PARTE II
GIURISPRUDENZA

Alessandra Raffi (*)

**L'INTERPRETAZIONE DELL'ART. 19 STAT. LAV.
E IL DIRITTO DI CITTADINANZA DELLA FIOM-CGIL**

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il caso. — 3. L'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale. — 4. L'equivoco sull'intenzione dei referendari del 1995 e il vero significato dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori dopo il referendum.

1. — *Premessa* — Lo scopo di questo scritto è di fare il punto sulla questione Fiom/Fiat, che ha posto nuovamente il problema della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori ovvero di una sua illegittimità costituzionale, o ancora di un suo utilizzo, in ipotesi, astuto ed efficace fatto dalla stessa Fiat per escludere la Fiom dai luoghi di lavoro.

Occorre, pertanto, segnalare, sia pure sinteticamente, i quattro punti fondamentali attraverso i quali si snoda la vicenda.

In primo luogo, la Fiat, avendo l'esigenza di adottare un modulo organizzativo del lavoro in deroga al contratto nazionale (soprattutto in materia di tempi di lavoro, di inquadramenti e di malattia), si poneva in contrasto prima con il Ccnl unitario del 2008, e successivamente – mediante il Ccsl (contratto collettivo specifico di lavoro) di primo livello sottoscritto il 29 dicembre 2010, presuntivamente destinato secondo il Gruppo Fiat a sostituire il contratto collettivo nazionale per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica – anche con quello separato del 2009.

In altri termini, la Fiat, escludendo la perdurante vigenza del Ccnl del 2008, l'unico sottoscritto dalla Fiom (e, quindi, valido per i lavoratori iscritti alla Fiom), non è riuscita a imporre il contratto non firmato ai sindacati dissenzienti, ma ha utilizzato l'art. 19, lettera *b*, per negare alla Fiom il diritto all'esercizio dei diritti sindacali di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori; e ciò in quanto la Fiom non era firmataria del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

Di fronte a questo uso distorto dell'art. 19 Stat. lav., si sono profilate

(*) Ricercatrice di Diritto del lavoro nell'Università di Milano.

diverse posizioni. Da una parte, quella assunta in via isolata dal Tribunale di Larino (1), che non si è soffermato sulla questione interpretativa dell'art. 19 Stat. lav., ma si è focalizzato sul problema della contemporanea vigenza di due contratti validi ed efficaci, sia pure in relazione ai differenti lavoratori operanti nell'impresa, e ha raggiunto la conclusione della perdurante vigenza del Ccnl del 2008, unico sottoscritto dalla Fiom e, dunque, ancora valido per tutti i lavoratori aderenti alla Fiom medesima.

E v'è di più. Il giudice del lavoro di Larino ha giustamente puntualizzato che né il Ccnl del 2009 e neppure il Ccsl (contratto collettivo specifico di lavoro) di primo livello sottoscritto il 29 dicembre 2010 sono opponibili, in base ai principi generali in materia di contratti di diritto comune, ai lavoratori iscritti alla Fiom, il cui rapporto di lavoro continua a essere disciplinato dal Ccnl del 2008.

D'altra parte, non è mancata una serie di pronunce (2), ove si è reputata legittima la condotta della Fiat e si è escluso qualsiasi profilo di antisindacalità; e ciò, per il semplice fatto che i giudici hanno dato una lettura strettamente formale dell'art. 19 Stat. lav., nella versione derivata dall'esito referendario del 1995, ritenendo in definitiva che la mera sottoscrizione del contratto applicato fosse il requisito necessario e al tempo stesso sufficiente per ottenere il riconoscimento di maggiore rappresentatività e per fruire del godimento dei diritti del Titolo III.

È chiaro che si tratta di una lettura troppo rigida ed erronea, in quanto determinata da un equivoco interpretativo della volontà dei referendari, che volevano rafforzare la maggiore rappresentatività effettiva del sindacato di categoria, tramite l'eliminazione della lettera *a* dell'art. 19 Stat. lav., e non cancellarla, né tanto meno riconoscerla a sindacati di categoria che maggiormente rappresentativi non erano, anche se firmatari di contratti applicati nell'unità produttiva.

Inoltre, è rinvenibile la posizione dei giudici che hanno accantonato la questione della perdurante vigenza del Ccnl del 2008, avendo rite-

(1) Tribunale Larino 23 aprile 2012, decreto (dott. Aceto).

(2) Tribunale Milano 3 aprile 2012, decr. (dott. Taraborrelli), *Fiom Milano c. Sirio Spa*; Tribunale Lecce 12 aprile 2012, decr. (dott. Lombardi), *Fiom Lecce c. Cnh Italia Spa*; Tribunale Torino 13 aprile 2012, decr. (dott. Aprile), *Fiom Torino c. Fiat Group Automobiles Spa e altri* (cause riunite); tutte pubblicate in *Diritti Lavori Mercati*, 2012, 1, pp. 135 ss., con commento di M. Esposito e G. Natullo, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs. Fiat*, pp. 136 ss.; Tribunale Ancona 18 maggio 2012; Tribunale Avellino 6 giugno 2012; Tribunale Alba 15 giugno 2012 (a quanto consta inedite).

nuto che non ci fosse più nell'ambito del Gruppo Fiat un contratto collettivo applicabile alla Fiom.

Ebbene, tali pronunce (3) di condanna delle società del Gruppo Fiat per antisindacalità della condotta da queste tenuta nei confronti della Fiom sono state fondate su una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 19 Stat. lav., preordinata a garantire alla Fiom il godimento dei diritti del Titolo III dello Statuto.

La critica che si può muovere alle decisioni che hanno dato una lettura alternativa (e favorevole alla Fiom) dell'art. 19 Stat. lav. è che potevano offrire un'argomentazione più ricca, non limitata al profilo della negoziazione ovvero a quello dell'effettiva partecipazione al processo di formazione del contratto da parte dei sindacati maggiormente rappresentativi, anche se non firmatari del contratto applicato nell'unità produttiva.

Per meglio dire, i giudici potevano sviluppare e mettere in luce il concetto secondo il quale i referendari non volevano affatto eliminare la maggior rappresentatività del sindacato di categoria mediante la cancellazione della lettera *a* dell'art. 19 Stat. lav., ma piuttosto rafforzarlo, privando del requisito della maggiore rappresentatività soltanto i sindacati di categoria che non erano effettivamente rappresentativi (come si approfondirà in seguito).

Da ultimo, si avverte l'esigenza di evidenziare il carattere pessimista dell'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale dal Tribunale di Modena (4), che non ha ritenuto più utilmente percorribile la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 19 Stat. lav.

In considerazione dell'attuale condizione di rottura dell'unità sindacale e in un sistema privo di regole democratiche, normativamente poste, il giudice di Modena ha escluso l'idoneità del requisito di maggiore rappresentatività di cui all'art. 19, lett. *b*, di selezionare i soggetti legittimati a sottoscrivere, ritenendolo insufficiente, in quanto imperniato sul dato formale della sottoscrizione del contratto applicato e sganciato da qualsiasi raccordo con la misura del consenso dei rappresentati.

(3) Tribunale Bologna 27 marzo 2012, decr. (dott. Sorgi); Tribunale Napoli 12 aprile 2012, decr. (dott.ssa Sarracino); Tribunale Bari 20 aprile 2012, decr. (dott. Paziienza); Tribunale Lanciano 30 aprile 2012, decr. (dott.ssa Grilli); Tribunale Verona 8 maggio 2012, decr. (dott.ssa Angeletti).

(4) Ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale 4 giugno 2012 (dott.ssa Ponterio).

2. — *Il caso* — La vicenda in questione trae origine dalla negazione da parte aziendale del diritto della Fiom-Cgil di costituire Rsa e di esercitare i diritti di cui agli artt. 19, 20 e 30 dello Statuto dei lavoratori in diverse unità produttive di differenti imprese metalmeccaniche e con varie ubicazioni geografiche.

Da questa grave violazione deriva la forte e giustificata reazione della Fiom-Cgil, in qualità di soggetto sindacale leso nei propri diritti di libertà e attività sindacale; reazione concretatasi, per l'appunto, nella presentazione di numerosi ricorsi *ex art.* 28 dello Statuto dei lavoratori presso svariati Tribunali del lavoro contro Società del Gruppo Fiat, le quali avevano posto in essere una condotta antisindacale.

Tale condotta antisindacale si era estrinsecata nel rifiuto da parte delle Società convenute, appartenenti tutte al Gruppo Fiat, di riconoscere ai lavoratori «targati Fiom» (ovvero iscritti alla Fiom) il diritto di costituire Rsa e di godere delle prerogative di cui al Titolo III dello Statuto dei lavoratori; e ciò sulla base di un'interpretazione dell'art. 19, lettera *b*, dello Statuto dei lavoratori, secondo cui le prerogative del Titolo III dello Statuto medesimo spettano unicamente ai sindacati firmatari del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva, a prescindere dai soggetti che effettivamente abbiano preso parte alle trattative.

Questo è lo scenario che si è venuto a configurare e diverse sono state le posizioni assunte dai giudici del lavoro investiti della decisione del caso.

Da una parte, è rinvenibile una corrente di giudici (5) che hanno escluso il carattere antisindacale della condotta del datore di lavoro che abbia rifiutato di riconoscere, *ex art.* 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (cd. Statuto dei lavoratori), la nomina di rappresentanti sindacali, con le connesse prerogative di cui al Titolo III della medesima legge, operata da un'organizzazione sindacale rappresentativa all'interno dell'unità produttiva, la quale, pur avendo attivamente preso parte alle trattative sindacali, non abbia, poi, sottoscritto l'intesa finale.

(5) Tribunale Milano 3 aprile 2012, decr. (dott. Taraborrelli), *Fiom Milano c. Sirio Spa*; Tribunale Lecce 12 aprile 2012, decr. (dott. Lombardi), *Fiom Lecce c. Cnh Italia Spa*; Tribunale Torino 13 aprile 2012, decr. (dott. Aprile), *Fiom Torino c. Fiat Group Automobiles Spa e altri* (cause riunite); tutte pubblicate in *Diritti Lavori Mercati*, 2012, 1, pp. 135 ss., con commento di M. Esposito e G. Natullo, *I limiti del dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono della controversia Fiom vs. Fiat*, pp. 136 ss.; Tribunale Ancona 18 maggio 2012; Tribunale Avellino 6 giugno 2012; Tribunale Alba 15 giugno 2012 (a quanto consta inedite).

Dall'altra, si è consolidata una posizione giurisprudenziale favorevole a una lettura costituzionalmente orientata dell'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori, secondo la quale l'effettività sindacale – condizione ineludibile per fruire dei diritti di cui al Titolo III dello Statuto – «si può palesare anche nella partecipazione alla dialettica delle parti ai fini della stipula del contratto, pur nelle ipotesi in cui una delle associazioni sindacali che siede al tavolo delle trattative ritenga poi di non poter stipulare il contratto collettivo, non sottoscrivendolo» (6).

Per giungere a questa conclusione, i giudici (7), che hanno adottato la soluzione fondata sul riconoscimento dell'antisindacalità della condotta datoriale nei confronti della Fiom, hanno espressamente richiamato le sentenze pronunciate in materia dalla Corte Costituzionale, e in particolare la sentenza n. 492 del 1995 e la sentenza n. 244 del 1996 (8).

Emergeva con chiarezza (9) già nella sentenza della Corte Costituzionale n. 492 del 1995 che, mediante l'indice previsto dalla stessa norma relativo alle associazioni sindacali che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva, «viene valorizzata l'effettività dell'azione sindacale – desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva – quale presunzione di maggiore rappresentatività».

D'altra parte, la necessità di una rilettura dell'art. 19 Stat. lav., all'indomani del *referendum* parzialmente abrogativo del 1995, veniva espressa in maniera ancora più esplicita dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 244 del 1996, secondo la quale «il criterio di cui alla lettera *b*, esteso però all'intera gamma della contrattazione collettiva, si giustifica, in linea storico-sociologica e quindi di razionalità pratica, per la corrispondenza di tale criterio allo strumento di misurazione della forza di un sindacato, e di riflesso della sua rappresentatività, tipicamente

(6) Così Tribunale Napoli 12 aprile 2012, decr. (dott.ssa Sarracino), pubblicata dopo il commento.

(7) Tribunale Bologna 27 marzo 2012, decr. (dott. Sorgi); Tribunale Bari 20 aprile 2012, decr. (dott. Pazienza); Tribunale Lanciano 30 aprile 2012, decr. (dott.ssa Grilli); Tribunale Larino 23 aprile 2012, decr. (dott. Aceto); Tribunale Verona 8 maggio 2012, decr. (dott.ssa Angeletti), tutti pubblicati dopo il commento.

(8) Corte Cost. 4 dicembre 1995, n. 492, *Foro it.*, 1996, I, c. 5; Corte Cost. 27 giugno 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 447. Si è richiamata altresì Corte Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *Giur. it.*, 1990, I, p. 1337, che aveva segnalato l'esigenza di un intervento del legislatore per ridefinire l'ambito dell'art. 19.

(9) Si veda, in tal senso, anche Tribunale Bologna 27 marzo 2012, decr. (dott. Sorgi).

proprio dell'ordinamento sindacale [...] le associazioni sindacali maggiormente rappresentative sono qualificate essenzialmente, oltre che dall'effettività dell'azione sindacale, dalla loro articolazione a livello nazionale e dai caratteri di intercategorialità e pluricategorialità».

Ha precisato la Corte, infatti, che «non è sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto».

In altri termini, la Corte Costituzionale ha ritenuto la rappresentatività effettiva criterio fondante dell'art. 19 Stat. lav., interpretato secondo la *ratio legis* coerente con il sistema e al di là del dato meramente letterale (10).

Di conseguenza, i giudici, pronunciatisi a favore dell'antisindacalità della condotta nei confronti della Fiom, hanno affermato che «il dato formale della materialità della sottoscrizione di un contratto di qualsiasi livello applicato nell'unità produttiva non appare indispensabile essendo, al contrario, molto più probante l'effettiva partecipazione al processo di formazione del contratto anche in senso critico. Nessun dubbio da questo punto di vista che la Fiom abbia partecipato, come confermato dagli atti delle parti, alla fase della contrattazione concludendo con il rifiuto di firmare il contratto per meglio rappresentare, secondo il proprio intendimento, le ragioni dei propri iscritti» (11).

Al contrario, è doveroso segnalare che «il comportamento tenuto dalla Fiom costituisce il paradigma di una corretta condotta sindacale poiché apporre una firma su un contratto dopo aver espresso contrarietà allo stesso per il solo fatto di non perdere gli spazi di diritti sindacali, pur non condividendone i contenuti, appare atteggiamento sicuramente molto più limitativo della libertà sindacale e della dignità dello stesso e comportante perdita di credibilità davanti agli occhi dei lavoratori che dovrebbe rappresentare» (12).

(10) In tal senso, Tribunale Napoli 12 aprile 2012, decr. (dott.ssa Sarracino).

(11) Così per tutte Tribunale Bologna 27 marzo 2012, decr. (dott. Sorgi).

(12) Tribunale Bologna, decreto 27 marzo 2012 (dott. Sorgi); in tal senso: Tribunale Bari, decreto 20 aprile 2012 (dott. Pazienza), secondo cui «il dato della effettività in concreto, quale criterio di accesso ai diritti di cui al Titolo III dello Statuto, si manifesta anche nella partecipazione al tavolo delle trattative al fine della stipula del contratto, pur nelle ipotesi in cui una delle associazioni sindacali che siede al tavolo delle trattative ritenga di non sottoscrivere il contratto»; Tribunale di Verona 8 maggio 2012, decr. (dott.ssa Angeletti), ove si afferma che «è evidente che la libertà sindacale si esprime anche nella facoltà di dissentire, e anzi proprio il confronto dialettico tra le parti collettive è, nel nostro ordinamento, lo strumento prescelto per contemperare le opposte esigenze, nella prospettiva co-

Da questo percorso argomentativo basato su un rilettura o interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 19 Stat. lav. sembra discostarsi il Tribunale di Larino (13) che, pur avendo dichiarato la condotta antisindacale della Fiat Powertrain Technologies Spa, fa riferimento alla questione dei due contratti separati (rispettivamente del 2008 e del 2009), entrambi vigenti e validi in ambiti differenti (14).

Così anche il Tribunale di Larino si è assestato su una posizione giurisprudenziale uniforme, sostenitrice della «contemporanea vigenza di due contratti validi ed efficaci, ciascuno dei quali trova applicazione per una parte dei prestatori delle imprese» (15), quando ha affermato che «il Ccnl 2009 avrebbe potuto integralmente sostituire il Ccnl 2008 solo se sottoscritto da tutti coloro i quali sottoscrissero quest'ultimo; il Ccnl 2009, infatti, è stato sottoscritto in costanza di vigenza del Ccnl 2008 e non può dunque essere opposto a Fiom e ai suoi aderenti» (16).

E v'è di più. Il giudice del lavoro di Larino ha giustamente puntualizzato che neppure il Ccsl (contratto collettivo specifico di lavoro) di primo livello sottoscritto il 29 dicembre 2010 – presuntivamente destinato secondo il Gruppo Fiat a sostituire il contratto collettivo nazionale per i lavoratori addetti all'industria metalmeccanica e, ove applicati, gli altri contratti collettivi nazionali – è opponibile, in base ai principi generali in materia di contratti di diritto comune, ai lavoratori iscritti alla Fiom, il cui rapporto di lavoro continua a essere disciplinato dal Ccnl del 2008.

In effetti, «l'applicabilità del Ccsl 2010 e la sua pretesa integrale sovrapposizione al Ccnl 2008 trova fondamento esclusivo nell'art. 8, legge n. 148 del 2011 [...]», ma l'efficacia *erga omnes* riguarda contratti aziendali che, in base all'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 (17),

mune dello sviluppo economico e della valorizzazione della dignità del lavoro. Dunque negare a un sindacato di effettiva e indiscussa rappresentatività, che abbia partecipato alle trattative negoziali, l'esercizio di diritti di cui all'art. 19 Stat. lav. e del Titolo III in generale, per il fatto di non aver, infine, sottoscritto il contratto, svilisce la sua libertà negoziale e offre alla parte contrattuale più forte uno strumento di pressione per indurre al consenso».

(13) Tribunale Larino 23 aprile 2012, decr. (dott. Aceto).

(14) Cfr. A. Lassandari, *I giudici e il conflitto intersindacale tra libertà sindacale e diritto comune*, in q. *Riv.*, 2011, II, pp. 297 ss.

(15) Così, A. Lassandari, *op. cit.*, p. 311.

(16) Tribunale Larino 23 aprile 2012, decr. (dott. Aceto).

(17) Sull'argomento: P. Alleva, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in q. *Riv.*, 2011, I, pp. 627 ss.; F. Scarpelli, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in q. *Riv.*, 2011, I, pp. 639 ss.; V. Ferrante, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in q. *Riv.*, 2011, I, pp.

presuppongono un contratto collettivo nazionale e che hanno competenza a disciplinare materie delegate dallo stesso Ccnl e dallo stesso Accordo interconfederale (o dalla legge), non di contratti aziendali che si sostituiscano in tutto e per tutto al Ccnl ridefinendo per intero, come il Ccsl (contratto di primo livello), ogni singolo aspetto dei rapporti sindacali e di lavoro dell'azienda» (18).

In definitiva, l'art. 8, legge n. 148 del 2011 (19) – che richiama come punto fermo la Costituzione –, non può essere interpretato se non nel senso che riguarda unicamente contratti collettivi di secondo livello stipulati in costanza di contratti collettivi nazionali operanti nell'azienda stessa e che non possono essere integralmente sostituiti dalla contrattazione aziendale medesima.

In ogni caso, il rapporto di lavoro è un rapporto sinallagmatico di durata la cui *ratio* non si esaurisce alla scadenza del contratto collettivo, ma è destinata a protrarsi per il periodo successivo (20).

Si ritiene assolutamente coerente e condivisibile, pertanto, la posizione dottrinale secondo la quale «non è ipotizzabile quel “vuoto regolativo” che si fa discendere – secondo la teoria cd. “reale” – dalla cessazione del contratto collettivo, perché ciò significherebbe in realtà un mutamento in senso peggiorativo, per una sola parte, di quella ragione di scambio» (21).

6549 ss.; V. Angiolini, *L'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011. Opinioni a confronto*, in *q. Riv.*, 2011, I, pp. 671 ss.

(18) Tribunale Larino, cit.

(19) G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, I, fasc. 6, pp. 1249 ss.

(20) Cfr. Cass., Sez. lav., 14 aprile 2003, n. 5908 – Pres. Senese, Rel. Guglielmucci –, in *www.legge-e-giustizia.it*, secondo cui «deve ritenersi esistente, nel nostro ordinamento, il principio dell'ultrattività del contratto collettivo. Esso comporta che, scaduto il contratto collettivo, senza che ne sia stato stipulato un altro per il periodo successivo, il lavoratore mantenga il diritto al trattamento economico e normativo da esso previsto. La funzione normativa riconosciuta al contratto collettivo impedisce che, nel settore da esso disciplinato, il rapporto di lavoro resti privo della sua complessiva regolamentazione (non solo quindi di quella economica) alla scadenza prevista che riapre, pertanto, solo il contenzioso contrattuale: questo effetto, lasciando il rapporto di lavoro in una situazione anomica, per la sola scadenza del termine, contraddirebbe, in maniera intollerabile, l'assetto della tutela del rapporto di lavoro oltre limite raggiunto, indubbiamente caratterizzato dalla centralità della dignità umana del lavoratore e dalla promozione di una sua effettiva, prioritaria, partecipazione al contesto politico-sociale».

