, n. 638 .....	224
legge del 1984, n. 222	
– art. 2 .....	401
d.l. 30 ottobre 1984, n. 726 .....	237
legge 19 dicembre 1984, n. 863	
– art. 5 .....	236
d.P.R. del 1987, n. 270	
– art. 18 .....	243
legge del 1989, n. 389 .....	224
– art. 1 .....	225
legge 11 maggio 1990, n. 108	
– art. 1 .....	265
– art. 3 .....	250, 326
– art. 4 .....	252
legge del 1990, n. 146	
– art. 6 .....	345

---

legge del 1990, n. 233	
– art. 16 . . . . .	396
legge 23 luglio 1991 n. 223	
– art. 1 . . . . .	262
– art. 4 . . . . .	262, 311
– art. 5 . . . . .	263
– art. 6 . . . . .	315
– art. 7 . . . . .	310
– art. 24 . . . . .	262
d.lgs. del 1991, n. 303	
– art. 2 . . . . .	234
legge 24 febbraio 1992, n. 225	
– art. 5 . . . . .	216
d.lgs. del 1993, n. 29	
– art. 68 . . . . .	345
d.l. del 1993, n. 148	
– art. 6 . . . . .	318
legge del 1993, n. 236 . . . . .	318
d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509 . . . . .	391
– art. 4 . . . . .	226
d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626 . . . . .	208, 336
– art. 7 . . . . .	342
legge 8 agosto 1995, n. 335 . . . . .	223, 390
d.lgs. 10 febbraio 1996, n. 103 . . . . .	389
– art. 2 . . . . .	227
legge del 1996, n. 662	
– art. 1 . . . . .	223, 256
legge 15 marzo 1997, n. 59	
– art. 21 . . . . .	346
d.lgs. del 1997, n. 184	
– art. 1 . . . . .	396
legge 24 giugno 1997, n. 196 . . . . .	239
– art. 10 . . . . .	240
d.lgs. del 1998, n. 80	
– art. 29 . . . . .	345
d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286	
– art. 43 . . . . .	328
legge 2 marzo 1999, n. 68 . . . . .	234
– art. 3 . . . . .	235
– art. 12 . . . . .	235

legge 3 maggio 1999, n. 124 .....	235
– art. 8 .....	244, 360
d.lgs. del 2000, n. 38	
– art. 13 .....	338
legge del 2000, n. 53	
– art. 4 .....	255
d.lgs. del 2000, n. 61	
– art. 1 .....	236
– art. 4 .....	236
legge del 2000, n. 83	
– art. 4 .....	345
legge delega del 2000, n. 300 .....	190
legge 23 dicembre 2000, n. 388	
– art. 71 .....	391
legge del 2001, n. 142	
– art. 2 .....	232
– art. 6 .....	232
d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151	
– art. 3 .....	251
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 1 .....	220, 353
– art. 6 .....	343
– art. 7 .....	221
– art. 9 .....	353
– art. 30 .....	218
– art. 45 .....	243
– art. 63 .....	345
– art. 64 .....	244
d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231	
– art. 5 .....	189
– art. 6 .....	195
– art. 12 .....	195
– art. 25- <i>ter</i> .....	189
– art. 25- <i>septies</i> .....	181
– art. 25- <i>undecies</i> .....	190
d.lgs. del 2001, n. 368	
– art. 1 .....	237
d.m. del 2003, n. 57 .....	396
d.lgs. del 2003, n. 66 .....	278
– art. 1 .....	286