(21) P. Alleva, *Ragioni politico-giuridiche del superamento del sistema sindacale di fatto*, in *q. Riv.*, 2011, I, n. 4, pp. 727 ss., in particolare p. 733.

3. — *L'ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale* — All'indomani delle numerose e differenti (alcune favorevoli alla Fiom, altre contrarie, come si è già avuto occasione di evidenziare) pronunce intervenute sulla complessa vicenda in esame, sarà la Corte Costituzionale a doversi pronunciare sul ricorso della Fiom in tema di rappresentanza nei luoghi di lavoro. Il Tribunale di Modena, infatti, dopo aver sciolto la riserva sul ricorso presentato dalla Fiom Cgil di Modena nei confronti di Case New Holland Italia Spa, Maserati Spa e Ferrari Spa, ha dichiarato «rilevante e non manifestamente infondata l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'articolo 19 della legge n. 300 del 20 maggio 1970 per contrasto con gli articoli 2, 3 e 39 della Costituzione» e ha disposto «l'immediata trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e la sospensione del giudizio in corso» (22).

D'altra parte, un simile esito «era scritto», se non addirittura auspicabile (23), essendo dato innegabile che l'art. 19, dopo il referendum abrogativo del 1995, è rimasto una «norma asfittica e inadeguata» (24) e non più idonea a garantire il diritto dei lavoratori a scegliere il sindacato e la rappresentanza sindacale che vogliono, in conformità alle previsioni costituzionali.

Il giudice non ha, dunque, ritenuto di aderire alla lettura costituzionalmente orientata dell'art. 19 Stat. lav., secondo la quale si reputa coerente con lo scopo perseguito dal legislatore il fatto di attribuire valore alle associazioni sindacali che, attraverso la partecipazione alla contrattazione collettiva applicata nell'unità produttiva, dimostrino una effettiva capacità di rappresentanza degli interessi dei lavoratori coinvolti.

Al contrario, il Tribunale di Modena ha escluso che «l'univocità della disposizione» consenta al giudice di «forzare il dato letterale della norma, sino ad attribuirle un significato volto ad ancorare la rappresentatività [...] a criteri diversi dalla partecipazione al processo di contrattazione collettiva desumibile dalla sottoscrizione del contratto».

Secondo il ragionamento seguito dal giudice, che ha deciso il rinvio alla Corte Costituzionale, le modifiche normative apportate non solo

(22) Ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale 4 giugno 2012 (dott.ssa Ponterio).

(23) V. Papa, *L'art. 19 Stat. lav. nell'affaire Fiat tra dissensi giurisprudenziali e sospetti di incostituzionalità*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 147/2012, pp. 1 ss., specie p. 26, ove si legge: «Il percorso interpretativo più lineare sembra essere rappresentato da una richiesta al giudice delle leggi di pronunciarsi sulla compatibilità dell'art. 19 Stat. lav. con la Carta costituzionale, in particolare, con l'art. 39 Cost.».

(24) G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, cit., p. 1250.

all'ordinamento statale, ma anche al sistema sindacale, e il mutamento di scenario delle attuali relazioni sindacali – caratterizzato dalla rottura dell'unità di azione delle Organizzazioni maggiormente rappresentative, dalla conclusione di contratti collettivi cd. separati nonché da una serie di iniziative poste in essere dal gruppo Fiat indirizzate all'esclusione dei sindacati dissenzienti dalle proprie unità produttive – non consentirebbero più una lettura costituzionalmente orientata (alla luce delle menzionate sentenze della Corte Costituzionale), poiché solamente in un sistema di relazioni sindacali (come quello presente negli anni novanta) fondato sull'unità di azione dei sindacati maggiormente rappresentativi e sulla unitaria sottoscrizione dei contratti collettivi di lavoro, il requisito della sottoscrizione «poteva essere ragionevolmente assunto a criterio misuratore della forza del sindacato e della sua rappresentatività, indiscutibilmente maggiore» (25).

Mentre, nell'attuale condizione di rottura dell'unità sindacale e in un sistema privo di regole democratiche, normativamente poste, in grado di selezionare i soggetti legittimati a sottoscrivere, il criterio selettivo di cui all'art. 19, imperniato sul dato formale della sottoscrizione del contratto applicato e sganciato da qualsiasi raccordo con la misura del consenso dei rappresentati, mostrerebbe tutti i suoi limiti (26); e ciò troverebbe riscontro concreto nella circostanza che la Fiom, pur avendo partecipato alle trattative relative al contratto per lo stabilimento di Pomigliano, poi esteso alle aziende dell'indotto, non ha sottoscritto il Ccsl del 2010, unico applicato nelle unità produttive della convenuta, con la conseguenza che è stata esclusa dal diritto di costituire Rsa. Si tratta di assurdità o, meglio ancora, di un'anomalia aberrante, considerato che la Fiom è uno dei sindacati maggiormente rappresentativi, specie nel settore metalmeccanico, ed è, presso le società convenute, più rappresentativo degli altri sindacati firmatari del contratto collettivo applicato.

Inoltre, secondo il Tribunale di Modena, «l'art. 19, nella sua attuale configurazione, si pone in antinomia anche rispetto al criterio di rappresentatività minima modulato su una combinazione di dati associativi e dati elettorali, presenti sia nel decreto legislativo n. 165/2001 (art. 43) sia nell'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011». E aggiunge che: «l'art. 8 della legge n. 148 del 2011 rivela l'incoerenza di un sistema che,

(25) Così ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale 4 giugno 2012 (dott.ssa Ponterio).

(26) Ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale 4 giugno 2012 (dott.ssa Ponterio).

da un lato, consente a un sindacato comparativamente più rappresentativo sul piano nazionale e territoriale (e tale è certamente la Fiom) di stipulare contratti territoriali o aziendali anche in deroga, in specifiche materie, alla contrattazione di categoria e alla normativa di legge e, dall'altro, preclude al medesimo sindacato di costituire una Rsa ove non abbia sottoscritto un contratto collettivo applicato in azienda».

Riepilogando, per arginare la situazione di palese illegittimità posta in essere dal Gruppo Fiat nei confronti della Fiom, onde evitare l'estrema ipotesi di unità produttive prive di rappresentanze sindacali determinata dalla decisione arbitraria della parte datoriale di non firmare alcun contratto e razionalizzare il sistema delle relazioni sindacali, si è ritenuto doveroso e opportuno affidare la soluzione della *vexata quaestio* alla Corte Costituzionale, che, nel caso accogliesse la questione di costituzionalità, potrebbe comportare conseguenze rovinose per gli accordi sottoscritti fra le aziende del gruppo Fiat e le rappresentanze sindacali, senza la firma della Fiom.

In ogni caso, si è dell'avviso che sarebbe necessario e molto urgente un intervento del legislatore (27) diretto a introdurre una regolamentazione normativa saggia ed equilibrata in materia di rappresentanza e rappresentatività sindacale, come da tempo sostenuto (28).

4. — *L'equivoco sull'intenzione dei referendari del 1995 e il vero significato dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori dopo il referendum* — Pur prendendo atto dei vari problemi derivanti dal testo dell'art. 19 Stat. lav. (29) nell'attuale contesto normativo (ivi compreso l'art. 8 della legge n. 148 del 2011) e

(27) V. Bavaro, *Rappresentanza dei lavoratori e contrattazione collettiva oggi*, in *www.dirittisocialiecittadinanza.org*, secondo il quale, «quand'anche un contratto avesse un consenso, di per sé non risolve il problema del dissenso (soprattutto se collettivo), quindi il problema della sua efficacia se si resta nell'ambito del diritto privato. Ma per uscire da queste secche appare inevitabile un intervento legislativo, addirittura di natura costituzionale».

(28) Cfr. A. Raffi, *Maggiore rappresentatività sindacale: problemi e prospettive*, in *Lav. gior.*, 1995, fasc. 6, pp. 554 ss., specie p. 562.

(29) F. Carinci, *Il grande assente: l'art. 19 dello Statuto*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 144/2012, p. 14, che mette in evidenza «una certa incoerenza sistemica, per cui un sindacato comparativamente più rappresentativo avrebbe titolo a negoziare un contratto integrativo, suppletivo, derogatorio rispetto alla legge; ma non di costituire una Rsa in un'impresa, per non soddisfare al momento la precondizione di cui all'art. 19, lett. b, cioè di aver non solo trattato, ma anche sottoscritto un contratto che vi sia applicato, fosse anche per averlo rifiutato in quanto costitutivo di un nuovo sistema sindacale ritenuto inaccettabile».

dalla interpretazione prevalentemente letterale che ne viene data e, quindi, dell'opportunità del rinvio alla Corte Costituzionale, ferma restando la necessità di un serio intervento razionalizzante del legislatore, si avverte l'esigenza di fare alcune considerazioni sulla norma controversa al fine di chiarire e fare più luce sulla *ratio* della norma stessa e, dunque, sull'interpretazione più corretta da adottare anche allo stato dell'arte.

Non si è del tutto concordi, pertanto, con le conclusioni, caratterizzate da forte pessimismo, formulate dal Tribunale di Modena circa l'irrazionalità del criterio selettivo di cui all'articolo 19, lett. *b*, in quanto considerando quale unico presupposto per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali la sottoscrizione di contratti collettivi applicati all'unità produttiva, risulterebbe essere indice inidoneo della effettiva rappresentatività delle associazioni sindacali; e ciò perché tradirebbe «la *ratio* stessa della disposizione dello Statuto, volta ad attribuire una finalità promozionale e incentivante dell'attività del sindacato quale portatore di interessi del maggior numero di lavoratori, che trova una diretta copertura costituzionale nel principio solidaristico espresso dall'art. 2 Cost. nonché nello stesso principio di uguaglianza sostanziale di cui al comma 2 dell'art. 3 della Costituzione» (30).

Ma non solo. Si è, altresì, critici verso le decisioni favorevoli alla Fiom, perché un po' carenti dal punto di vista argomentativo, in quanto concentrate sul profilo della negoziazione e dell'effettiva partecipazione al processo di formazione del contratto da parte dei sindacati maggiormente rappresentativi, anche se non firmatari del contratto applicato nell'unità produttiva.

In effetti, i giudici potevano mettere più in luce il concetto secondo il quale i referendari non volevano affatto eliminare la maggior rappresentatività del sindacato di categoria mediante la cancellazione della lettera *a* dell'art. 19 Stat. lav., ma piuttosto rafforzarlo, privando del requisito della maggiore rappresentatività soltanto i sindacati di categoria che non erano effettivamente rappresentativi.

A questo punto, occorre, quindi, fare alcune precisazioni.

Quando si parla dell'art. 19 Stat. lav., come risultante dalla prova del *referendum* del 1995, l'opinione comune è che il *referendum* abbia fatto cadere il primo dei due criteri di legittimazione della formazione delle Rsa, identificandolo nella maggiore rappresentatività storica del sindacato di categoria aderente alle confederazioni maggiormente rappre-

(30) Ordinanza di rinvio alla Corte Costituzionale 4 giugno 2012 (dott.ssa Ponterio).

sentative sul piano nazionale, anche se non firmatario del contratto collettivo applicato nell'unità produttiva.

In realtà, si tratta di un grosso equivoco perché non si è mai voluto togliere maggiore rappresentatività al sindacato di categoria, ma piuttosto rafforzarla e confermarla, mediante l'eliminazione proprio della lettera *a* del vecchio testo dell'art. 19 Stat. lav.

La lettera *a*, infatti, consentiva di costituire Rsa nell'ambito delle associazioni sindacali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Ciò comportava come conseguenza negativa il riconoscimento della maggiore rappresentatività sindacale anche a un sindacato di categoria non firmatario e con pochissimi iscritti, solo perché aderente a una confederazione che comprendeva sindacati veramente rappresentativi.

In un'ottica di effettivo rafforzamento della genuina maggiore rappresentatività del sindacato di categoria, si volevano, al contrario, privare del requisito della maggiore rappresentatività i sindacati di categoria che vivevano di luce riflessa e si potevano fregiare di tale requisito solo in ragione della loro appartenenza a Confederazioni maggiormente rappresentative.

Ad esempio, la Confederazione italiana Sindacati autonomi lavoratori (in acronimo Cisl) raggruppa in sé numerose e importanti organizzazioni sindacali del settore pubblico, del parastato, della sanità, ma anche tessili e metalmeccanici.

Orbene, mentre i sindacati autonomi del settore pubblico o della sanità erano (all'epoca del *referendum*) veramente molto forti nei settori di riferimento e contavano molti iscritti, meritando il riconoscimento di una maggiore rappresentatività effettiva e non meramente derivata di riflesso dall'aderenza alla Cisl, il sindacato dei tessili, viceversa, aveva pochissimi iscritti e ugualmente (e, dunque, immeritatamente) era dotato della patente di maggiore rappresentatività per il solo fatto di essere aderente alla Cisl medesima, ma non era effettivamente un sindacato maggiormente rappresentativo.

In definitiva, si è voluto confermare il criterio della rappresentatività, provvedendo solo a togliere di mezzo la rappresentatività presunta per valorizzare la rappresentatività effettiva.

D'altra parte, in questi termini, quasi profeticamente, si era espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 30 del 26 gennaio 1990, ove si era affermato che «la rappresentatività non si esaurisce solo ed esclusivamente in una firma; occorre che la firma sia indice di rappresentatività sindacale effettiva, perché è questa la porta di accesso alla Rsa»; al-

trimenti può accadere che risultino «avvantaggiati sindacati di scarsa consistenza e correlativamente sia alterata la parità di trattamento rispetto a organizzazioni dotate di rappresentatività anche maggiore presenti in azienda» (31).

Diversamente, un'interpretazione letterale e rigida dell'art. 19 non sarebbe coerente con la sua *ratio* più profonda, oltre a produrre l'effetto deleterio di impedire l'accesso in azienda a un sindacato maggioritario e davvero rappresentativo quale la Fiom, lasciando che i lavoratori a esso iscritti restino senza rappresentanza in azienda (32).

Per questa ragione, sono profondamente criticabili le pronunce favorevoli alla Fiat, che si sono basate su una lettura troppo formale dell'art. 19 Stat. lav. e, quindi, erronea, in quanto basata sul dato della mera sottoscrizione e determinata da un equivoco interpretativo della volontà dei referendari, che volevano rafforzare la maggiore rappresentatività effettiva del sindacato di categoria, tramite l'eliminazione della lettera *a* dell'art. 19 Stat. lav., e non cancellarla, né tanto meno riconoscerla a sindacati di categoria che maggiormente rappresentativi non erano, anche se firmatari di contratti applicati nell'unità produttiva.

In definitiva, la Fiom avrebbe diritto a nominare i propri dirigenti ai fini e per gli effetti di cui all'art. 19 Stat. lav. per il fatto in sé di aver già dimostrato la rappresentatività e l'effettività della sua azione nel corso del tempo.

Ne deriva che la centralità del dato della rappresentatività effettiva – evidenziata dall'ordinamento intersindacale – non può non assumere rilievo anche nell'interpretazione corretta e coerente dell'art. 19, perché sono in gioco, oltre alla questione dell'organizzazione del lavoro, quella dei rapporti collettivi in azienda e, di conseguenza, delle condizioni di lavoro e della dignità delle persone (33).

(31) Corte Cost. 26 gennaio 1990, n. 30, in *Giur. it.*, 1990, I, 1337.

(32) V. Bavaro, *Rappresentanza dei lavoratori e contrattazione collettiva oggi*, in www.dirittisocialiecittadinanza.org, secondo il quale «l'uscita dal sistema confindustriale è il mezzo per non applicare non solo la parte normativa del Ccnl, ma anche il sistema di rappresentanza sindacale in azienda».

Non solo uscire dal sistema delle Rsu, costituite secondo il modello elettivo e con una tecnica di misurazione effettiva della rappresentatività sindacale aziendale, ma ritornare al modello legale dell'art. 19 Stat. lav. che, secondo la lettera, consente di costituire Rsa solo alle «associazioni sindacali firmatarie [questo è il punto] di contratto collettivo applicato nell'unità produttiva».

(33) V. Bavaro, *op. cit.*, il quale sostiene che «oggi, invece, sembra che l'art. 19 Stat. lav. faciliti l'esclusione di Fiom dal sistema di rappresentanza sindacale nell'a-

I

TRIBUNALE MODENA, 4 giugno 2012, Sez. lav., decr. – Est. Ponterio – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D’Oronzo, Focareta, Giuliani, Piccinini) c. Case New Holland Italia Spa, Maserati Spa e Ferrari Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Gragnoli).

Condotta antisindacale – Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive delle convenute nonché negazione dell’esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. – Inidoneità dell’art. 19, lett. b, Stat. lav. a misurare la forza e l’effettività rappresentatività di un sindacato – Rinvio della questione alla Corte Costituzionale.

Il criterio selettivo di cui all’art. 19, lett. b, Stat. lav., in quanto considera quale unico presupposto per la costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali la sottoscrizione del contratto collettivo applicato nell’unità produttiva, appare irrazionale, perché indice inidoneo della effettiva rappresentatività delle associazioni sindacali, così da tradire la ratio della stessa disposizione dello Statuto, volta ad attribuire una finalità promozionale e incentivante all’attività del sindacato quale portatore di interessi del maggior numero di lavoratori, che trova una diretta copertura costituzionale nel principio solidaristico espresso dall’art. 2 Cost. nonché nello stesso principio di uguaglianza sostanziale, di cui al comma 2 dell’art. 3 Cost. Si dichiara, pertanto, rilevante e non manifestamente infondata l’eccezione di legittimità costituzionale dell’art. 19, lettera b, della legge n. 300 del 20 maggio 1970, per contrasto con gli articoli, 2, 3 e 39 Cost. (1)

II

TRIBUNALE LARINO, 23 aprile 2012, Sez. lav., decr. – Est. Aceto – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D’Oronzo, Focareta, Piccinini, Salemme, D’Adamo) c. Fiat Powertrain Technologies Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Di Stasio).

Condotta antisindacale – Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità

zienda Fiat. Ma ciò contrasta con lo spirito della norma che, invece, è considerata come una porta di accesso alla legislazione sindacale di sostegno a tutti i sindacati dotati di un certo grado di rappresentatività sindacale».

produttive della convenuta nonché negazione dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. in assenza di firma del contratto applicato nelle stesse unità produttive – Sussiste.

Condotta antisindacale – Applicazione del contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre 2010, con il dissenso di Fiom-Cgil, in vigore del contratto collettivo nazionale di categoria del 2008 sottoscritto anche da Fiom-Cgil – Sussiste – Conseguenze – Applicazione del contratto collettivo nazionale di categoria del 2008 agli iscritti della Fiom-Cgil.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro che rifiuti di riconoscere ex art. 19 Stat. lav. il diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali e di godere delle prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. a un sindacato effettivamente rappresentativo, il quale non abbia sottoscritto il contratto applicato nell'unità produttiva, pur avendo attivamente preso parte alle trattative sindacali. (2)

È antisindacale la condotta del datore di lavoro che non applica il contratto collettivo nazionale di categoria del 2008, ancora vigente, ai lavoratori iscritti alla Fiom-Cgil, pretendendo di opporre il contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre 2010, in pieno contrasto con i principi generali in materia di contratti di diritto comune. (3)

III

TRIBUNALE DI NAPOLI, 12 aprile 2012, Sez. lav., decr. – Est. Saracino – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D'Oronzo, Focareta, Piccinini) c. Magnet Marelli Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Di Stasio).

Condotta antisindacale – Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive della convenuta nonché negazione dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. in assenza di firma del contratto applicato nelle stesse unità produttive – Sussiste.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro che rifiuti di riconoscere ex art. 19 Stat. lav. il diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali e di godere delle prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. a un sindacato effettivamente rappresentativo, il quale non abbia sottoscritto il contratto applicato nell'unità produttiva, pur avendo attivamente preso parte alle trattative sindacali. (4)

IV

TRIBUNALE BOLOGNA, 27 marzo 2012, Sez. lav., decr. – Est. Sorgi – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D’Oronzo, Focareta, Piccinini) c. Magneti Marelli Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Di Stasio).

Condotta antisindacale – Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive della convenuta nonché negazione dell’esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. in assenza di firma del contratto applicato nelle stesse unità produttive – Sussiste.

È antisindacale la condotta del datore di lavoro che rifiuti di riconoscere ex art. 19 Stat. lav. il diritto di costituire rappresentanze sindacali aziendali e di godere delle prerogative di cui al Titolo III Stat. lav. a un sindacato effettivamente rappresentativo, il quale non abbia sottoscritto il contratto applicato nell’unità produttiva, pur avendo attivamente preso parte alle trattative sindacali. (5)

I testi delle sentenze sono pubblicati in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE

LE DECISIONI NEL TRIMESTRE
APRILE-GIUGNO 2012

RAPPORTO DI LAVORO

(a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Illegittimità della riserva al personale interno delle p.a. oltre il 50% dei posti disponibili per ogni qualifica. — 2. Legittimità degli speciali criteri di computo dell'indennità di fine servizio per i direttori delle Asl. — 3. Illegittimità della legge regionale che vieta la conservazione dell'orario *part-time* al personale della Polizia municipale. — 4. Legittimità della scelta di delegificazione di istituti della disciplina del pubblico impiego da parte del legislatore nazionale per aspetti relativi alla sua competenza legislativa esclusiva. — 5. Legittimità del sopravvenuto diniego per i dipendenti pubblici *part-time* di esercitare la professione di avvocato.

1. — *Illegittimità della riserva al personale interno delle p.a. oltre il 50% dei posti disponibili per ogni qualifica* — Il Presidente del Consiglio dei ministri ha promosso questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 4, comma 1, lettere *a* e *b*, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 17 maggio 2011, n. 4. La norma regionale prevede che «Al fine di fronteggiare vacanze in specifici profili professionali, senza ricorrere a nuove assunzioni di personale, non più del 50 per cento dei posti coperti attraverso procedure selettive pubbliche nel triennio precedente potrà essere assegnato mediante concorsi interni, ai quali è ammesso il personale in possesso dei requisiti previsti dal regolamento riguardante le modalità di accesso e dal contratto collettivo», specificando che: «Il rispetto della predetta percentuale può essere assicurato anche con compensazione tra i diversi profili professionali». La Corte Cost. ha ritenuto la questione di legittimità costituzionale fondata con riferimento ai principi di ragionevolezza, efficienza e buon andamento della pubblica amministrazione, di cui agli artt. 3 e 97 Cost. (1). La Corte ha richiamato al riguardo il suo orientamento secondo cui

(1) Corte Cost., sentenza 2-12 aprile 2012, n. 90 – Pres. Gallo, Est. Napolitano:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 5, comma 5-ter, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 21 luglio 2000, n. 3 (Norme urgenti in materia di personale), aggiunto dall'art. 4, comma 1, lettera b, della legge della Regione autonoma Trenti-

la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere delimitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell'amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle (*ex plurimis*: sentenze n. 195, n. 150 e n. 100 del 2010, n. 293 del 2009). La Corte ha più volte chiarito che anche la progressione nei pubblici uffici deve avvenire, in linea di principio, per concorso, sottolineando, altresì, relativamente alla possibilità di riserva di quote al personale interno e di deroga al principio del pubblico concorso, che non ha alcun «rilievo la circostanza che, fra i requisiti che si debbono avere per potere godere della progressione in carriera vi sia quello di essere stati in precedenza assunti presso l'amministrazione di appartenenza a seguito di un pubblico concorso, trattandosi, evidentemente, di concorso bandito per una qualifica diversa e inferiore rispetto a quella cui si accederebbe per effetto della disposizione censurata» (sentenza n. 30 del 2012). Ad avviso della Consulta, nel caso in esame le particolari situazioni, legate alla funzionalità della Regione, che legittimerebbero la censurata normativa non rispondono a questi requisiti e si risolvono in astratte affermazioni di intenti, in parte contraddittorie e, comunque, non in grado di giustificare una normativa lesiva del buon andamento dell'amministrazione.

2. — *Legittimità degli speciali criteri di computo dell'indennità di fine servizio per i direttori delle Asl* — Il Tribunale di Monza, Sezione lavoro, ha sollevato, in riferimento all'art. 3 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, commi 2 e 3, del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419), dell'art. 3-bis, comma 11, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), e dell'art. 2, comma 1, lettera t, della legge 30 novembre 1998, n. 419. La Corte Cost. ha ritenuto la questione infondata (2). Se-

no-Alto Adige/Südtirol 17 maggio 2011, n. 4 (Modifica dell'ordinamento e delle norme in materia di personale della Regione e delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di Trento e Bolzano);

2) dichiara cessata la materia del contendere relativamente alla questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1, lettera a, della legge della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol n. 4 del 2011.

(2) Corte Cost., sentenza 7-10 maggio 2012, n. 119 – Pres. Quaranta, Est. Silvestri:

condo il giudice rimettente, la norma censurata prevedrebbe un trattamento irragionevolmente privilegiato per una ristretta categoria di «dipendenti pubblici non soggetti a Tfr» – coloro che hanno assunto temporaneamente l'incarico di direttori generali delle Usl –, per i quali il computo del trattamento previdenziale (nella specie, l'indennità premio di servizio) sarebbe più vantaggioso nella base di calcolo (o retribuzione contributiva) rispetto a quello della generalità dei dipendenti pubblici. La norma censurata avrebbe inoltre favorito, all'interno di tale categoria, coloro che contestualmente cessano dall'incarico di direttore generale e dal rapporto di pubblico impiego, discriminando irragionevolmente coloro i quali, dopo la cessazione dell'incarico e dell'aspettativa, hanno invece ripreso servizio presso le amministrazioni di provenienza. La Corte ha disatteso questa censura rilevando che la norma censurata non istituisce una irragionevole differenza di trattamento previdenziale – con riferimento all'indennità premio di servizio – a favore di una categoria di soggetti, bensì prevede una base di calcolo unitaria per tutti coloro che si trovino a esercitare determinate funzioni alla fine della loro carriera. Il punto di riferimento non sono quindi le qualità soggettive dei dipendenti presi in considerazione, ma le funzioni di direttore generale, amministrativo o sanitario di Usl. Come la Consulta ha già chiarito nella sentenza n. 351/2010, l'individuazione della retribuzione contributiva in quella percepita nell'ultimo anno di esercizio dell'incarico prende le mosse dalla delega legislativa contenuta nella legge n. 419 del 1998, che perseguiva proprio l'obiettivo di eliminare le diversità di trattamento tra soggetti che avevano esercitato, nell'ultimo anno di attività, le medesime funzioni, ma provenivano da carriere e settori diversi della pubblica amministrazione. L'unificazione di trattamento così ottenuta doveva essere resa applicabile anche ai dipen-

dichiara inammissibili gli interventi di Gdp e della Federazione italiana aziende sanitarie e ospedaliere (Fiaso);

dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 3, commi 2 e 3, del decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229 (Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419), dell'art. 3-bis, comma 11, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (Riordino della disciplina in materia sanitaria, a norma dell'articolo 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421), e dell'art. 2, comma 1, lettera τ, della legge 30 novembre 1998, n. 419 (Delega al Governo per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale e per l'adozione di un Testo Unico in materia di organizzazione e funzionamento del Servizio sanitario nazionale. Modifiche al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, dal Tribunale di Monza, con l'ordinanza in epigrafe.

denti privati. Con l'attuazione della delega, il legislatore delegato ha scelto uno dei possibili mezzi per realizzare l'obiettivo indicato nella legge di delegazione, partendo da un dato, la retribuzione percepita per l'incarico, sicuramente comune a tutti i dipendenti, pubblici e privati. Non si tratta dell'unica scelta possibile, ma la stessa non può essere considerata manifestamente irragionevole dal momento che realizza una completa parificazione di tutti i soggetti, dipendenti pubblici e privati, che si trovino a esercitare una certa funzione, quale che sia l'amministrazione di provenienza o il lavoro svolto nel settore privato.

3. — *Illegittimità della legge regionale che vieta la conservazione dell'orario part-time al personale della Polizia municipale* — Il Tribunale ordinario di Trieste, in funzione di giudice del lavoro, ha sollevato, in riferimento all'art. 117, commi 1 e 2, lettera l, della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 7, e dell'articolo 26, comma 8, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 29 aprile 2009, n. 9 (Disposizioni in materia di politiche di sicurezza e ordinamento della polizia locale). Ritiene il giudice remittente che le censurate disposizioni – le quali vietano al personale appartenente alla Polizia municipale la possibilità di accedere al contratto di lavoro a tempo parziale (art. 10, comma 7), nel contempo stabilendo che i rapporti a tempo parziale in corso siano convertiti in contratti a tempo pieno entro la data del 31 dicembre 2012 (art. 26, comma 8) – siano in contrasto con i menzionati parametri costituzionali, poiché l'orario di lavoro e il trattamento economico costituiscono aspetti privatistici del contratto di lavoro, rispetto ai quali la potestà normativa esclusiva spetta allo Stato (ordinamento civile). La Corte Cost. ha ritenuto la questione infondata. Ad avviso della Consulta, la disposizione impugnata non viola la competenza dello Stato in materia di ordinamento civile, perché non interviene direttamente sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale ma si limita a stabilire, per il futuro, che il personale addetto a funzioni di polizia locale non potrà usufruire di tale modalità di prestazione del rapporto di lavoro: questa previsione non altera il contenuto di un contratto regolato dalla legge statale, ma sceglie quale tipo di contratto dovrà essere applicato a una determinata categoria di dipendenti. La possibilità (o il divieto) di prestazione di lavoro con contratto a tempo parziale si inserisce in un ambito di scelte di organizzazione amministrativa; ambito che si colloca in un momento antecedente a quello del sorgere del rapporto di lavoro. La norma, quindi, «spiega la sua efficacia nella fase anteriore all'instaurazione del contratto di lavoro e incide

in modo diretto sul comportamento delle amministrazioni nell'organizzazione delle proprie risorse umane e solo in via riflessa ed eventualmente sulle posizioni soggettive» (sentenza n. 235 del 2010). La Corte ha invece ritenuto la questione fondata nella parte in cui la stessa norma stabilisce l'obbligatoria conversione dei contratti di lavoro a tempo parziale, in precedenza stipulati, in contratti a tempo pieno entro la data del 31 dicembre 2012 (3). In tal modo, infatti, la norma regionale incide direttamente sulla disciplina di contratti che già esistono, alterando il contenuto di contratti a tempo parziale conclusi in precedenza e già in corso, in tal modo intervenendo nella materia dell'ordinamento civile, riservata alla competenza esclusiva dello Stato.

4. — *Legittimità della scelta di delegificazione di istituti della disciplina del pubblico impiego da parte del legislatore nazionale per aspetti relativi alla sua competenza legislativa esclusiva* — Le Regioni Liguria ed Emilia-Romagna, con distinti ricorsi, hanno impugnato l'art. 16 del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011, n. 111. Secondo le ricorrenti, la norma censurata, autorizzando l'emanazione di regolamenti di delegificazione ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, in ambiti riconducibili al coordinamento della finanza pubblica, violerebbe gli artt. 114, 117, comma 3, e 118 della Costituzione sotto un duplice profilo: dal punto di vista formale, non sarebbe rispettata la previsione costituzionale secondo la quale nelle materie di legislazione concorrente la determinazione dei principi fondamentali è riservata alla legge dello Stato; dal punto di vista sostanziale, la disposizione contestata, rimettendo alla fonte regolamentare statale

(3) Corte Cost., sentenza 23 maggio-6 giugno 2012, n. 141 – Pres. Quaranta, Est. Mattarella:

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 26, comma 8, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 29 aprile 2009, n. 9 (Disposizioni in materia di politiche di sicurezza e ordinamento della polizia locale), nel testo modificato dall'art. 10, comma 87, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia 11 agosto 2011, n. 11;

2) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 7, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 9 del 2009 sollevata, in riferimento all'art. 117, comma 2, lettera l, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Trieste con l'ordinanza di cui in epigrafe;

3) dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 10, comma 7, della legge della Regione Friuli-Venezia Giulia n. 9 del 2009 sollevata, in riferimento all'art. 117, comma 1, della Costituzione, dal Tribunale ordinario di Trieste con l'ordinanza di cui in epigrafe.

la specificazione delle modalità per il conseguimento del contenimento della spesa pubblica, priverebbe le Regioni di qualunque spazio di individuazione delle misure ritenute necessarie allo scopo. La Corte ha ritenuto le questioni infondate (4). Ad avviso della Consulta, le delegificazioni autorizzate dalla disposizione impugnata non possono essere ascritte interamente alla materia del coordinamento della finanza pubblica, interessando invece una molteplicità di settori. Tra questi ve ne sono alcuni di sicura pertinenza della competenza esclusiva dello Stato, altri astrattamente e in via di ipotesi suscettibili di interferire con le competenze regionali, concorrenti e residuali. In particolare, nell'ambito del pubblico impiego si intrecciano aspetti afferenti alla competenza esclusiva dello Stato con altri che eccedono dai limiti delle competenze statali. La Corte ha al riguardo ribadito la competenza statale per regolare la disciplina del personale delle amministrazioni statali, anche con fonti di natura secondaria. L'impiego pubblico anche regionale deve ricondursi, per i profili privatizzati del rapporto, all'ordinamento civile e quindi alla competenza legislativa statale esclusiva, mentre i profili «pubblicistico-organizzativi» rientrano nell'ordinamento e organizzazione amministrativa regionale, e quindi appartengono alla competenza legislativa residuale della Regione (*ex multis*, sentenze n. 63 del 2012, nn. 339 e 77 del 2011, n. 233 del 2006, n. 2 del 2004). La Corte Cost. ha però precisato che i regolamenti adottati dal Governo in attuazione della disposizione impugnata si applicheranno alle amministrazioni regionali solo in quanto attengano a materie di competenza esclusiva dello Stato, tra cui rientrano in particolare gli aspetti privatiz-

(4) Corte Cost., sentenza 4-7 giugno 2012, n. 149 – Pres. Quaranta, Est. Cartabia: *rinniti i giudizi e riservata a separate pronunce la decisione delle altre questioni di legittimità costituzionale promosse dalle Regioni Emilia-Romagna e Liguria con i ricorsi in epigrafe;*

1) *dichiara inammissibile la questione di legittimità dell'articolo 16, comma 1, lettera c, del decreto legge 6 luglio 2011, n. 98 (Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria), convertito, con modificazioni, in legge 15 luglio 2011 n. 111, promossa dalla Regione Emilia Romagna in riferimento agli artt. 114, 117, comma 3, e 118 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.*

2) *dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 16, comma 1, lettere b, c, d, e e f, del decreto legge n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, in legge n. 111 del 2011, promossa dalla Regione Liguria, in riferimento agli artt. 114, 117, comma 3, e 118 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;*

3) *dichiara non fondata, nei sensi di cui in motivazione, la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 16, comma 1, lettere b, d, e e f, del decreto legge n. 98 del 2011, convertito, con modificazioni, in legge n. 111 del 2011, promossa dalla Regione Emilia-Romagna, in riferimento agli artt. 114, 117, comma 3, e 118 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe.*

zati della disciplina del pubblico impiego. Al di fuori dei confini delle competenze esclusive, le Regioni e le Province autonome non dovranno considerarsi tra i destinatari dei regolamenti di delegificazione, i quali esplicheranno i loro effetti solo nei confronti delle amministrazioni statali. Qualora detti regolamenti di delegificazione fossero redatti in modo tale da vulnerare le competenze regionali, resta salva la facoltà per le Regioni di denunciarne la lesività mediante lo strumento del ricorso per conflitto di attribuzioni, sempre che ne ricorrano i necessari presupposti (sentenze nn. 322 e 200 del 2009).

5. — *Legittimità del sopravvenuto diniego per i dipendenti pubblici part-time di esercitare la professione di avvocato* — La Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, ha sollevato questioni di legittimità costituzionale, sia in relazione agli articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione, sia in riferimento al parametro della ragionevolezza intrinseca di cui all'articolo 3, comma 2, Cost., degli articoli 1 e 2 della legge 25 novembre 2003, n. 339 (Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato). La norma censurata – diversamente da quanto precedentemente previsto dall'art. 1, commi 56 e 56-bis, della legge n. 662 del 1996 – non consente più l'esercizio della professione forense ai dipendenti pubblici *part-time* con orario fino al 50% di quello a tempo pieno. Per coloro i quali, già pubblici dipendenti (*part-time*), avevano ottenuto l'iscrizione dopo la data di entrata in vigore della legge n. 662 del 1996, l'art. 2 della legge censurata pone la seguente disciplina transitoria: a) opzione per il mantenimento del rapporto d'impiego, da comunicare al consiglio dell'ordine d'iscrizione entro trentasei mesi, pena la cancellazione dall'albo, con diritto alla reintegrazione nel rapporto di lavoro a tempo pieno; b) opzione, entro lo stesso termine, per la cessazione del rapporto d'impiego e conseguente mantenimento dell'iscrizione all'albo degli avvocati, salva la conservazione per un ulteriore quinquennio del diritto alla riammissione in servizio a tempo pieno entro tre mesi dalla richiesta. La Corte Cost. ha ritenuto la questione infondata (5). Il giudice delle leggi ha rammentato di aver già dato risposta negativa ai dubbi di legittimità

(5) Corte Cost., sentenza 20-27 giugno 2012, n. 166 – Pres. Quaranta, Est. Mazzella:

dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli articoli 1 e 2 della legge 25 novembre 2003, n. 339 (Norme in materia di incompatibilità dell'esercizio della professione di avvocato), sollevate, sia in relazione agli articoli 3, 4, 35 e 41 della Costituzione, sia in riferimento al parametro della ragionevolezza intrinseca di cui all'art. 3, comma 2, Cost., dalla Corte di Cassazione, Sezioni Unite civili, con le ordinanze indicate in epigrafe.

timità costituzionale della normativa in oggetto (sentenza n. 390 del 2006), con riguardo agli artt. 4 e 35 Cost. Ha, infatti, statuito che essi, nel garantire il diritto al lavoro, ne rimettono l'attuazione, quanto ai tempi e ai modi, alla discrezionalità del legislatore, che, nella specie, non può dirsi avere malamente esercitato il suo potere. Tant'è che nemmeno il diritto dell'Unione, segnatamente rispetto ai profili di limitazione all'accesso al lavoro in astratto ravvisabili nella disciplina oggetto di censura, è stato giudicato di ostacolo a una normativa nazionale (come quella in oggetto, appunto) che preclude l'esercizio della professione forense ai dipendenti pubblici a tempo parziale. E ciò, in quanto un siffatto divieto «rientra nelle regole di cui all'art. 8 della Direttiva n. 98/5, almeno nei limiti in cui [...] concerne l'esercizio concomitante della professione forense e di un impiego presso un'impresa pubblica» (Corte di Giustizia Ue, Sezione V, 2 dicembre 2010, in causa C-225/2009, punto 60). Anche in relazione all'asserito contrasto con l'art. 41 Cost., la Corte Cost. ne ha escluso la sussistenza. I dipendenti pubblici «non svolgono servizi configuranti un'attività economica e la loro attività non può essere considerata come quella di un'impresa». Sicché, la legge n. 339 del 2003 incide non tanto sulle modalità di organizzazione della professione forense in termini rispettosi dei principi di concorrenza, quanto sul modo di svolgere il servizio presso enti pubblici, ai fini del soddisfacimento dell'interesse generale all'esecuzione della prestazione di lavoro pubblico secondo canoni di imparzialità e buon andamento, oltre che a un corretto esercizio della professione legale. Neppure v'è lesione dell'affidamento con riferimento all'art. 3 Cost. La Consulta aveva ritenuto non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1, commi 56 e 56-*bis*, della legge n. 662 del 1996, ossia della normativa favorevole al «cumulo» dell'impiego pubblico a orario ridotto con l'esercizio della professione legale, in relazione, tra gli altri parametri, all'art. 3 Cost., e proprio sotto il profilo della «assoluta mancanza di ragionevolezza e logicità» delle denunciate disposizioni, in quanto, secondo la ricostruzione della disciplina allora offerta dalla Corte, le esigenze di contenimento della spesa pubblica (cui non era insensibile la normativa in esame) non andavano a detrimento del diritto di difesa, né dei principi d'imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (sentenza n. 189 del 2001). La Consulta ha ritenuto infondato anche il dubbio di costituzionalità relativo all'asserito affidamento dei dipendenti pubblici *part-time* già legittimamente iscritti all'albo degli avvocati. La Corte ha rinviato alla sua giurisprudenza secondo cui il valore del legittimo affidamento riposto nella sicurezza

giuridica trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili. Da un lato, infatti, la fiducia nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio dev'essere consolidata; dall'altro, l'intervento normativo incidente su di esso deve risultare sproporzionato. Con la conseguenza che «non è interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali vengano a modificare in senso sfavorevole per i beneficiari la disciplina dei rapporti di durata, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti», unica condizione essendo «che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto (sentenze n. 302 del 2010, n. 236 e n. 206 del 2009)» (ordinanza n. 31 del 2011). Secondo la Corte, nel caso in esame la normativa transitoria è rispettosa di questi principi avendo concesso ai dipendenti pubblici *part-time*, già iscritti all'albo degli avvocati, un primo periodo di durata triennale onde esercitare l'opzione per l'uno o per l'altro percorso professionale e, poi, ancora un altro di durata quinquennale (in caso di espressa scelta, in prima battuta, della professione forense), ai fini dell'eventuale richiesta di rientro in servizio.

SICUREZZA SOCIALE

(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Indennizzo per vaccinazioni obbligatorie o raccomandate. — 2. Legittima la decurtazione del trattamento di malattia nella p.a.