– art. 10 .....	285
d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215	
– art. 2 .....	328
– art. 4- <i>bis</i> .....	331
d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216	
– art. 2 .....	328
– art. 4- <i>bis</i> .....	331
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 .....	299, 313, 322
– art. 10 .....	331
legge 23 agosto 2004, n. 243	
– art. 1 .....	226, 360, 390
legge 23 dicembre 2005, n. 266	
– art. 1 .....	244, 360
d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 42	
– art. 1 .....	399
– art. 2 .....	402
– art. 3 .....	403
– art. 4 .....	225, 389
– art. 5 .....	405
d.lgs. del 2006, n. 46 .....	390
direttiva del ministero del Lavoro, 2 marzo 2006	391
d.lgs. del 2006, n. 152	
– art. 257 .....	190
d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198	
– art. 25 .....	328
– art. 26 .....	331
legge 27 dicembre 2006, n. 296	
– art. 1 .....	220, 342, 361
legge 24 dicembre 2007, n. 244	
– art. 3 .....	220
legge 24 dicembre 2007, n. 247	
– art. 1 .....	391
legge Regione Piemonte 28 luglio 2008, n. 23 ..	220
d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 .....	189, 336
– art. 26 .....	342
– art. 30 .....	193
– art. 61 .....	204
– art. 304 .....	336
d.l. del 2008, n. 112 .....	388
legge del 2008, n. 133	

– art. 53 .....	385
legge del 2009, n. 15 .....	345
legge 18 giugno 2009, n. 69	
– art. 45 .....	387
decreto legge 1° luglio 2009, n. 78	
– art. 17 .....	218
legge 3 agosto 2009, n. 102 .....	218
decreto correttivo del 2009, n. 106 .....	189
d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 .....	221, 345
legge 23 dicembre 2009, n. 191	
– art. 2 .....	359
d.l. 31 maggio 2010, n. 78 .....	221
– art. 12 .....	223, 357
legge 30 luglio 2010, n. 122 .....	221
– art. 1 .....	223, 357
legge 4 novembre 2010, n. 183	
– art. 30 .....	322
– art. 32 .....	238, 358
legge Regione Abruzzo 10 gennaio 2011, n. 1	
– art. 11 .....	215
– art. 16 .....	215
– art. 36 .....	215
– art. 47 .....	215
– art. 55 .....	215
– art. 63 .....	215
– art. 75 .....	215
– art. 76 .....	215
legge della Regione Molise 24 marzo 2011, n. 6	
– art. 11 .....	218
legge della Regione Piemonte 29 aprile 2011, n. 7	
– art. 5 .....	220
– art. 14 .....	220
d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121 .....	189
d.lgs. 1° agosto 2011, n. 141 .....	345
– art. 5 .....	346
legge del 2011, n. 148	
– art. 8 .....	286
d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 .....	391
legge del 2011, n. 214 .....	390
– art. 24 .....	391

d.d.l. 4 aprile 2012, sulla riforma del mercato del lavoro .....	310
– art. 22 .....	311
– art. 33 .....	311
d.d.l. Senato 5 aprile 2012, n. 3249	
– art. 14 .....	330

## ACCORDI SINDACALI

Accordo interconfederale 28 giugno 2011 .....	286
Ccnl istituti di vigilanza 1° marzo 1991	
– art. 73 .....	335
Ccnl istituti di vigilanza 2002	
– art. 119 .....	338
Ccnl Pubblico impiego	
– art. 38 .....	246
Ccnl Regioni e Autonomie locali 31 marzo 1999	
– art. 8 .....	355
– art. 16 .....	352
Ccnl Regioni e Autonomie locali 1° aprile 1999	
– art. 7 .....	343
– art. 8 .....	352
– art. 16 .....	355
Ccnl Sanità 7 aprile 1999 .....	243
Ccnl integrativo Sanità 20 settembre 2001	
– art. 7 .....	243
Ccnl Scuola 24 luglio 2003	
– art. 8 .....	343

## CIRCOLARI ISTITUTI PREVIDENZIALI

Circolare Inps n. 69/2006 .....	391
Regolamento di esecuzione della Cassa nazionale di previdenza e assistenza a favore dei ragionieri e periti commerciali .....	
– art. 50 .....	393
– art. 53 .....	393
– art. 67 .....	393