1. — *Indennizzo per vaccinazioni obbligatorie o raccomandate* — È illegittimo non riconoscere l'indennizzo di cui alla legge n. 210/1992, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito danni a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia. Il Tribunale di Ancona ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, legge 25 febbraio 1992, n. 210, affrontando un ricorso proposto dai genitori di una bambina la quale, a seguito della vaccinazione contro l'Mpr, aveva poi mostrato delle gravi patologie. La suddetta vaccinazione – pur non essendo obbligatoria e, dunque, non prevedendo alcun di tipo indennizzo, anche se causa di effetti collaterali – era stata a suo tempo ampiamente promossa e pubblicizzata dalla pubblica amministrazione. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 107/2012 (1), richiamando la propria giurisprudenza in tema di vaccinazioni obbligatorie o raccomandate e dei relativi indennizzi, ha in primo luogo ribadito che «ciascuno può essere obbligato a un dato trattamento sanitario [per salvaguardare l'interesse della collettività], tuttavia, esso non postula il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri. Ne deriva che un corretto bilanciamento fra le due dimensioni del valore

(1) Corte Cost. 26 aprile 2012, n. 107 – Pres. Quaranta, Red. Grossi: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210 (Indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile a causa di vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati), nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia.*

della salute, fra individuo e collettività, [...], implica il riconoscimento, per il caso che il rischio si avveri, di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento». In secondo luogo, nella prospettiva di individuare la *ratio* dell'indennità in ogni situazione in cui il singolo abbia esposto a rischio la propria salute per la tutela di un interesse collettivo, il giudice delle leggi ha affermato che dagli artt. 2 e 32 Cost. deriva l'obbligo, in capo alla collettività, «di condividere il peso di eventuali conseguenze negative...» per il soggetto colpito e non è ragionevole differenziare il caso in cui il trattamento sanitario sia imposto per legge da quello «in cui esso sia promosso dalla pubblica autorità...» Una differenziazione capace di negare un indennizzo per il danno subito costituirebbe una evidente «irrazionalità della legge». Alla luce di tali principi la Corte ha dichiarato, pertanto, l'illegittimità costituzionale dell'articolo 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui «non prevede che il diritto all'indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la rosolia e la parotite».

2. — *Legittima la decurtazione del trattamento di malattia nella p.a.* — Non è costituzionalmente illegittimo prevedere, per i dipendenti della pubblica amministrazione, che nei primi dieci giorni di assenza per malattia venga corrisposto solo il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 120/2012 (2), ha quindi respinto la questione di costituzionalità (relativa all'art. 71, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. dall'art. 1, comma 1, legge 6 agosto 2008, n. 133) sollevata dal Tribunale di Livorno, affermando che non sussiste violazione dell'art. 3 Cost. (principio di eguaglianza) poiché i due sistemi (privato e pubblico), già significativamente differenziati al loro interno, risultano assolutamente incomparabili, contrariamente a quanto ritenuto dal rimettente, proprio in relazione al regime della ma-

(2) Corte Cost. 10 maggio 2012, n. 120 – Pres. Quaranta, Red. Mazzella: *dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 71 del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 32, 36 e 38 della Costituzione, dal Tribunale di Livorno.*

lattia. Per quanto riguarda, invece, la presunta violazione dell'art. 36 Cost. (diritto a una retribuzione sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa), la Corte ha negato tale possibilità poiché la conservazione del trattamento fondamentale garantisce, per definizione, l'adeguatezza della retribuzione e la sua funzione alimentare durante il periodo di malattia, tanto più che la durata della riduzione è contenuta dalla disposizione censurata nei limiti di 10 giorni. Parimenti, non sussiste violazione dell'art. 38, comma 1, Cost. (diritto al mantenimento e all'assistenza sociale per il cittadino inabile al lavoro), poiché nessuna disposizione, né generale, né settoriale, impone che la prestazione economica in costanza di malattia coincida o tenda a coincidere con la retribuzione del lavoratore in servizio o con una sua determinata porzione. La Corte, infine, ha sostenuto che «... anche il diritto alla salute dev'essere temperato con altre esigenze costituzionalmente tutelate. E nella specie, viene altresì in rilievo, come si è visto, il buon andamento della pubblica amministrazione, che la norma censurata si propone a ragion veduta di perseguire disincentivando l'assenteismo».

Vincenzo Ferrante (), Michele Bricchi (**)*

SOLIDARIETÀ E RESPONSABILITÀ DEL COMMITTENTE NELLA DISCIPLINA DELL'APPALTO ALLA LUCE DELLA PIÙ RECENTE GIURISPRUDENZA

SOMMARIO: 1. Solidarietà e parità di trattamento nella legge n. 1369 del 1960. — 2. Responsabilità *ex art.* 2087 cod. civ. del committente nel caso di appalti endoaziendali. — 3. La ridefinizione della nozione di appalto e la generalizzazione della regola della solidarietà nella riforma del 2003. — 4. Le modifiche successive e l'attuale formulazione dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003. — 5. Il beneficio di escussione e i rapporti interni fra le parti. — 6.1. L'area di applicazione del precetto: gli appalti pubblici. — 6.2. *Segue*: L'area di applicazione del precetto: il contratto di trasporto.— 7. I limiti della responsabilità solidale.

1. — *Solidarietà e parità di trattamento nella legge n. 1369 del 1960* — L'art. 3 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369 (ora abrogata dall'articolo 85 del d.lgs. n. 276/2003), nell'ambito della più generale disciplina in tema di intermediazione di manodopera, stabiliva un particolare regime per gli appalti che si fossero svolti «nell'interno delle aziende», garantendo, in queste ipotesi, il diritto dei lavoratori dell'impresa appaltatrice a vedersi corrisposto dal proprio datore di lavoro «un trattamento minimo inderogabile retributivo» e assicurato «un trattamento normativo» non inferiori a quelli spettanti ai lavoratori direttamente dipendenti dalla impresa committente.

Al contempo veniva previsto un principio, in forza del quale sia il committente che l'appaltatore erano tenuti in solido nei confronti dei lavoratori dipendenti da quest'ultimo non solo per il pagamento della retribuzione, ma anche in ordine «all'adempimento di tutti gli obblighi derivanti dalle leggi di previdenza e assistenza». Il successivo art. 4 prevedeva poi che i diritti spettanti ai lavoratori dovessero essere esercitati entro un anno dalla data di cessazione dell'appalto.

(*) Professore straordinario di Diritto del lavoro nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, a cui si deve questo contributo, eccetto per i paragrafi 4 e 7.

(**) Cultore della materia di Diritto del lavoro nell'Università Cattolica del Sacro Cuore, a cui si deve la stesura dei paragrafi 4 e 7.

La disciplina era completata dalla previsione analitica di varie fattispecie: alcune, relative ad appalti non endo-aziendali comunque equiparati, dal comma 2 dell'art. 3, a quelli di cui al precedente comma 1, e altre, come quelle di cui all'art. 5, per le quali, invece, l'applicazione delle regole di cui all'art. 3 veniva espressamente esclusa sulla scorta del tipo di attività esercitata o delle condizioni soggettive dell'impresa (di modo che, per esempio, non davano luogo a responsabilità del committente gli «appalti per l'esecuzione dei lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria degli impianti», che fossero stati conclusi «con imprese che impiegano il personale dipendente presso più aziende contemporaneamente» e che fossero stati debitamente e preventivamente autorizzati dall'Ispettorato del lavoro competente).

Alla base della scelta del legislatore si collocavano le note conclusioni che la commissione di inchiesta parlamentare aveva tratto in ordine alle prassi aziendali dirette a eludere l'applicazione dei contratti collettivi, attraverso una (apparente) frammentazione del ciclo produttivo (1). Di qui la previsione di un principio di parità di trattamento (analogo peraltro a quello poi previsto nella legge del 1962 sul lavoro a tempo determinato) che veniva a limitare enormemente la convenienza per l'imprenditore a procedere a forme di appalto, giacché la norma, imponendo di far applicazione di condizioni contrattuali del tutto omogenee a quelle praticate nei confronti dei diretti dipendenti dall'impresa committente, finiva per rendere più costose queste rudimentali forme di decentramento rispetto alla soluzione di una gestione diretta del servizio.

Come è noto, la dottrina e la giurisprudenza si sono confrontate con le previsioni della legge n. 1369, prevalentemente dettate dalle esigenze pratiche ora ricordate, quando si è dovuta valutare la legittimità delle operazioni di decentramento produttivo poste in essere nel corso dei successivi decenni, di modo che ci si è, innanzi tutto, interrogati in ordine alla esatta individuazione delle ipotesi ammesse, soffermandosi circa il significato del divieto di cui all'art. 1 (per esempio, in ordine a prestazioni che richiedevano una specializzazione elevata e del tutto

(1) Per una veloce rassegna, da ultimo, v.: L. Imberti, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti: lo stato dell'arte in continuo movimento*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 72/2008; L. Corazza, *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 93/2009; M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2010, II ed.; M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, Torino, 2011.

particolare, come per gli appalti di servizi informatici) e circa la possibilità di integrare il lungo elenco di ipotesi che il legislatore del 1960 tratteggiava all'art. 5 (in ordine, per esempio, alla possibilità di ricomprendere in esso il servizio mensa).

Meno attenzione, invece, è stata dedicata all'obbligazione solidale del committente, che, di per sé, appariva come un sicuro indice della ridotta fiducia che il legislatore riponeva comunque anche in ordine agli appalti leciti, posto che si richiamava un istituto che rinvia alla peculiare disciplina «della responsabilità patrimoniale dei gruppi non personificati» (2), quasi a sottolineare, pur a fronte della genuinità dell'appalto, una carenza di autonomia, se non di soggettività, dell'impresa appaltatrice di servizi od opere di così modesta entità da eseguirsi all'interno delle aziende.

Si è rinvenuta solo una pronunzia significativa a riguardo: il giudice, chiamato a decidere in ordine alla richiesta di integrazione del contraddittorio proveniente dall'impresa appaltatrice in un giudizio intentato dall'Inps per il recupero dei contributi omessi, ha affermato che: «La responsabilità dell'appaltante [...] ancorché solidale, non è una responsabilità diretta bensì di garanzia, giacché l'obbligazione contributiva non si trasferisce all'appaltante, ma rimane propria dell'appaltatore, essendo l'appaltante tenuto soltanto a garantire l'adempimento. La sua è dunque una obbligazione non principale ma accessoria a una obbligazione altrui, una vera e propria fideiussione *ex lege*» (3). E, in effetti, basta poco per rendersi conto che anche la responsabilità del fideiussore è qualificata come solidale, sebbene si riconosca al fideiussore il *beneficium excussionis* (art. 1944 cod. civ.).

E invero, ove così non fosse, non si farebbe fatica a scorgere una contraddizione fra la nozione stessa di appalto, che rinvia a una «gestione a rischio» dell'appaltatore, e una norma che, al contrario, finisce per porre in capo al committente quella stessa responsabilità per il pagamento delle spese necessarie alla realizzazione dell'opera o del servizio, che dovrebbe essere invece traslata sull'appaltatore quale effetto della stipula del contratto.

(2) Così C.M. Mazzoni, *Le obbligazioni solidali e indivisibili*, in *Tratt. Rescigno*, vol. VIII, 1984, pp. 589 ss. (qui p. 593); nella dottrina giuslavoristica, in generale, v. L. Corazza, *Appunti in tema di obbligazioni solidali e rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, pp. 77 ss.

(3) Pret. Modena, 24 aprile 1990, in *Inf. prev.*, 1991, p. 132: si può richiamare altresì altra pronunzia che invece nega l'integrazione del contraddittorio quando a essere chiamato in causa era stata l'impresa committente: v. Cass. 7 marzo 1986, 1541, in *Mass. giust. civ.*, 1986, f. 3.

L'elemento del rischio, infatti, appartiene piuttosto alla sfera degli effetti, che non a quella degli elementi della fattispecie, in quanto non sempre suscettibile di valutazione *ex ante*, tanto che lo stesso art. 3 della legge del 1960 per far intendere che gli appalti in esso regolati sono comunque leciti si preoccupava di richiedere che i servizi o le opere fossero comunque eseguiti «con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore» e, dunque, si configurassero come appalti genuini, come si è preoccupato di affermare un consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi nel vigore della precedente legge (4).

Il legislatore del 1960, insomma, lungi dal modificare le categorie di ordine generale, stabiliva che, nell'ambito degli appalti leciti, si distinguessero fra quelli, elencati all'art. 5, per i quali non dettava nessuna particolare regola e quelli, di cui all'art. 3, che, pur non rientranti nel divieto di mere prestazioni d'opera di cui all'art. 1, destavano comunque sospetto, essendo svolti «all'interno dell'azienda» e, dunque, prestando il fianco a facili elusioni della normativa legale e contrattuale, grazie anche alle dimensioni, presumibilmente ridotte, della impresa appaltatrice.

Non a caso del tutto diverso è il fondamento della responsabilità di cui all'art. 1676 cod. civ., che prevede un'azione diretta dei dipendenti dell'appaltatore nei limiti del corrispettivo ancora dovuto dal committente e che ha ambito di applicazione generale (5); una tale previsione, infatti, si iscrive nell'ambito di istituti quali la rappresentanza o il collegamento negoziale, come dimostra, a tacer d'altro, che l'oggetto della domanda può essere solo la minor somma fra quanto dovuto dal committente all'appaltatore al momento della richiesta e il credito retributivo vantato dai dipendenti verso l'appaltatore (6), e che, d'altra parte, essa non è sottoposta ad alcun termine specifico (7).

(4) Tanto che proposta l'una, non può subordinatamente intendersi che sia stata proposta anche l'altra, «atteso che le due azioni differiscono sia quanto a presupposti di fatto che alle conseguenze giuridiche»: così Cass. 1° febbraio 1993, n. 1191, in *Mass. giust. civ.*, 1993, p. 183; analogamente, Cass. 15 dicembre 1989, n. 5637, *ivi*, 1989, f. 12.

(5) Applicandosi anche agli enti pubblici: Cass., Ss.Uu., 1° febbraio 1988, n. 928.

(6) D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto*, in F. Galgano (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Zanichelli-Foro Italiano*, Bologna-Roma, 1992, p. 495, e M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione, comando, lavoro temporaneo, lavoro negli appalti*, in P. Schlesinger (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2000; Eadem, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, p. 475; L. Imberti, *Il trattamento economico e normativo*, in M.T. Carinci *et al.*, cit., p. 65, nota 6.

(7) Dunque, l'unico limite temporale per il suo esercizio – oltre, ovviamente, ai termini ordinari di prescrizione – è dato dalla permanenza del debito del com-

Semmai, la responsabilità solidale di cui all'art. 3 finiva per assimilare questi appalti alle ipotesi di cui all'art. 1 della stessa legge del 1960 (o al cottimo di cui all'art. 2127 cod. civ.), a fronte di prestazioni, quali «i lavori di facchinaggio, di pulizia e di manutenzione ordinaria» (così l'art. 3, al comma 1) che, a ben vedere, in nulla si distinguono dalle ipotesi considerate come mere prestazioni di manodopera dalla legge stessa.

La marginalità del fenomeno, in relazione *in primis* alle attività esercitate dalle imprese appaltatrici ma anche alla condizione economica dei lavoratori interessati, unita alla possibilità di un contatto quotidiano fra committente e lavoratori della impresa appaltante rendeva poco rilevante il fatto che non si fosse tracciata alcuna disciplina in ordine ai rapporti interni fra i soggetti debitori (fosse pure quella, elementare, del diritto al regresso).

La successiva evoluzione giurisprudenziale si sarebbe incaricata, tuttavia, di rendere la regola della parità di trattamento (e della solidarietà) di applicazione ben più vasta; e infatti, attraverso una interpretazione fortemente evolutiva della lettera della legge si sarebbe estesa l'applicazione dell'art. 3 non già ai soli appalti endoaziendali («da eseguirsi nell'interno delle aziende»), ma anche a quelli che comunque inerivano al normale procedimento produttivo, pur se svolti al di fuori del perimetro della sede aziendale (cd. teoria funzionale, in opposizione a quella topografica).

In verità, vista con occhio retrospettivo, una simile estensione, per un verso, appare del tutto peculiare, in quanto relativa più che alle ipotesi di cui al comma 1 dell'abrogato art. 3 (servizi di pulizia, manutenzione ecc.) a quelle regolate dal comma 2 (8), che facevano riferimento agli appalti per la posa e la manutenzione di impianti «a rete» (elettrici, telefonici, di distribuzione ecc.), mentre, per un altro, del tutto fuorviante era il richiamo alla inerenza al ciclo produttivo dell'impresa preso a riferimento come criterio di ampliamento delle ipotesi tutelate, at-

mittente nei confronti dell'appaltatore avente a oggetto il compenso per l'esecuzione dell'opera o del servizio appaltato.

(8) A riguardo, v. Cass. 26 giugno 1998, n. 6347, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 847 (con nota di L. Corazza), e in *Not. giur. lav.*, 1998, p. 672; Cass. 23 febbraio 1998, n. 1924, *Enichem c. Soc. Coedin*, in q. *Riv.*, 1999, II, p. 491 (con nota di E. Terenzio; e anche in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 267, con nota di P. Campanella); Cass., Sez. lav., 25 gennaio 1993, n. 814, *Sip c. Boncompagni*, in q. *Riv.*, 1993, II, p. 316, con nota di V. Berti; in *Dir. lav.*, 1993, II, p. 317, e ancora in *Mass. giur. lav.*, 1993, p. 334, con nota di A. Sbrocca.

teso che si tratta di un requisito implicito in ogni sistema produttivo decentrato (9).

E anzi quest'ultima affermazione indica chiaramente come, una volta accettata la teoria funzionale, la regola della solidarietà diveniva di generale applicazione per ogni caso di appalto, anche quando questo si fosse svolto attraverso prestazioni topograficamente lontane dall'impresa committente e con genuina organizzazione a carico del solo appaltatore.

2. — *Responsabilità ex art. 2087 cod. civ. del committente nel caso di appalti endoaziendali* — Un secondo orientamento giurisprudenziale, parimenti frainteso, è alla base del rafforzarsi dell'idea che sia connaturato al fenomeno dell'appalto il sorgere di una responsabilità solidale: non si deve dimenticare come un regime, almeno apparentemente simile dal punto di vista funzionale alla solidarietà di cui all'art. 3, legge n. 1369/1960, si rinvenga nel settore della tutela della salute e sicurezza (10), nel cui ambito si afferma il criterio dell'inserimento del lavoratore nel perimetro aziendale come elemento generatore di una responsabilità per danni in capo al committente, prima attraverso la giurisprudenza e poi anche per via legislativa.

L'abrogato art. 7 del d.lgs. n. 626 del 1994, con disposizione ora ripresa dall'art. 26 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, riconosce, infatti, una serie di responsabilità (di verifica, di informazione, di coordinamento e cooperazione) in capo al «datore di lavoro, in caso di affidamento di lavori, servizi e forniture all'impresa appaltatrice o a lavoratori auto-

(9) Non si vede, infatti, in che modo possa darsi appalto se non per attività funzionale al ciclo di impresa: ma a riguardo si avverte l'influsso della giurisprudenza in tema di lavoro a termine, già echeggiata dalla lettera dell'art. 5, lett. f, e da qualche pronuncia: v., ad es., Cass., Sez. lav., 7 luglio 1978, n. 3395, in *Foro it.*, 1979, I, 416.

(10) La dottrina ha dimostrato grande attenzione nei confronti della disposizione: a riguardo, v. almeno P. Tullini, *Obblighi connessi ai contratti di appalto o d'opera o di somministrazione. Commento*, in L. Montuschi (a cura di), *La nuova sicurezza sul lavoro*, t. I, pp. 268 ss.; C. Cester, *Lavoro e appalto: le recenti innovazioni normative*, in *Scritti in onore di E. Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, p. 247; E. Barraco, *La nuova disciplina dei contratti di appalto*, in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il lavoro nella finanziaria 2007*, Ipsoa, Milano, 2007, p. 177; R. De Luca Tamajo, *Trasferimento d'azienda, esternalizzazione del lavoro, appalto di servizi, distacco nella riforma del diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2005, pp. 59 ss.; G. Ferraro, *Il rapporto di lavoro negli appalti*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi, L'omaggio dell'Accademia a M. Persiani*, Cedam, Padova, 2005, t. II, pp. 971 ss.

nomi all'interno della propria azienda, o di una singola unità produttiva della stessa, nonché nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima», ma solo nell'ipotesi nella quale costui «abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo» (11).

Si tratta, in verità, dell'inserimento di un principio già riconosciuto in via pretoria, atteso che la giurisprudenza ha fatto applicazione del principio della responsabilità del committente anche nell'ambito dei rapporti di appalto, e dunque al di là della presenza di un vincolo tecnico di eterodirezione, ritenendo che in tali casi il potere del datore di organizzare il contesto entro il quale si svolge la prestazione determini una responsabilità nella causazione dell'evento, quando questo sia conseguente alle indicazioni rilasciate dall'imprenditore (12).

Il potere di coordinamento dell'altrui prestazione, tuttavia, è in questo caso non già frutto di una speciale norma di tutela, ma rappresenta la normale conseguenza della responsabilità che il committente assume in relazione alla sicurezza dell'ambiente, al cui interno vengono a operare i soggetti terzi, dipendenti dalla impresa appaltatrice o che operano nell'ambito di un rapporto di somministrazione o di lavoro autonomo. E non a caso la legge impone (art. 26, comma 3, d.lgs. n. 81/08) al «datore di lavoro committente» di promuovere «la cooperazione e il coordinamento» dei diversi soggetti coinvolti nei lavori «elaborando un unico documento di valutazione dei rischi (13) che indichi le misure adottate per eliminare o, ove ciò non è possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze».

Il coordinamento che si richiede al «datore-committente» è figlio della responsabilità che costui assume e, seppure non si esercita nelle

(11) In questo senso, con riguardo all'art. 7 del d.lgs. n. 626, v. già A. Vallebona, *Responsabilità civile dell'imprenditore. Appalti. Responsabilità dei progettisti, fabbricanti, fornitori e installatori*, in L. Montuschi (a cura di), *Ambiente, salute e sicurezza. Per una gestione integrata dei rischi da lavoro*, Torino, 1997, p. 216.

(12) «Poiché l'appaltatore gode di autonomia organizzativa e gestionale, una responsabilità del committente per i danni causati a terzi durante l'esecuzione dell'opera è configurabile solo in due casi: o quando l'opera sia stata affidata a impresa manifestamente inidonea (cosiddetta *culpa in eligendo*), ovvero quando la condotta causativa del danno sia stata imposta all'appaltatore dal committente stesso, attraverso rigide e inderogabili direttive»; così Cass., Sez. III, 23 aprile 2008, n. 10588; analogamente, Cass., Sez. III, 26 marzo 2009, n. 7356.

(13) È il cd. Duvri, su cui v. Pasquarella, *La responsabilità nel sistema degli appalti*, in L. Zoppoli, P. Pascucci, G. Natullo (a cura di), *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81*, Wolters Kluwer, Milano.

forme del potere direttivo (il committente, infatti, si limita a promuovere il coordinamento e la cooperazione), sembra comunque presupporre, a fronte delle conseguenze che discendono dal suo mancato esercizio, quantomeno un potere di iniziativa unilaterale.

Alla luce di quanto ora si è esposto, dunque, la responsabilità discende da quella «responsabilità dell'organizzazione [...] produttiva» che, con terminologia adeguata ai tempi, fotografa il ruolo dell'imprenditore quale vertice dell'impresa, confermando, per questo aspetto, la permanente centralità dei poteri di direzione imprenditoriali, scolpiti innanzi tutto nella bronzea formula dell'art. 2086 cod. civ. Per questo motivo appare corretta una lettura dell'art. 26, comma 4, d.lgs. n. 81, che limiti la responsabilità solidale del committente nel solco dell'orientamento giurisprudenziale prima richiamato, valorizzando opportunamente l'elemento dell'inserimento spaziale e la limitazione ai «rischi specifici propri» (14).

3. — *La ridefinizione della nozione di appalto e la generalizzazione della regola della solidarietà nella riforma del 2003* — Non deve stupire, invero, se, a fronte del consolidarsi degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati, il legislatore del d.lgs. n. 276 del 2003, nell'opera di intera ridefinizione della materia conseguente alla abrogazione della legge n. 1369, procede a riconoscere una generale forma di responsabilità solidale in caso di appalto, che prescinde da ogni ulteriore criterio fatto proprio dal legislatore del 1960 (15).

(14) Così, da ultimo, I. Marimpietri, *Osservazioni minime in materia di appalto e sicurezza sul lavoro*, in *Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale, Studi in onore di T. Treu*, Jovene, Napoli, 2011. Non sembra perciò convincente la proposta di fondare sulla disposizione ora richiamata, in unione all'art. 29, d.lgs. n. 276, una ricostruzione più ampia dei rapporti in tema di appalto, diretta alla enucleazione di una sorta di categoria generale fondata sulla sussistenza di una obbligazione solidale: a riguardo sulla cd. «codatorialità» v. ampiamente V. Speciale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, 1, pp. 1 ss. (nonché in *La figura del datore di lavoro: articolazioni e trasformazioni*, Atti conv. Aidlass di Catania, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 77 ss.), ove pure (pp. 103/4) ampi riferimenti alla *joint employment doctrine*, che tuttavia si colloca nell'area della giurisprudenza diretta a «sollevare il velo» della persona giuridica nei casi di imprese riconducibili a un medesimo centro di interessi.

(15) A riguardo, v. F. Scarpelli, *Appalto*, in E. Gagnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, Padova, 2004, pp. 435 ss.; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2004, p. 319

Come è noto, con il d.lgs. n. 276 del 2003, al divieto di appalto di mere prestazioni d'opera si è sostituita all'art. 29 una definizione degli elementi costitutivi dell'appalto, di portata generale, in quanto diretta a precisare la fattispecie di cui all'art. 1655 cod. civ.: e infatti, a mente della disposizione ora richiamata, l'organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore (e dunque l'elemento in ultima analisi distintivo della fattispecie, rispetto a ogni altro contratto di *facere*) «può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto».

Eliminato l'elemento materiale dalla nozione di organizzazione, appare evidente come il discrimine fra la fattispecie prima vietata e quella ora ammessa diviene quasi impercettibile, venendosi a legittimare come genuino, per fare un esempio forse al limite del paradossale, anche l'appalto nel quale, pur a fronte di mere prestazioni d'opera, si registri la presenza sul luogo di lavoro di un responsabile dei lavoratori della società appaltatrice, chiamato a costituire il canale attraverso il quale gli ordini del committente giungono a chi in concreto è poi destinato a eseguirli (16).

Di qui l'esigenza di distinguere la nuova fattispecie di appalto (ormai svincolata dal rispetto del principio di parità di trattamento) dalla

ss.; M. Tiraboschi, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Idem (a cura di), *La riforma Biagi del mercato del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari, 2004; P. Alleva, *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, Roma, 2004; L. Calcaterra, *La tutela del lavoro negli appalti*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Esi, Napoli, 2004.

(16) Non è illogico ritenere (in questo senso: O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2011, p. 234) che il legislatore attraverso la inedita formula dell'art. 29 intendesse dar seguito alla giurisprudenza prima richiamata in ordine alle prestazioni a elevato contenuto professionale; se così è, però, si deve segnalare che in tali casi la giurisprudenza ha ritenuto legittimo l'appalto non già perché vi fosse un esercizio del potere direttivo da parte dell'impresa appaltatrice, ma perché, molto più semplicemente, si è riconosciuta la genuinità di una operazione economica di sola gestione di macchinari che non possono che appartenere al committente e che richiedono un *know how* distinto da quelli che è proprio dei dipendenti dell'impresa (in tal senso v. O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 233, con rif. a Cass. 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro it.* 1992, I, 523). In questo senso v. anche la più recente Trib. Pisa, 10 luglio 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 3, con nota di P. Albi.

somministrazione, che, al contrario, si presentava come più onerosa, proprio a ragione del permanere di quel vincolo in ordine al trattamento retributivo dei lavoratori somministrati (art. 23, comma 1, d.lgs. n. 276/2003).

In questo senso, il comma 2 della disposizione ora citata ha generalizzato la regola di cui all'abrogato art. 3 della legge n. 1369, stabilendo che «in caso di appalto di servizi il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, entro il limite di un anno dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali dovuti». La norma riprende peraltro analoghe, e non sempre coerenti (17), previsioni relative alla somministrazione ponendo quindi, sul piano funzionale, prima ancora che concettuale, la questione della differenza fra i due istituti, atteso che anche per l'esecuzione di un appalto appare legittima la assunzione di lavoratori a termine, in presenza del temporaneo incremento dell'attività di impresa, idoneo a costituire corretta ragione di apposizione del termine (18).

Dietro la regola della solidarietà stava, quindi, la implicita confessione di un duplice fallimento: per un verso, si riconosceva che doveva considerarsi abbandonato il tentativo, perseguito dal legislatore del 1960 e dalla conseguente giurisprudenza, di distinguere sulla base degli elementi della fattispecie fra ipotesi lecite e illecite, di modo che la nuova disciplina consentiva l'affidamento di lavori in appalto anche a soggetti privi della consistenza organizzativa (e conseguentemente pa-

(17) A mente dell'art. 21, comma 1, lett. *ℓ*, del d.lgs. n. 276, il contratto di somministrazione deve contenere una clausola che stabilisca la «assunzione da parte dell'utilizzatore, in caso di inadempimento del somministratore, dell'obbligo del pagamento diretto al lavoratore del trattamento economico nonché del versamento dei contributi previdenziali, fatto salvo il diritto di rivalsa verso il somministratore»; l'art. 23, comma 3, dello stesso d.lgs. stabilisce, invece, che «l'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali»: la differenza fra le due previsioni sta nel fatto che nella prima la responsabilità dell'utilizzatore è condizionata all'inadempimento, mentre nella seconda, almeno apparentemente, no: ovviamente una lettura sistematica delle due disposizioni dovrebbe condurre a ritenere che la responsabilità sia sempre di tipo fideiussorio, e, dunque, che si riconosca comunque, pur in assenza di espressa previsione legislativa, il beneficio di escusione (v. *infra*, nel testo, par. 5).

(18) Ma in senso contrario, nel vigore della precedente legislazione, v. Trib. Milano, 27 aprile 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 626.

trimoniaie) necessaria a garantire la genuinità dell'operazione economica, tanto che – come già si è anticipato – non appariva illogico considerare le imprese appaltatrici quasi come centri di imputazione privi di piena autonomia soggettiva.

Per altro verso, si introduceva una contraddizione tutta interna alla legge di riforma, giacché, o per l'approssimazione dell'impianto teorico che avrebbe dovuto sorreggerla o per il combinarsi di sollecitazioni di tenore diverso, si creava una duplicazione fra somministrazione e appalto, almeno in ordine ai casi di gran lunga più frequenti a realizzarsi, nella quale non era facile orientarsi.

A fronte dell'ampliamento delle ipotesi in cui la somministrazione era ammessa, ci si sarebbe aspettata, infatti, una disciplina più restrittiva in tema di appalto, sì da determinare il sorgere di «agenzie interinali» per trasformazione delle precedenti «cooperative di servizi». E un tale obiettivo sarebbe apparso del tutto ragionevole, a fronte della maggiore affidabilità delle agenzie (assoggettate a un regime di autorizzazione amministrativa e alla sussistenza di idonee garanzie fideiussorie), dell'effetto di promozione dell'occupazione e del valore formativo delle «missioni». Al contrario, il complessivo impianto non disincentiva affatto il ricorso all'appalto, tanto che l'esperienza dimostra come esso è sopravvissuto senza difficoltà all'avvento della somministrazione.

La differenza della nuova previsione in tema di responsabilità, rispetto alla norma precedente, era però a tutti evidente: la solidarietà era ora regola generale che prescindeva dal concreto esame sia della tipologia delle prestazioni effettuate, sia dalle caratteristiche dell'organizzazione dell'appaltatore; ne discende che anche qualora non vi sia dubbio alcuno sulla sussistenza di una genuina operazione economica, il committente risponde comunque per il pagamento delle retribuzioni dei dipendenti della società appaltatrice.

A riguardo, invero, non basta richiamare una esigenza di tutela delle ragioni dei lavoratori per poter giustificare la situazione in certo modo paradossale in cui l'imprenditore committente si è venuto a trovare il giorno dopo la promulgazione della norma, essendo questi tenuto sia a pagare alla propria controparte contrattuale il compenso pattuito per l'opera svolta sia, ove necessario, ai lavoratori e agli istituti previdenziali un importo che viene quasi a duplicare quanto già in effetti corrisposto, atteso che il prezzo dell'appalto incorpora comunque il costo della manodopera. Non è per caso, dunque, che molti Autori hanno lamentato «un quadro in cui è totalmente pretermessa la configurazione codicistica del contratto d'appalto che postula l'autonomia delle rispettive sfere

delle imprese e, con essa, i criteri di imputazione soggettiva delle responsabilità» (19).

Le (originarie) previsioni di cui all'art. 29 si chiudono con una disposizione in tema di successione negli appalti di servizi (comma 3), che stabilisce che «l'acquisizione del personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda».

La disposizione mette mano a una questione che aveva molto impegnato la giurisprudenza nel decennio antecedente l'emanazione della legge, soprattutto in relazione al settore dei servizi generali, e di pulizia o facchinaggio in particolare, anche a fronte di previsioni negoziali del Ccnl che imponevano, in caso di successione di appalti, all'imprenditore «subentrante» di acquisire almeno una quota dei dipendenti prima operanti alle dipendenze dell'impresa «perdente».

La soluzione di una mancata generale applicazione delle norme in tema di trasferimento d'azienda imposta dal legislatore, invero, pare risolvere la questione in senso difforme non solo dagli orientamenti della Corte di Giustizia europea, ma dalla stessa giurisprudenza italiana, che ha preferito rinviare all'esame dei singoli casi, così da verificare la sussistenza di un complesso organizzato idoneo a configurarsi nei termini di cui alla nozione codicistica dell'art. 2112 cod. civ. (20).

(19) O. Mazzotta, *op. ult. cit.*, p. 239, con valutazione riferita alla situazione vigente. In questo senso si deve segnalare come con ord. del 21 gennaio 2012, il Tribunale di Sanremo ha sollevato questione di legittimità costituzionale ritenendo violate le prescrizioni della legge delega n. 30/2003, in quanto la norma introdurrebbe «in modo del tutto irragionevole un regime di responsabilità solidale a carico del committente completamente privo di limite circa il *quantum* [...] comportando *in parte qua* l'abrogazione del fondamentale principio fissato al riguardo dal citato art. 1676, ribadito dal legislatore delegante».

(20) Secondo Cass. 13 gennaio 2005, n. 493, in *Foro it.*, 2005, I, 690, con nota di A.M. Perrino nonché in *Dir. rel. ind.*, 2005, p. 828, con nota di L. Valente, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, II, p. 957, con nota di M. Rosano, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2005, p. 173, con nota di S. Muggia e di Orlando, e ancora in *Orient. giur. lav.*, 2005, I, 55, p. 269, con nota di I. Alvino, si applica l'art. 2112 cod. civ. nel caso di «successione nell'appalto di un servizio, sempre che si abbia un passaggio di beni di non trascurabile entità, ma tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa e – come affermato anche dalla sentenza della Corte di Giustizia del 7 marzo 1996, C-171/94 e C-172/94 – realizzabile anche in due fasi per effetto della intermediazione di un terzo». Per un caso in parte diverso v. la recente Corte di Giustizia Ue 6 settembre 2011, *Scattolon*, che ritiene applicabile la direttiva in caso di trasferimento di personale da un ente locale a un altro «quando detto personale

4. — *Le modifiche successive e l'attuale formulazione dell'art. 29, d.lgs. n. 276/2003* — Poco dopo la promulgazione del decreto attuativo della riforma Biagi, il d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (21), nell'ambito di una ridefinizione delle regole conseguenti a un utilizzo abusivo delle fattispecie previste dalla legge, completava le previsioni normative dell'art. 29 attraverso il riconoscimento del diritto del lavoratore a vedere riconosciuta, in caso di «violazione di quanto disposto dal comma 1», la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di chi ne ha utilizzato la prestazione, sulla base della disposizione di cui all'art. 27, comma 2, dello stesso decreto (art. 29, comma 3-*bis*), e la previsione dell'esclusione dall'area di applicazione della regola di solidarietà del committente, persona fisica, che (*scil.* in relazione all'attività oggetto di appalto) «non esercita attività di impresa o professionale» (comma 3-*ter*).

Si tratta di modifiche che appaiono orientate a dare maggiore risalto a soluzioni che potevano essere desunte dall'originario testo del d.lgs. n. 276, seppure solo in via di interpretazione sistematica, e che dunque poco innovano rispetto al quadro originario.

Una diversa ispirazione rivelano, invece, le successive modifiche che sono venute a sovrapporre, alla originaria idea di una promozione del decentramento produttivo, una prospettiva puramente funzionale, orientata a facilitare la riscossione delle imposte e dei contributi. Si è così avuta, con i commi da 28 a 34 dell'art. 35 della legge n. 248 del 4 agosto 2006 (di conversione del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, cd. decreto Bersani): una estensione della responsabilità solidale del committente

è costituito da un complesso strutturato di impiegati»; nello stesso senso, ma con soluzioni variabili in concreto, v. Trib. Milano, 25 febbraio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 2, p. 460 (negativa per i servizi di pulizia, per mancanza di sufficiente *know how*); Corte d'App. Lecce 19 gennaio 2008, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 3, p. 759, con nota di E. Barraco; Trib. Asti 27 febbraio 2007 (positiva per il servizio mensa, a fronte del trasferimento di beni di non trascurabile entità), in *Juris data Giuffrè*.

(21) M.T. Carinci, L. Imberti, *La tutela dei lavoratori negli appalti dopo il d.lgs. n. 251/2004*, in *Il «correttivo» alla legge di riforma del mercato del lavoro*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano, 2005, t. V, pp. 87 ss.; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge n. 30/2003*, Cacucci, Bari, 2006; M. Magnani, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2005; V. Speciale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, in *W.P. Csde «Massimo D'Antona»*.IT, n. 41/2006.

anche ai crediti retributivi e previdenziali vantati dai dipendenti di «ciascuno degli eventuali subappaltatori» (22); l'elevazione da uno a due anni dalla cessazione dell'appalto del termine di decadenza entro cui i dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore possono avvalersi del rafforzamento della posizione creditoria attivando la responsabilità solidale; l'ulteriore estensione della responsabilità tra le imprese coinvolte nella filiera degli appalti anche alla parte fiscale; la generalizzazione della regola a tutti i tipi di appalto (e quindi anche a quello «per opere»). La norma veniva peraltro completata dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006 (finanziaria per il 2007), che provvedeva a riscrivere l'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 nel suo comma 1.

La disciplina, aveva altresì introdotto, al comma 29, un meccanismo di controllo sulla filiera degli appalti in grado di esonerare il committente virtuoso dal regime della responsabilità, stabilendo il venir meno della responsabilità solidale quando «l'appaltatore verifica, acquisendo la relativa documentazione prima del pagamento del corrispettivo, che gli adempimenti di cui al comma 28 connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati sono stati correttamente eseguiti dal subappaltatore». E nello stesso senso, si prevedeva il diritto dell'appaltatore a «sospendere il pagamento del corrispettivo fino all'esibizione da parte del subappaltatore della predetta documentazione».

Ancora si stabiliva, al comma 30, che: «gli importi dovuti per la responsabilità solidale di cui al comma 28 non possono eccedere complessivamente l'ammontare del corrispettivo dovuto dall'appaltatore al subappaltatore», introducendo così un temperamento a una responsabilità che altrimenti avrebbe potuto estendersi anche ai rapporti di lavoratori non impegnati nell'appalto di cui era parte il committente coobbligato in via solidale.

E ancora, nella stessa direzione si introduceva, al comma 32, una norma a tutela dei rapporti interni fra i coobbligati in solido, stabilendo che «il committente provvede al pagamento del corrispettivo dovuto all'appaltatore previa esibizione da parte di quest'ultimo della docu-

(22) In questi termini, M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 119; L. Imberti, *La disciplina delle responsabilità solidali negli appalti e nei subappalti*, cit., p. 15. *Contra*, ma non si ritiene di poter condividere, P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti: dalla legge Bersani alla Finanziaria 2007*, in *W.P. C.s.lle «Massimo D'Antona»*.IT, n. 52/2007, p. 3; I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti*, cit., pp. 527 ss.

mentazione attestante che gli adempimenti di cui al comma 28 connessi con le prestazioni di lavoro dipendente concernenti l'opera, la fornitura o il servizio affidati sono stati correttamente eseguiti dall'appaltatore». Si dava così al committente la possibilità di sospendere il pagamento di quanto dovuto all'appaltatore a fronte di un inadempimento di quest'ultimo relativo all'obbligazione del versamento dei contributi. In sostanza, il significato della norma – come però detto, abrogata nel 2008 – era quello di consentire espressamente la sospensione dell'adempimento di un'obbligazione (ovvero, il pagamento del corrispettivo) assunta da una delle parti a fronte del mancato adempimento di una obbligazione che l'altra parte aveva, *ex lege*, in capo a sé, ma nei confronti di un altro soggetto, ovvero l'istituto previdenziale.

Tale disciplina tuttavia non aveva vigore immediato, in quanto al comma 34 si subordinava l'entrata in vigore delle disposizioni di cui ai commi da 28 a 33 all'adozione di un decreto interministeriale. Sennonché, il nuovo governo di centrodestra, entrato in carica prima che si completasse l'*iter* attuativo della legge, con il d.l. n. 97/2008, convertito nella legge 2 agosto 2008, n. 129, abrogava, all'art. 3, comma 8, i commi da 29 a 34 dell'art. 35 della legge Bersani (23), lasciando in piedi solo la previsione di cui al comma 28 riguardante gli adempimenti fiscali.

Peraltro, la formulazione dell'art. 29 rimaneva stabile solo per un breve periodo, così da consentire il formarsi nella giurisprudenza degli orientamenti interpretativi che più avanti meglio si esamineranno (v. par. 6 e 7).

E infatti, dopo una prima modifica operata con l'art. 21, comma 1, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 (poi convertito nella legge 4 aprile 2012, n. 35), l'art. 4, comma 31, della legge n. 92 del 2012 (cd. riforma Fornero), ha recentemente provveduto a una ultima modifica, di modo che il testo del comma 2 viene ora a racchiudere alcune previsioni simili a

(23) Dunque, al momento si registra un regime di responsabilità «asimmetrico»: dal combinato disposto dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, della versione attualmente vigente e dell'art. 35, comma 28, legge n. 248/2006, si profila una responsabilità che risale dal subappaltatore al committente per i crediti di natura retributiva e previdenziale (responsabilità, peraltro, piena, in quanto priva di alcun limite quantitativo), dove invece si registra una responsabilità che risale dal subappaltatore e si interrompe all'appaltatore per i crediti fiscali, determinando una impostazione che si sviluppa sul discutibile presupposto di una diversità tipologica tra appalto e subappalto. A riguardo, v. P. Chieco, *Lavoro e responsabilità solidale negli appalti*, cit., p. 9; L. Imberti, *Il trattamento economico e normativo*, in M.T. Carinci *et al.*, cit., p. 83.

quelle disposizioni già contenute nel decreto Bersani, e abrogate poco dopo, stabilendo, innanzi tutto, che la disciplina collettiva può derogare alla disciplina generale in tema di solidarietà dell'appalto a condizione che siano individuati «metodi e procedure di controllo e di verifica della regolarità complessiva degli appalti».

Si tratta di una disposizione che svela la finalità ultima attribuita dal legislatore alla norma, anche se finisce in questo modo per far dipendere l'attività di riscossione contributiva (nonché ogni altra decisione giurisprudenziale, in tema, ad esempio, di integrazione del contraddittorio o di condanna) dalle formule, spesso incerte, utilizzate dalle parti collettive.

La formula che disegna i confini della responsabilità solidale rimane comunque molto ampia, tanto che essa abbraccia, secondo la lettera vigente, un'ampia pluralità di ipotesi; si stabilisce, infatti, che: «In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di Trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento».

A questo iniziale periodo del comma 2 dell'art. 29, da ultimo, la recente riforma Fornero ha aggiunto il lungo passo che qui di seguito si trascrive: «Il committente imprenditore o datore di lavoro è convenuto in giudizio per il pagamento unitamente all'appaltatore e con gli eventuali ulteriori subappaltatori. Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infuttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali».

Si passerà dunque a esaminare da subito la nuova disciplina, rinviando ai paragrafi che seguono l'esame degli orientamenti giurisprudenziali formati su quella parte della norma che ha attraversato le varie modifiche rimanendo sostanzialmente invariata.

5. — *Il beneficio di escussione e i rapporti interni fra le parti* — Il primo punto da rimarcare attiene alla possibilità di un intervento della contrattazione collettiva per la previsione di regimi di esonero dalla responsabilità: in questo senso giova richiamare, ad esempio, le previsioni del contratto nazionale Assologistica del 26 gennaio 2011 che, a fronte della produzione di una serie di documenti circa il rispetto della normativa previdenziale e l'individuazione del personale addetto all'appalto, libera il committente da responsabilità solidale.

Si tratta di una soluzione che si pone in linea con la tendenza a una gestione concertata delle condizioni di lavoro, secondo quanto già previsto dall'art. 8 del d.l. n. 138 del 2011 (conv. nella legge n. 148 dello stesso anno), ma che tuttavia sconta le inevitabili incertezze di una formulazione di eventuali norme di esonero (questa volta con efficacia rivolta a tutti i creditori, e dunque anche per i contributi) affidata all'incerto lessico delle parti sociali e i rischi connessi all'indebolirsi della capacità delle organizzazioni sindacali di assicurare rappresentanza unitaria alle imprese e ai lavoratori.

In secondo luogo, si deve sottolineare il fatto che, a differenza delle più concrete e precise previsioni del decreto Bersani, il beneficio di escussione viene previsto come eccezione propriamente processuale, con una formulazione talmente analitica, quanto al momento in cui la difesa deve essere proposta, da far dubitare che il legislatore non abbia inteso ammettere l'adozione sia di cautele contrattuali, in relazione al contratto di appalto stesso là dove si regolano i pagamenti e le eccezioni opponibili fra le parti, sia successivamente, in assenza di previsioni specifiche, facendo applicazione degli ordinari criteri di buona fede e degli obblighi di protezione accessori che gravano sulle parti di un contratto in forza della solidarietà sociale, tante volte richiamata dalla nostra giurisprudenza, a integrazione del pattuito negoziale.

Nonostante l'infelice riferimento alle «prime difese», del tutto fuori luogo, peraltro, anche a mente della pluralità di azioni suscettibili di essere intentate contro il committente (si pensi a una catena di appalti e subappalti o a differenti iniziative processuali, riconducibili ai lavoratori e agli istituti previdenziali), si deve ritenere che la norma venga a consacrare non già un regime speciale, ma piuttosto la applicazione delle norme in tema di fideiussione, secondo la consolidata disciplina del codice (24).

(24) In questo senso, già sulla base della lettera previgente, v. M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta*, cit., p. 124.

Peraltro non poche perplessità suscita il richiamo alla «infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori», lasciando intendere che si assisterà al proliferare delle azioni, nella prospettiva di non lasciar trascorrere inutilmente il termine decennale di due anni per la proposizione dell'azione, con evidente rischio di ricadute negative per tutte le parti del processo, non solo sui tempi della giustizia, ma anche (e soprattutto) quanto al pagamento delle spese di lite.

6.1. — *L'area di applicazione del precetto: gli appalti pubblici* — La questione che con maggior frequenza ha interessato la giurisprudenza è quella relativa all'applicazione dell'art. 29 nei confronti degli enti e delle amministrazioni pubbliche, in conseguenza della disposizione generale di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, secondo la quale lo stesso decreto legislativo «non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale». Si tratta di un aspetto sul quale il legislatore non si è mai espresso, malgrado le numerose modifiche del testo di legge.

Mentre la soluzione che nega l'applicazione ha trovato conforto soprattutto nelle indicazioni operative degli enti previdenziali (25), numerose pronunzie dei giudici di merito hanno messo in luce come una pluralità di elementi testuali e sistematici indichino chiaramente come il precetto di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 deve applicarsi a tutti i casi di appalto, quale che sia la natura del committente.

Innanzitutto, la giurisprudenza maggioritaria (26) riconosce senz'altro l'applicazione dell'art. 29 alle pubbliche amministrazioni, ritenendo che la clausola di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 276 vada interpretata come una endiadi, e quindi nel senso di escludere l'applicazione delle norme contenute nel decreto stesso al solo «personale dipendente dalla pubblica amministrazione». In tal senso si richiamano le precise indicazioni normative della legge delega (n. 30 del 2003), che all'art. 6 consentiva di escludere «il personale delle pubbliche amministrazioni»

(25) In dottrina è comune l'opinione secondo la quale la norma di cui all'art. 29 trova applicazione anche agli appalti pubblici (come già il disposto di cui all'art. 1676: così Cass. 10 luglio 1984, n. 4051, in *Foro it.*, 1984; Pret. Torino, 12 luglio 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1994): a riguardo v. L. Imberti, *Il trattamento economico e normativo*, in M.T. Carinci, C. Cester, M.G. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), cit., pp. 67-68, e ivi ulteriori riferimenti.

(26) La prima sentenza in tal senso si deve, se non si sbaglia, a Tribunale di Milano 18 novembre 2008 – Est. Bianchini.

in relazione agli artt. da 1 a 5 della delega (art. 1, riordino servizi all'impiego; art. 2, contratti a contenuto formativo; art. 3, *part-time*; art. 4, tipologie di lavoro a chiamata, coordinato e continuativo, occasionale ecc.; art. 5, certificazione), ma non di dettare una normativa speciale riservata ai soli soggetti privati in tema di appalto.

In secondo luogo, il principio della parità di trattamento depone per un'applicazione indifferenziata, anche alla luce del fatto che la maggior parte degli appalti sono disposti da enti pubblici (27) e che non vi sarebbe ragione di limitare un siffatto precetto solo al settore privato (ammesso, peraltro, che possa poi concretamente individuarsi quale sia attualmente l'esatto perimetro di questo a fronte della sempre più frequente adozione di moduli privatistici per complessi erogatori di servizi un tempo pacificamente organizzati nella forma di enti pubblici: si pensi alle fondazioni a carattere assistenziale, sanitario, educativo ecc. frequentissime negli apparati degli enti territoriali).

A riguardo, peraltro, si deve riflettere sul fatto che, poiché il riferimento contenuto nell'art. 29 all'esercizio del potere direttivo come criterio sufficiente a connotare quell'autonoma organizzazione di impresa che costituisce elemento distintivo dell'appalto viene ad ampliare il novero delle ipotesi lecite (ricomprendendo in questo anche casi che prima sarebbero stati considerati vietati, in quanto concretantesi in mere prestazioni di manodopera), a fronte della inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276, la legittimità dell'appalto nel caso degli enti pubblici andrebbe valutata alla luce della precedente disciplina, non potendosi considerare abrogata per essi la legge n. 1369 del 1960 (disposta per l'appunto dall'art. 85, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 276), con tutte le conseguenze correlate (28).

(27) Nel senso dell'applicazione indifferenziata dell'art. 29 a tutti gli enti pubblici v. Trib. Milano 22 gennaio 2010 – Est. Mennuni –, e Trib. Busto Arsizio 29 marzo 2010, entrambe in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, n. 2, p. 534 (la prima anche in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 888, con nota di S. Varva; Trib. Milano 27 maggio 2009, *ivi*, 2009, 2, p. 483; Trib. Milano 18 novembre 2008, *ivi*, 2009, 1, p. 226; Corte d'App. Milano 7 novembre 2008, *ivi*, 2009, 2, p. 495; Trib. Pavia 29 aprile 2006, *ivi*, 2006, 2, p. 539, con nota di F. Capurro; Trib. Bologna 8 giugno 2010, in *Rgl news*, 2011, n. 1; Corte d'App. Torino 22 settembre 2009, richiamata in nota all'ultima sentenza citata; Trib. Novara 3 marzo 2011, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 2, p. 483; in senso contrario v. Trib. Brescia 15 ottobre 2010, *ivi*, 2010, 4, p. 1138.

(28) In questo senso anche L. Imberti, *op. ult. cit.*, p. 86; la contraddizione invero non pare rilevata da S. Mainardi, *D.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Law. pubbl. amm.*, 2003, 6, pp. 1069 ss., che ritiene abrogata «con efficacia *erga omnes*» la norma del 1960 e applicabile il

L'effervescenza giurisprudenziale sul punto sta a dimostrare le tensioni che si registrano su un aspetto così delicato quale l'affidamento in appalto di servizi, attesa, da una parte, una tendenza alla riduzione dei costi a carico del pubblico erario, che fa sì che troppo spesso ci si dimentichi anche di inserire nei capitolati le cd. «clausole sociali», e, dall'altra, la sempre più precaria situazione delle imprese aggiudicatrici.

In questo senso si deve rilevare come attraverso le proprie istruzioni amministrative il ministero del Lavoro abbia sempre avvertito l'applicazione del disposto dell'art. 29, d.lgs. n. 276, alle pubbliche amministrazioni, tanto da giungere alla creazione di un apposito meccanismo che ricorda il precetto di cui all'art. 1676 cod. civ. nell'ambito delle disposizioni regolamentari di esecuzione e attuazione del cd. «Codice dei contratti pubblici» (29).

L'art. 5 di tale decreto prevede un «intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva dell'esecutore e del subappaltatore», stabilendo che «in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi» l'ente pubblico appaltante, «invitato per iscritto il soggetto inadempiente a provvedervi entro i successivi quindici giorni», procede, se ritiene, a «pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'esecutore del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente».

Nello stesso senso si deve rilevare come lo stesso d.lgs. n. 163/2006 preveda una specifica disposizione anche in tema di responsabilità solidale, limitatamente però ai rapporti fra impresa appaltatrice e soggetto che opera in subappalto: il comma 6 dell'art. 118, d.lgs. citato, infatti, prevede che: «L'affidatario è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni; è, altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto». Lo stesso articolo disciplina le formalità previste ai fini del pagamento da parte

comma 1 dell'art. 29 «data la natura squisitamente definitoria della norma», ma che non si esprime sul regime della solidarietà.

(29) D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, emanato in attuazione dell'art. 5, comma 5 (v., in particolare, lett. *b* e *c*, e soprattutto *l*), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

dell'ente pubblico imponendo alle imprese aggiudicatrici di trasmettere il cd. Durc (documento unico di regolarità contributiva) all'ente appaltante, così da consentire la verifica dell'effettivo pagamento dei contributi e, ove necessario, da attivare il meccanismo sostitutivo più sopra descritto.

Pur in assenza di una norma di raccordo fra le previsioni ora esaminate e il d.lgs. n. 276/2003, la presenza di disposizioni specifiche e più recenti, sembrerebbe, invero, escludere l'applicazione della disciplina generale e più antica, seppure solo dal momento della entrata in vigore del regolamento, venendo così ad azzerare quasi ogni importanza della giurisprudenza sino a qui passata in rassegna. Se evidente appare il favore per l'erario pubblico che spinge il legislatore a tutelare l'ente appaltante avverso le (peraltro del tutto legittime) pretese dei lavoratori non pagati dell'impresa appaltatrice, tuttavia non si può mancare di rilevare come non si comprende per quale motivo anche il privato committente non possa giovare, direttamente per previsione di legge, della possibilità di procedere a un pagamento parziale e debba invece contentarsi del beneficio di escussione.

E invero sembra qui di assistere a un clamoroso rovesciamento della realtà, atteso che il soggetto privato viene gravato di una responsabilità che lo spingerà o a richiedere garanzie (bancarie, fideiussorie o di altro tipo) prima dell'affidamento dei lavori, spingendo così – in assenza di un principio di parità di trattamento – l'impresa appaltatrice a una riduzione dei costi attraverso un contenimento salariale, mentre per gli enti pubblici, per i quali viene ribadita l'applicazione delle clausole sociali di cui già all'art. 36 Stat. lav., si autorizza implicitamente l'aggiudicazione di servizi, anche a elevata rilevanza sociale (si pensi alle mense o ai servizi alla persona negli enti territoriali), anche a imprese con contesti organizzativi precari e fragili, pur a fronte della presenza di servizi e uffici preposti alla valutazione tecnica delle offerte e alla redazione, quanto più minuziosa possibile, dei capitolati (30).

6.2. — Segue: *L'area di applicazione del precetto: il contratto di trasporto* — Quanto all'applicazione della norma anche a contratti differenti dall'appalto, va preso atto che le norme protettive sono senz'altro di natura

(30) Né peraltro può sfuggire il significato «politico» che norme siffatte hanno, nella misura in cui si finisce per consentire l'aggiudicazione con ribassi così elevati da permettere poi di ricavarne quanto necessario alla corruzione dei funzionari preposti alla aggiudicazione (e delle corrispondenti organizzazioni partitiche).

eccezionale (31), e per tale motivo insuscettibili di applicazione estensiva o analogica. Ad esempio, dove altri contratti commerciali, come quello di trasporto (32), siano attuati in modo sistematico e continuativo al fine di costituire una vera e propria attività strumentale dell'impresa, e cioè di servizio (33), allora è pacifico che quelli altro non sono se non sottocategorie di quella più generale dell'appalto: in ragione di ciò, ai lavoratori «utilizzati» deve essere applicato lo statuto protettivo (34).

(31) A riguardo, L. Imberti, *Il trattamento economico e normativo*, cit., pp. 71-72, afferma che «secondo la giurisprudenza di merito, sulla base dei criteri ermeneutici di cui all'art. 12, disp. prel. cod. civ., si doveva escludere che l'art. 29, comma 2, fosse applicabile anche nell'ipotesi del subappalto [...] Considerato il carattere eccezionale della disposizione si doveva parimenti escludere anche l'applicazione di tale norma in via analogica ex art. 14, disp. prel. cod. civ.»; D. Rubino, G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., pp. 495-496: «L'articolo in esame, per la sua natura eccezionale, non è estensibile analogicamente. Quindi l'azione diretta non può essere riconosciuta ai subappaltatori [come, ad esempio, i] semplici artigiani [...] Invece anche i dipendenti del subappaltatore hanno l'azione diretta verso l'appaltatore nei limiti del debito di questi verso il subappaltatore, perché anche il subappalto è un appalto, e anche a esso si applica direttamente l'articolo in esame». In giurisprudenza, v. Cass. 19 ottobre 1954, n. 3870, in *Foro it.*, 1955, I, pp. 685 ss.

(32) Mentre, ad avviso di D. Rubino, *L'appalto*, in F. Vassalli, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino, 1954, p. 54, «dell'art. 1676 non può avvalersi una società che abbia eseguito per l'appaltatore trasporti relativi a quell'appalto».

(33) Per la giurisprudenza, v. Trib. Bergamo, 14 luglio 2011, in *Juris data on line*, dove chiaramente si evidenzia che non esiste «alcun impedimento giuridico a far uso del contratto di società per il compimento di un singolo affare complesso, inteso come attività economica destinata al raggiungimento di un unico specifico risultato mediante l'organizzazione di un apparato produttivo».

(34) Sin da principio la giurisprudenza si è, a riguardo, interrogata su come estendere le garanzie dell'appalto ad altri contratti. Tra le prime pronunzie, v. Comm. centr. imp. 22 marzo 1964, in *Riv. giur. civ. e trasp.*, 1964, pp. 177 ss.; Trib. Perugia, 27 aprile 1957, in *Rass. giur. umbra*, 1958, pp. 63 ss., secondo cui il contratto di trasporto ben può essere sussunto nella categoria superiore del contratto di appalto allorquando sulla prestazione tipica di trasporto prevale quella di servizio, in generale comportante una durata ragguardevole e la disponibilità dell'organizzazione del vettore in favore del committente; Cass. 23 luglio 1955, n. 2364, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, pp. 26 ss. Tra quelle più recenti, vale certamente la pena segnalare Trib. Milano 27 ottobre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 4, pp. 1019 ss., con nota di F. Capurro, *Sulla vis espansiva della nozione di appalto ai fini giuslavoristici*. In dottrina, v. P. Ichino, *Il lavoro subordinato*, cit., p. 53, nota 27, secondo cui: «Il contratto di trasporto può considerarsi appartenente al *genus* dell'appalto o del contratto d'opera di cui all'art. 2222, a seconda che nell'economia della prestazione abbia peso preponderante, rispettivamente, l'organizzazione aziendale o il lavoro personale del trasportatore»: v., in tal senso, M. Iannuzzi, *Del trasporto*, in *Com-*

Recentemente il ministero del Lavoro è intervenuto a dare indicazioni a riguardo, con la circolare dell'11 luglio 2012, n. 17, cercando di distinguere fra un contratto di appalto per prestazioni di trasporto dal vero e proprio contratto di trasporto. In verità, come la dottrina più accorta segnala, non sembra invero possibile identificare un criterio di distinzione fra appalto e contratto di trasporto, se non quello in ordine al servizio reso, cosicché si è affermato che «talora qualche opera o servizio, per il grande sviluppo assunto nella pratica, finisce coll'assumere spiccata individualità e autonomia sul terreno economico, cui fatalmente segue, prima o poi, un'autonomia giuridica, cioè si crea un nuovo tipo contrattuale a sé stante, a cui le regole dell'appalto si possono applicare non più direttamente, ma solo nei limiti dell'analogia. È il caso del trasporto, che concettualmente rientra senz'altro nell'appalto (appalto di servizi) [...] anche se ormai costituisce un tipo contrattuale a sé [...] In questo senso, dunque, l'appalto è un contratto-madre, fornito di una forza di proliferazione» (35).

In questa prospettiva, forse, nelle proprie istruzioni, il Ministero avrebbe fatto meglio a privilegiare il dato dell'organizzazione materiale, come pure è avvenuto (con scelta felice dal punto di vista pratico, seppure orientata alla risoluzione di un problema differente) in materia di contrasto al lavoro irregolare nell'edilizia, nella coeva circolare n. 16 del 4 luglio 2012, individuando, quindi, una volta che si ritenga impossibile l'estensione in via di analogia, come elemento distintivo ai fini della mancata applicazione della regola dell'art. 29 la proprietà del mezzo di trasporto (o comunque la riconducibilità in via esclusiva del mezzo, a fronte del frequente ricorso al *leasing* non traslativo).

7. — *I limiti della responsabilità solidale* — La giurisprudenza ha avuto modo di precisare i confini della obbligazione solidale affermando, ad esempio, l'insussistenza di responsabilità nei confronti dei dipendenti

mentario Scialoja-Branca, cit., 1970, pp. 1-5. Di particolare pregio le osservazioni di G. Musolino, *L'appalto pubblico e privato*, in P. Cendon (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza*, Torino, 2002, pp. 102-103, dove l'Autore afferma che la qualificazione contrattuale di prestazioni che prevedano una pluralità di trasporti assume una particolare rilevanza e può essere ricondotta al tipo dell'appalto laddove sia ravvisabile un risultato complessivo che superi la semplice ripetizione di singoli rapporti, sia contrassegnata da una disciplina unitaria e dall'organizzazione preventiva dei mezzi da parte del vettore. Inoltre, v. M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro*, cit., p. 160; L. Imberti, *Il trattamento economico e normativo*, cit., 78.

(35) D. Rubino, *L'appalto*, cit., p. 13.

dell'impresa subappaltatrice, qualora il subappalto sia avvenuto in violazione delle disposizioni di cui al contratto tra committente e appaltatore (36).

Si è posta questione, ma per ora solo in dottrina, se il rafforzamento del credito riguardi non solo i dipendenti dell'impresa appaltatrice, ma anche altri soggetti che comunque collaborino stabilmente con essa (come, per esempio, i lavoratori a progetto): si è soliti dare risposta positiva, in forza del fatto che l'art. 29 si riferisce solamente ai «lavoratori», ma anche per l'evidente ragione che, ove la norma non fosse così interpretata, si verificherebbe una disparità di trattamento del tutto ingiustificata.

Poiché, infine, il richiamo contenuto nella norma di legge è al trattamento retributivo, si deve ritenere che la responsabilità solidale si estenda a ogni elemento salariale, anche ulteriore rispetto ai minimi di contratto collettivo, ricomprendendo i contributi alla previdenza privata e ai fondi bilaterali, seppure limitatamente «al periodo di esecuzione del contratto di appalto».

La norma precisa ora, correggendo l'opinione espressa dal ministero del Lavoro attraverso il precedente interpellato n. 3 del 2 aprile 2010, che resta esclusa una responsabilità del committente per le sanzioni civili «di cui risponde solo il responsabile dell'inadempimento»: al contrario, nel provvedimento amministrativo ora richiamato si affermava che le sanzioni civili seguissero il regime della obbligazione principale e fossero quindi suscettibili di essere richieste al committente.

Il riferimento ora introdotto alla durata dell'appalto, correggendo la formulazione originaria che sembrava ammettere una responsabilità senza limiti, vale altresì a escludere che possa imputarsi al committente anche l'obbligazione per il pagamento delle retribuzioni conseguenti a un licenziamento illegittimo (come aveva ritenuto una pronuncia del Tribunale di Bologna), mentre resta privo di pratica e precisa soluzione il problema che attiene alla identificazione dei lavoratori quando l'impresa appaltatrice abbia contemporaneamente in atto più appalti: in genere, infatti, le norme dei capitoli impongono ai fini di sicurezza una identificazione di tutti i soggetti abilitati a introdursi sui luoghi di lavoro, ma, in assenza di una norma specifica, non è chiaro a chi spetti dare prova della circostanza e degli importi corrisposti con riferimento all'esecuzione dell'appalto stesso.

(36) Trib. Milano, Sez. lav., 25 novembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2011, 1, p. 174 (con nota di A. Premoli).

RAPPORTO DI LAVORO

I

CASSAZIONE, 16 maggio 2012, n. 7637, Sez. lav., ord. – Pres. De Renzis, Est. Di Cerbo, P.M. Servello (conf.) – F.L. (avv. Giorgi) c. Dema Costruzioni Srl (avv. Abati).
Conf. Corte d'Appello Roma 28 luglio 2009.

Assunzioni obbligatorie – Art. 18, comma 2, legge n. 68/1999 – Collocamento mirato – Esclusione dei soggetti non disabili in condizione di svantaggio sociale – Incompatibilità assoluta e oggettiva – Qualificazione professionale – Rifiuto di assunzione – Ammissibilità.

La disciplina di cui alla legge n. 68/1999 è concentrata sulla promozione dell'inserimento e dell'integrazione lavorativa delle (sole) persone disabili nel mondo del lavoro, attraverso servizi di sostegno e collocamento mirato. La legge del 1999 non comprende più tra le categorie dei beneficiari i soggetti in condizione di svantaggio sociale (vedove, profughi e orfani), che invece, nella vigenza della legge n. 482/1968, erano parificati ai soggetti invalidi. (1)

II

CASSAZIONE, 28 novembre 2011, n. 25048, Sez. lav., ord. – Pres. Nobile, Est. Balestrieri, P.M. Sepe (conf.) – B.F. (avv.ti Angelini, Mingrino, Fontanazza) c. Gino Spa (avv.ti Magrini, Valentini, Vigna).
Conf. Corte d'Appello Torino 22 luglio 2009.

Assunzioni obbligatorie – Art. 9, legge n. 68/1999 – Collocamento mirato – Presupposti dell'assunzione – Invio del prospetto informativo – Insufficienza – Necessità di una richiesta

specifica – Rifiuto di assunzione – Rilevanza in negativo della qualifica o delle mansioni – Ammissibilità.

Anche nella disciplina di cui alla legge n. 68/1999 resta presupposto indefettibile per l'insorgenza dell'obbligo di assunzione non solo il provvedimento di avviamento, ma anche la richiesta specifica di assunzione di cui all'art. 9 della legge medesima. L'invio del prospetto informativo non integra automaticamente la prevista richiesta di assunzione, salvo che essa possa essere ravvisata in una dichiarazione apposita contenuta nel prospetto. (2)

I testi delle sentenze sono pubblicati in www.edisseonline.it/riviste/rgl.

(1-2) QUANDO IL COLLOCAMENTO SBAGLIA MIRA: SULLA RISARCIBILITÀ DEL DANNO DA MANCATA ASSUNZIONE DI SOGGETTI OBBLIGATORIAMENTE AVVIATI

Il rapporto tra persone con disabilità e mondo del lavoro non è mai stato facile. A più di dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 68 del 1999, il concetto di collocamento mirato non è ancora entrato nel sentire comune, tanto più in tempi di crisi come questi, nei quali il *leit motiv* è rappresentato dalla necessità urgente di porre sotto controllo i conti pubblici e di incentivare la crescita economica anche a discapito dei diritti: basti pensare alla conferma della possibilità di richiedere la sospensione degli obblighi occupazionali in caso di ricorso alla Cassa integrazione guadagni straordinaria o a contratti di solidarietà ovvero in presenza di procedure di mobilità, nonché alla possibilità di ottemperare agli obblighi di legge a livello nazionale, portando in compensazione le quote eccedenti occupate in un'unità produttiva con quelle mancanti in altre sedi aziendali sul territorio nazionale.

Preme ricordare come tutto questo avvenga per legge in via del tutto automatica, con inevitabile «scopertura» delle aree già in crisi strutturale e di produttività fin da prima del 2009 e conseguente perdita di efficacia della normativa sul collocamento.

Sono tematiche tanto delicate da non potersi dire ancora pienamente acquisite, ed entrambe le sentenze in commento confermano questa impressione.

Nei casi di specie, i Tribunali di Roma e Cuneo accoglievano i ricorsi proposti da disabili – ai sensi e per violazione delle leggi nn. 482/68 e 68/1999 – per l'accertamento del diritto all'assunzione con qualifica diversa da quella offerta: nel primo caso, quale avente causa di deceduto per causa di lavoro e, nel secondo caso, quale soggetto obbligatoriamente avviato indipendentemente dalla sussistenza di un atto di avviamento. In entrambi i casi erano state liquidate somme a titolo di risarcimento danni, per mancata assunzione, a carico delle società datrici di lavoro. Entrambe le pronunce risultano essere state riformate in appello – su istanza

delle società originariamente convenute – con rigetto delle domande poste dalle parti ricorrenti. Ne è seguita impugnazione dinnanzi al giudice di legittimità, che ha rigettato i ricorsi proposti dalle parti.

Le due sentenze qui annotate, pur consolidando alcuni capisaldi in materia di assunzioni obbligatorie, non risultano ancora decisive nella soluzione delle problematiche più stringenti che dominano la materia.

Se può ragionevolmente dirsi consolidata l'esclusione – *ex* legge n. 68/1999 – dei non disabili in condizione di svantaggio sociale dal novero dei soggetti collocabili ai sensi della stessa legge, occorre convenire che si tratta di un avanzamento tanto importante quanto in realtà soltanto apparente, poiché, da un lato, viene confermato il potere del datore di lavoro nella scelta del soggetto da assumere alle proprie dipendenze, dall'altro, ci si limita a ribadire la restrizione della platea degli aventi diritto a opera della legge di riferimento.

In questo quadro, si corre il rischio che risolvendo un problema se ne crei nella realtà fattuale un altro, lasciando nelle mani di una parte privata un potere assoluto o quasi; questo si concreta proprio nel rifiuto di assunzione rispetto al quale non si rinviene un adeguato contropotere – necessariamente pubblico – con idonee e penetranti possibilità di controllo, che dovrebbero essere tali da far desistere da ipotesi o idee di abuso di strumenti – come il prospetto telematico – pensati al fine di semplificare l'interfaccia pubblico/privato, anche sul piano tecnologico (come previsto inizialmente dalla legge n. 133/2008 con la riscrittura del comma 6 dell'art. 9 della legge n. 68/1999, che attualmente impone l'invio telematico del prospetto informativo).

Il Ministero, in attesa dell'emanazione del decreto interministeriale previsto dalla norma (non ancora approvato, a quanto consta) e nell'ottica del procedimento già avviato per le comunicazioni obbligatorie, aveva previsto che, a partire dall'anno 2009, i datori di lavoro pubblici e privati che occupassero almeno 15 dipendenti, soggetti alle disposizioni sul collocamento obbligatorio, erano tenuti a inviare, entro il 31 gennaio 2009, in via telematica, un prospetto informativo con la situazione occupazionale ai fini dei successivi adempimenti di legge (Sul punto si v. F. Garofalo, *Riflessioni sulla legge n. 68/1999 a dieci anni dall'approvazione*, Intervento al Convegno «Quale futuro per l'inserimento lavorativo del disabile?», Genova, 11 novembre 2009).

Proprio la previsione del prospetto telematico, nonostante le finalità evidentemente semplificatorie, sembra essere un nuovo strumento di forzatura, in quanto viene spesso utilizzato a fini meramente elusivi dell'obbligo di legge, mediante l'uso di codici di riferimento volutamente generici, in modo da consentire – e in qualche modo giustificare – la successiva mancata assunzione.

Come si diceva, le sentenze in commento esprimono posizioni importanti e attese; è pur vero, però, che la giurisprudenza sia di merito, che di legittimità, continua ad affrontare e risolvere le questioni poste esclusivamente sul piano del rapporto privatistico tra datore di lavoro e soggetto avviato.

Rimane non approfondita la circostanza dell'inesistenza, non soltanto sostanziale, del rapporto di lavoro su cui si basa il ragionamento di entrambe le senten-

ze; circostanza che emerge chiaramente dall'invocata applicazione in giudizio della legge sul collocamento.

È a tutti noto che la fase di cosiddetto avviamento – quando si parla di collocamento mirato – non ha carattere bilaterale, bensì trilaterale; e in effetti i servizi di collocamento – cui la legge affida la tenuta degli elenchi e la selezione dei candidati in rapporto alle singole offerte disponibili – sono statali e gestiti concretamente dalle Province per mezzo dei Centri provinciali per l'impiego.

La rilevata trilateralità della fase iniziale del rapporto impone, quindi, di valutare concretamente la posizione delle pubbliche amministrazioni coinvolte.

Si ritiene ipotizzabile una responsabilità pubblica di tipo contrattuale sulla scorta del fatto che l'iscrizione nelle cosiddette liste è uno dei presupposti del collocamento mirato, non risultando possibile – sia pure a un esame sommario – assumere un invalido per canali diversi conservando in capo al datore di lavoro la fruibilità dei benefici connessi, per legge, a questo tipo di assunzioni.

Stabilita per questa via la configurabilità di una responsabilità pubblica nelle ipotesi di mancato e/o abortito avviamento al lavoro, se ne deve considerare la sostanziale inevitabilità, che risulta palese se la si pone in rapporto alla fragilità relativa del privato aspirante lavoratore coinvolto – suo malgrado – in quello che è un vero e proprio scontro tra giganti: il confronto tra il potere assoluto del potenziale datore di lavoro di decidere o meno per l'assunzione e la struttura ingombrante dei servizi pubblici per l'impiego (che spesso si trincerano dietro il concetto – antico ma non ancora accantonato – della sostanziale irresponsabilità della pubblica amministrazione).

Il lavoratore, infatti, finirebbe per trovarsi ipoteticamente danneggiato da scelte non sue e rispetto alle quali non gli è garantita alcuna opportunità di intervento. Si tratta di una posizione il più delle volte priva di adeguata tutela, almeno a mente delle sentenze oggetto della presente riflessione.

Continuare a sostenere la linea assunta, in questi casi, dai giudici di legittimità significherebbe affidare un potere decisorio su questioni di rilevanza pubblicistica a un privato in assenza di un contratto di lavoro, ovvero, per assurdo, affermarne l'esistenza: in entrambi i casi si tratta con tutta evidenza di conseguenze di certo non volute tanto dal legislatore, quanto dagli interpreti.

Neppure è sostenibile, però, l'ipotesi di lasciare senza tutela una posizione incolpevole e giuridicamente rilevante, che si voglia parlare di diritto, aspettativa o potenzialità: categorie rilevanti per l'individuazione e la qualificazione del tipo di tutela applicabile (Sulla differenziazione delle riportate definizioni si veda S. Assennato, *Diritto, aspettativa o potenzialità nella tutela del lavoro dei disabili*, in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 555-557).

Si tratta in queste brevi note – senza presunzione alcuna di completezza – di provare a individuare lo strumento sostanziale e processuale più idoneo a garantire una tutela che comunque non può essere negata; l'individuazione degli strumenti di tutela rappresenta, invero, il pezzo mancante per completare il «rompicapo» costruito sin qui negli oltre tredici anni di applicazione della legge n. 68/1999.

La natura essenzialmente giuridica (da intendersi qui quale sinonimo di regolato dalla legge) delle norme che regolano il rapporto interno tra pubblica amministrazione e cittadino impone a quest'ultima l'assunzione di responsabilità per i danni eventualmente arrecati e, di conseguenza, l'obbligo di risarcire lo stesso, proprio in ragione della già rilevata contrattualità dell'obbligazione sottostante.

È necessario, quindi, verificare quali e quanti siano i rimedi esperibili a fronte di un evidente inadempimento contrattuale; e quindi occorre, in primo luogo, chiedersi quale sia l'interesse primario del soggetto danneggiato: se puntare esclusivamente al risarcimento del danno, magari perché nel frattempo l'interessato avrà trovato un nuovo posto di lavoro che gli consenta di soddisfare la propria aspirazione al miglioramento e all'accrescimento professionale, ovvero, in presenza di un particolare interesse della parte per un determinato posto di lavoro, puntare a uno strumento che consenta di arrivare a occupare proprio quella posizione lavorativa in quel determinato contesto.

In quest'ottica, ci si chiede se sia applicabile nei confronti della pubblica amministrazione l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto ai sensi dell'art. 2932 cod. civ., che così recita al comma 1: «Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso».

Sebbene si tratti di un'ipotesi dibattuta, la stessa non può escludersi, ove si consideri l'orientamento – ormai consolidato anche in dottrina – secondo il quale, ove la pubblica amministrazione si renda responsabile di un inadempimento contrattuale, il privato – titolare del diritto soggettivo all'adempimento dell'accordo – potrà disporre di strumenti di attuazione in forma specifica dell'obbligo dell'amministrazione di adottare il provvedimento conforme all'accordo preso (ex art. 2932 cod. civ.) ovvero agire, a norma dell'art. 1453 cod. civ., esercitando l'azione di adempimento oppure l'azione di risoluzione (accompagnate, entrambe, da un'eventuale richiesta di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale) (Sul punto si veda F. Buffa, *Il collocamento obbligatorio dei disabili: quote di riserva e base di computo*, in www.dirittoitalia.it, anno II, numero 2, del 14 febbraio 2001).

Si consideri che con l'applicazione del riportato principio si arriverebbe a prevedere a carico dell'ente pubblico Dpl di attivarsi per trovare e proporre ai soggetti iscritti nelle liste non una, ma due o più proposte di occupazione contemporaneamente, in concorrenza e magari in gradazione l'una rispetto all'altra, oppure di fornire al soggetto ipotesi formative utili per garantire magari un'assunzione nel futuro.

Quest'ultima ipotesi si pone nel caso di negata assunzione per non corrispondenza del soggetto avviato al profilo richiesto, quale responsabilità diretta per la mancata formazione dell'avviato in rapporto alla posizione da ricoprire.

In entrambi i casi riportati, tuttavia, si ritiene che rivesta maggior interesse – per ciò che qui interessa – il testo del comma 2 dell'art. 2932 cod. civ.; questo, nel vincolare la propria applicabilità a un'offerta da porre in essere a opera del soggetto adempiente, dispone che «se si tratta di contratti che hanno per oggetto il

trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile».

Non vi è dubbio che, in entrambi i casi che ci occupano, le fattispecie siano relative a «costituzione o trasferimento di un altro diritto», quello al lavoro; ci si chiede quale sia la prestazione da adempiere e che forma debba avere – da parte dell'aspirante lavoratore malamente avviato – l'offerta da trasmettere alla Dpl di riferimento.

È agevole concludere, nonostante i dubbi sul piano formale, che l'offerta con la quale si ribadisce la disponibilità del soggetto a essere collocato al lavoro, per tramite delle liste relative alla Provincia di residenza, debba avere forma scritta e debba fare riferimento, nelle diverse ipotesi che possono farsi, tanto alla conclusione di uno specifico contratto di lavoro in precedenza negato, quanto alla mancata o carente formazione da porsi a carico dell'ente pubblico.

Nel senso e con le funzioni riportate, il richiamo all'art. 2932 cod. civ. – quantomeno in termini di strumento per la determinazione del danno risarcibile – fa riemergere la centralità della funzione del giudice, il cui intervento in questo campo potrebbe rivelarsi la chiave di volta per dare ingresso nel nostro ordinamento (in relazione sia alla pubblica amministrazione, che al privato datore di lavoro) all'istituto universalmente conosciuto nei paesi di *common law* come *punitive damages*, quale elemento da aggiungersi al risarcimento del danno diretto, da calcolarsi in termini di retribuzione mensile per tutto il periodo intercorrente tra la mancata assunzione per errato avviamento e il momento in cui il soggetto troverà una diversa occupazione equivalente.

I danni punitivi si ritiene siano l'unico strumento utile al fine di sanzionare – ovviamente ove sia provato – tanto l'abuso della normativa protezionistica, quanto la mancanza di controlli da parte dell'ente preposto, che in questo caso rivestirebbe carattere di concausa dell'abuso posto in essere dal soggetto privato.

Silvia Assennato
Avvocato in Roma

I

CASSAZIONE, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Mancino, P.M. Matera (diff.) – A.A. (avv. Cogo) c. Poste Italiane Spa (avv. Trifirò).

Cassa Corte d'Appello Milano 26 settembre 2009, n. 747.

Contratto a termine – Clausola di termine nulla – Indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Periodo di riferimento – Natura onnicomprensiva.

In caso di nullità della clausola di termine apposta al contratto di lavoro, al prestatore, unitamente alla conversione in contratto a tempo indeterminato, spetta un risarcimento forfettizzato e onnicomprensivo di ogni danno subito per effetto della nullità del termine, nel periodo che va dalla scadenza dello stesso fino alla sentenza che ne accerta la nullità e dichiara la conversione del rapporto. (1)

Altre interpretazioni, che in qualche modo riducano o eliminino il predetto carattere «onnicomprensivo» dell'indennità, ovvero ne delimitino ulteriormente il periodo di «copertura», in ragione di elementi (come la messa in mora o l'epoca della domanda) estranei alla fattispecie legale (al pari di quelle, opposte, estensive del periodo medesimo), risulterebbero in contrasto con la corretta interpretazione dell'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010. (2)

II

CORTE D'APPELLO ROMA, 2 febbraio 2012, n. 267, Sez. lav. – Pres. ed Est. Torrice – P.S. (avv. Rizzo) c. Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo).

Contratto a termine – Clausola di termine nulla – Indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Periodo di riferimento.

In caso di nullità della clausola di termine apposta al contratto di lavoro, al prestatore, unitamente alla conversione in contratto a tempo indeterminato, spetta l'indennità di cui all'art. 32 della legge n. 183/2010, che «copre» il solo periodo intercorso dalla scadenza del termine illegittimo al deposito del ricorso, mentre per il periodo successivo, quale effetto della conversione, sono dovute le retribuzioni e gli accessori. (3)

III

CORTE D'APPELLO TORINO, 20 dicembre 2011, n. 1519, Sez. lav. – Pres. Mariani, Est. Pasquarelli – O.G. Srl (avv. Mesiano) c. L.M. (avv. F.M. Romeo).

Contratto a termine – Clausola di termine nulla – Indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Periodo di riferimento.

È preferibile l'interpretazione secondo cui l'indennità forfezzata prevista dall'art. 32 della legge n. 183 del 2010 copra il periodo intercorso dalla scadenza del termine illegittimo al deposito del ricorso: momento da cui matura il diritto alle retribuzioni. (4)

IV

TRIBUNALE VELLETRI, 1° marzo 2012, Sez. lav. – Est. Russo – D.G.S. (avv. ti S. e R. Muggia) c. L.P. di C.C. (avv. Barbuscia).

Contratto a termine – Indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Interpretazione conforme alla clausola 8, par. 3 e alla clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – Si somma alle retribuzioni dovute dall'offerta delle prestazioni lavorative.

Contratto a termine – Indennizzo ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Interpretazione conforme alla clausola 8, par. 3 e alla clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – Cumulo con le retribuzioni dovute dall'offerta delle prestazioni lavorative – Detrazione dell'*aliunde perceptum* e sospensione dell'offerta di prestazioni.

Non è conforme alle clausole 8, par. 3, e 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce l'interpretazione dell'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, secondo cui, a seguito della pronuncia di nullità del termine, si configura una conversione ex nunc del rapporto di lavoro che, unita all'indennità risarcitoria, soddisferebbe il criterio di adeguatezza e dissuasività della sanzione voluto dalla direttiva citata (come invece sostenuto da Corte Cost. n. 303/2011 e Cass. n. 1411/2012); ciò in quanto, in tal modo, si realizza un significativo arretramento delle tutele economiche del lavoratore rispetto al regime previgente e, altresì, una discriminazione del lavoratore a termine rispetto a quello a tempo indeterminato. (5)

Elementi testuali e sistematici, nonché un'interpretazione conforme alle clausole 8, par. 3, e 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce, portano a ritenere che la norma contenuta nell'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 contempli un emolumento di carattere indennitario che si cumula con le retribuzioni spettanti dal momento della costituzione in mora del datore di lavoro; emolumento da cui è consentito detrarre l'aliunde perceptum poiché, nel corso della esecuzione della prestazione presso altro datore, l'offerta di prestazioni deve intendersi sospesa. (6)

I testi delle sentenze sono pubblicati in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-6) L'INDENNIZZO EX ART. 32 DEL COLLEGATO LAVORO
TRA GIURISPRUDENZA E INTERVENTI LEGISLATIVI

SOMMARIO: 1. La *quaestio* oggetto delle sentenze. — 2. Il regime previgente all'art. 32, comma 5, Collegato lavoro. — 3. L'entrata in vigore dell'art. 32, comma 5, Collegato lavoro. Cenni sulla questione di costituzionalità risolta dalla sentenza della Consulta n. 303 del 2011. — 4. La posizione della Cassazione e quella dissenziente della giurisprudenza di merito. — 5. L'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012. — 6. Cenni sulla natura della sentenza di conversione alla luce della norma di interpretazione autentica. — 7. La sentenza del Tribunale di Velletri. Possibili soluzioni: interpretazione conforme o disapplicazione della norma d'interpretazione autentica e della norma interpretata. Questione di costituzionalità.

1. — *La quaestio oggetto delle sentenze* — La questione all'esame dei giudici riguarda l'individuazione delle conseguenze economiche dell'accertata nullità della clausola di termine apposta al contratto di lavoro a tempo determinato.

Con la legge 4 novembre 2010, n. 183 (cd. Collegato lavoro) (1), sono state introdotte due importanti novità in materia di contratto a tempo determinato: da un lato, il regime di decadenze con l'introduzione di una forte limitazione al diritto di azione del lavoratore di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 32 della legge n. 183/2010 (2);

(1) È doveroso segnalare che la situazione è precipitata in senso sfavorevole alla parte debole del rapporto di lavoro con la riforma Fornero (legge n. 92 del 2012), che ha novellato l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 introducendo, con il nuovo comma 1-*bis*, una ipotesi *acausale* per il primo contratto a termine che può avere durata di ben dodici mesi.

(2) Sul punto rimando al mio scritto *Impugnativa del licenziamento e regime delle decadenze*, in *Lav. giur.*, 2012, 4, pp. 344 ss.; cfr. O. Mazzotta, *Poteri del datore di lavoro, certificazione e controllo del giudice*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro dopo il «Collegato»*, Montecastrilli, 2011, p. 7; G. Cannella, *Tutela giudiziaria ed estensione delle ipotesi di decadenza*, in Aa.Vv., *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 2011, p. 113; A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: la legge n. 183 del 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, pp. 212 ss.; per analoghe considerazioni, cfr. E. Boghetich, *Tutele dei diritti del lavoratore e nuovi termini di decadenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, pp. 68

d'altro lato, l'introduzione di una limitazione del costo aziendale della dichiarazione di nullità del termine mediante la previsione, con i commi 5 e 6 dell'art. 32 citato, di una soglia massima invalicabile commisurata a un numero prestabilito di mensilità (3).

La questione di cui ci si occupa riguarda quest'ultima innovazione, giacché la legge n. 183/2010 all'art. 32, comma 5, ha previsto il cd. «risarcimento del lavoratore» quale conseguenza della conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato stabilendo che: «Nei casi di conversione del contratto a tempo determinato, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nella legge 15 luglio 1966, n. 604, art. 8».

Nel comma 6 della medesima disposizione è stata prevista un'ulteriore riduzione qualora ci si trovi in presenza di contratti ovvero accordi collettivi nazionali, territoriali o aziendali che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito di specifiche graduatorie; in questa ipotesi il limite massimo dell'indennità, fissato in dodici mensilità, è ridotto alla metà.

In sostanza il malcelato intento di limitare i pesi economici aziendali sono finalizzati a salvaguardare la posizione del datore di lavoro il quale non solo ha apposto una clausola di termine nulla al contratto di lavoro del prestatore, violando, quindi, le disposizioni in tema di lavoro a termine, ma, altresì, dopo che questi abbia contestato la validità della clausola e si sia messo a disposizione per riprendere servizio, sul presupposto che il rapporto doveva ritenersi a tempo indeterminato sin dall'origine, rifiuta la prestazione del lavoratore facendone perdere definitivamente la possibilità di esecuzione.

Ebbene la condotta del datore di lavoro, che – come si è visto – risulta doppiamente illegittima, è stata ritenuta meritevole di protezione mediante una limitazione degli effetti economici da essa derivanti.

2. — *Il regime previgente all'art. 32, comma 5, Collegato lavoro* — Sino all'entrata in vigore dell'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010, il regime applicato nei casi di nullità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro a tempo determinato era quello di diritto comune.

Infatti, non applicandosi la tutela reale di cui alla legge n. 300 del 1970, articolo

ss; Si veda il volume collettaneo a cura di F. Amato e S. Mattone, Aa.Vv., *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 2011. Si aggiunga che con l'intervento della legge n. 92 del 2012, la modifica dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 che ha previsto la riduzione del termine di 270 a 180 giorni si estende a tutte le fattispecie previste dall'art. 32, commi 3 e 4, del Collegato lavoro a eccezione della fattispecie relativa al contratto a tempo determinato, che gode di un regime speciale.

(3) L. Menghini, *Commento all'art. 2097. Il lavoro a termine*, in corso di pubblicazione in A. Vallebona (a cura di), *Commentario al Codice Civile*, diretto da E. Gabrielli, Utet, Torino.

18, secondo un orientamento consolidato nella giurisprudenza di legittimità (4) il comportamento del datore non incideva sulla continuità del rapporto, che rimaneva idoneo alla produzione dei propri effetti.

In effetti, l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 espressamente prevede che l'apposizione di un il termine in violazione della stessa legge «è priva di effetto».

Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, però, sebbene ci si trovasse al cospetto di un contratto a prestazioni corrispettive, non sorgeva il diritto del lavoratore alla corresponsione delle retribuzioni che sarebbero maturate dall'inizio del periodo di inattività, ma solo il diritto al risarcimento del danno, da determinarsi in base alle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, occorrendo tuttavia che il lavoratore non avesse tenuto una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto e avesse messo a disposizione della controparte le proprie prestazioni lavorative (5).

Tale orientamento maggioritario non è, però, esente da fondate critiche (6), giacché il datore di lavoro, di fronte a un'offerta di prestazioni da parte del prestatore di lavoro, è creditore della prestazione lavorativa che, però, a causa del suo rifiuto di accettarne l'esecuzione diviene impossibile.

Ciò non lo esonera dall'obbligo di eseguire, a sua volta, la corrispettiva prestazione pecuniaria non potendo invocare l'effetto liberatorio di cui all'art. 1463 cod. civ., restando a suo carico l'impossibilità della prestazione sopravvenuta per causa non imputabile al debitore come prescritto dall'art. 1207, comma 1, cod. civ.

Sulla base di tale considerazione, però, non può giungersi a ritenere che l'effetto della mora del datore di lavoro, creditore della prestazione lavorativa divenuta impossibile, sia il risarcimento del danno, giacché in applicazione del citato art. 1207, comma 1, cod. civ., egli è tenuto all'adempimento della sua prestazione (pagamento della retribuzione).

È opportuno sottolineare che il diritto alla retribuzione non sorge in presenza della prestazione lavorativa, giacché, com'è stato ricordato, ai sensi degli artt. 1372 e 1453 cod. civ., non è dalla esecuzione della prestazione di una parte che deriva il suo diritto alla controprestazione: è il contratto a creare le rispettive obbligazioni (tra le quali, per il datore di lavoro, quella retributiva), da cui deriva il potere per le parti di pretenderne l'adempimento (7).

(4) Cass., Ss.Uu., 8 ottobre 2002, n. 14381, in *Guida lav.*, 2002, n. 43, p. 12, con nota di M. Papaleoni.

(5) Cass., Ss.Uu., 8 ottobre 2002, n. 1438, cit.; Cass. 18 febbraio 2003, n. 2392; Cass. 18 maggio 2006, n. 11670; Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, ord., in q. *Riv.*, 2011, II, p. 24.

(6) F.M. Giorgi, *I giudici di merito si discostano dalla Corte Costituzionale sull'indennità ex art. 32 del Collegato lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, pp. 699 ss.

(7) Così *ibidem*, Trib. Velletri 1° marzo 2012, inedita, nella quale si sottolinea che l'opinione che si attesta sulla natura risarcitoria si fonda su una lettura parziale ed errata della sentenza della Corte di Cassazione, Ss.Uu., n. 14381/2002, nella quale si afferma in modo compiuto che la retribuzione non spetta sinché non vi sia l'offerta di prestazioni e, inoltre, che sussiste la «regola generale di effettività e corrispettività delle prestazioni nel rapporto di lavoro, da cui deriva che al di fuori di espresse deroghe legali o contrattuali la retribuizio-

Il risarcimento del danno patito dal lavoratore è una conseguenza ulteriore della condotta inadempiente del datore di lavoro, giacché, come previsto dall'art. 1453 cod. civ., il contraente in mora (nella specie il datore di lavoro) può subire una richiesta di adempimento della prestazione dovuta (nella specie la retribuzione) «salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno», come anche precisato dall'art. 1207, comma 2, cod. civ., ove si dispone che «il creditore è pure tenuto a risarcire i danni».

D'altro canto, la ragione pratica posta al fondamento dell'orientamento di legittimità risiedeva nella considerazione che se al lavoratore fosse assegnata la retribuzione per il periodo dall'offerta di prestazioni sino alla riammissione in servizio non si sarebbe potuto fare applicazione dell'istituto dell'*aliunde perceptum*, che, trovando fondamento nell'art. 1227 cod. civ., poteva essere applicato solo ove le somme fossero state imputate a titolo di risarcimento del danno.

Tale conclusione però è un rimedio peggiore del male che voleva riparare, giacché divenuto foriero di equivoci e inesattezze. Sarebbe bastato considerare che la nozione di *aliunde perceptum* tradizionalmente collegata al risarcimento del danno può essere invocata anche in tema di compensi spettanti a titolo retributivo giacché, sebbene l'offerta di prestazioni si deve ritenere permanente e, quindi, efficace sino alla revoca, in occasione di un successivo rapporto con altro soggetto si verifica una sospensione dell'offerta della prestazione lavorativa con conseguente cessazione del diritto alla percezione del trattamento retributivo (8).

3. — *L'entrata in vigore dell'art. 32, comma 5, Collegato lavoro. Cenni sulla questione di costituzionalità risolta dalla sentenza della Consulta n. 303 del 2011* — Se il regime delle conseguenze economiche precedente all'intervento di cui all'art. 32, comma 5, della legge n. 183 del 2010 prevedeva, quindi, il risarcimento del danno integrale per il periodo dalla costituzione in mora del datore di lavoro sino alla riammissione in servizio, le cose cambiano con il Collegato lavoro.

Come si è sopra ricordato, la disposizione introduce il cd. «risarcimento del lavoratore» con l'utilizzo di «un'indennità onnicomprensiva».

Sulla base di tali previsioni si sono divise immediatamente il campo due posizioni ovvero: 1) l'«indennità onnicomprensiva» di cui al comma 5 dell'art. 32 si sostituisce al risarcimento del danno spettante nel regime precedente (9), 2) il «risarcimento del lavoratore» costituisce una penale sanzionatoria connessa all'accertamento dell'illegittimità del termine che si aggiunge al diritto del lavora-

ne spetta soltanto se la prestazione di lavoro viene eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora credendi* nei confronti del dipendente», con richiami a Cass. nn. 17551/10, 21763/10, 21815/10.

(8) In tale senso Trib. Velletri 1° marzo 2012, cit.

(9) Cfr., fra gli altri, R. Cosio, *La violazione della normativa sul contratto a termine: le nuove sanzioni previste nel collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 427 ss; G. Ianniruberto, *Il contratto a termine dopo la legge 4 novembre 2010, n. 183*, *ivi*, 2011, pp. 17 ss.; F.M. Putaturo Donati, *Conversione del contratto a termine e forfezzazione del risarcimento*, *ivi*, 2011, pp. 24 ss.; A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: la legge n. 183 del 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, pp. 212 ss.

tore di percepire le retribuzioni perdute qualora abbia messo in mora il datore di lavoro (10).

Alla luce di tali orientamenti, la giurisprudenza ha colto l'occasione per sottoporre al vaglio di costituzionalità la disposizione rimettendo i commi 5-7 dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010 alla Corte Costituzionale con due ordinanze di rinvio sia da parte della Corte di Cassazione (11) che di un giudice di merito (12).

Limitando le questioni sottoposte al vaglio della Consulta a quelle pertinenti al tema oggetto del presente scritto, si rileva che la Corte di Cassazione rimetteva alla Corte Costituzionale la questione di legittimità dell'art. 32 della legge n. 183 del 2010, nella parte in cui questo fissa un'indennità onnicomprensiva a titolo di risarcimento per i dipendenti in una misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Notava che la liquidazione di una somma eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno avrebbe potuto indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo, oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica; né sarebbe stato risarcito il danno derivante da una sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, causata dal rifiuto del datore.

Il Tribunale di Trani riteneva che l'art. 32 della legge n. 183/2010, omettendo di dare rilevanza alle lungaggini processuali e contenendo ingiustificatamente l'importo risarcibile, avrebbe finito per farne pagare il costo solo all'incolpevole lavoratore, nonostante che questi non potesse porre in essere comportamenti virtuosi, tesi cioè a limitare l'entità del danno risarcibile, inoltre sottolineava che la forfetizzazione del risarcimento aveva come presupposto implicito il fatto che il mantenimento del diritto alla conversione del rapporto di lavoro fosse, dopotutto, già sufficiente a ripagarlo della perdita del diritto alla retribuzione e di quello alla ricostituzione previdenziale del rapporto, con conseguente violazione dell'art. 3 Cost. non solo per l'irragionevolezza, ma anche per la discriminazione provocata tra lavoratori e lavoratori, in presenza di situazioni comparabili.

La Corte Costituzionale con la sentenza 11 novembre 2011, n. 303, ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5, 6 e 7, della legge 4 novembre 2010, n. 183. Il giudice delle leggi, affermando il principio (13) secondo cui la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costi-

(10) B. Cossu, F.M. Giorgi, *Novità in tema di conseguenze della «conversione» del contratto a tempo determinato*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 896; F. Buffa, *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria*, Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario e del Ruolo, Relazione tematica, 8 gennaio 2011, pp. 30 ss. Non si dà conto della minoritaria terza ipotesi (spazzata via dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 303/11), secondo cui l'indennità avrebbe avuto la funzione di sostituire anche la conversione.

(11) Cass. 28 gennaio 2011, n. 2112, cit.

(12) Trib. Trani 20 dicembre 2010, in *q. Riv.*, 2011, II, p. 43.

(13) Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, par. 3.3.1, cpv. 14.

tuzionale (14) purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (15), ha considerato che la norma scrutinata non si limita a forfetizzare il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine, ma, innanzitutto, assicura a quest'ultimo l'instaurazione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato (16), sicché la disposizione di cui all'art. 32, comma 5, dev'essere correttamente letta nel senso che la previsione della condanna al risarcimento del danno in favore del lavoratore dev'essere intesa come aggiuntiva e non sostitutiva della conversione (17).

La Corte Costituzionale ha fornito una lettura dell'*indennità onnicomprensiva* ritenendo che essa forfetizza il risarcimento del danno dovuto al lavoratore illegittimamente assunto a termine (18), e siccome essa è dovuta in ogni caso, «al limite anche in mancanza di danno, per avere il lavoratore prontamente reperito un'altra occupazione», l'indennità onnicomprensiva assume «una chiara valenza sanzionatoria» (19). La Corte ha offerto ulteriori elementi a supporto della tesi sanzionatoria dell'indennità ritenendo che si tratti di un'«indennità che [...] è dovuta sempre e comunque, senza necessità né dell'offerta della prestazione, né di oneri probatori di sorta» (20).

Infine, per quel che attiene al tema in esame, la Corte Costituzionale fornisce una perentoria indicazione in ordine al periodo cui si riferisce l'indennità in parola.

Sul punto occorre ricordare che il Tribunale di Napoli (21) aveva osservato che la disposizione non indica quale periodo di tempo l'indennità copra; infatti, se è certo il *dies a quo* (ovvero l'interruzione del rapporto), non è indicato in alcun modo il *dies ad quem*, ovvero la data finale «coperta» dalla indennità risarcitoria. Il Tribunale esprimeva correttamente le possibili opzioni individuando i seguenti momenti: 1) l'impugnativa stragiudiziale del termine apposto al contratto; 2) la proposizione del ricorso giudiziale; 3) la data della pronuncia di I grado; 4) la data della pronuncia di appello; 5) la data di passaggio in giudicato della sentenza; 6) la prima sentenza che riattiva il sinallagma, di qual grado essa sia; 7) la data di esecuzione della sentenza. Tra tali ipotesi, il Tribunale preferiva il momento del deposito del ricorso di primo grado con varie argomentazioni ma, in particolare, ricordando che il lavoratore ha uno specifico obbligo di allegazione e prova (art. 414 cod. proc. civ.) degli elementi di cui tener conto nella determinazione della indennità risarcitoria (quelli di cui all'art. 8 della legge n. 604/66), sicché, considerato che il limite temporale alle allegazioni è costituito dalla data di deposito del ricorso, la indennità risarcitoria non potrebbe che riguardare tale periodo, considerato che le parti devono poter argomentare anche sulla misura della stessa (e questa nel corso

(14) Richiamando Corte Cost. n. 148 del 1999.

(15) Richiamando Corte Cost. n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991.

(16) Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, par. 3.3.1, cpv. 4.

(17) Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, par. 3.3.1, cpv. 6.

(18) Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, par. 3.3.1, cpv. 4 e 9.

(19) Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, par. 3.3.1, cpv. 14.

(20) Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, par. 3.3.1, cpv. 17.

(21) Trib. Napoli, sentenze nn. 18261 e 18262 del 16 giugno 2011, richiamate nella sentenza 16 novembre 2011 in <http://www.diritto24.ilssole24ore.com>.

del processo muta necessariamente, cambiando dimensione dell'impresa, comportamento e condizioni delle parti), apparendo giocoforza evidente che non esiste altra interpretazione possibile (22).

La Corte Costituzionale con *obiter dictum* ha affermato apoditticamente che l'indennità «... copre soltanto il periodo cosiddetto "intermedio" [...] dalla scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto» (23), giacché solo «a partire dalla sentenza [...] il datore di lavoro [è] obbligato a riammettere in servizio il lavoratore e a corrispondergli, in ogni caso, le retribuzioni dovute, anche in ipotesi di mancata riammissione effettiva» (24).

4. — *La posizione della Cassazione e quella dissenziente della giurisprudenza di merito* — La Suprema Corte di Cassazione, applicando immediatamente la norma sull'*indennità omnicomprensiva*, in virtù del disposto di cui al comma 7 del medesimo art. 32 in commento, ha acriticamente aderito alla posizione della Corte Costituzionale ripetendo pedissequamente lo stesso passo sopra riportato senza aggiungere argomenti persuasivi a sostegno della scelta del *dies ad quem* cui ancorare il termine del periodo coperto dall'indennizzo.

In effetti, la giurisprudenza di legittimità, con varie sentenze, ma, in particolare con quella in commento, ha affermato che la norma in oggetto realizzerebbe un equilibrato componimento dei contrapposti interessi, garantendo al lavoratore la conversione a tempo indeterminato unitamente a un'indennità che gli è dovuta sempre e comunque, e al datore di lavoro la predeterminazione del risarcimento del danno dovuto per il periodo che intercorre dalla data d'interruzione del rapporto fino a quella dell'accertamento giudiziale del diritto del lavoratore al riconoscimento della durata indeterminata di esso.

(22) Il Tribunale di Napoli aggiunge che «detta interpretazione è imposta dagli artt. 11 e 117 della Costituzione, e 414 cod. proc. civ., principi in materia di abuso del processo, dagli obblighi di appartenenza dell'Italia alla Ue [in particolare, da un lato, effettività e dissuasività della indennità in parola, tale da garantire la piena effettività di dette misure preventive (sentenza *Kiriaki Angelidaki*, punto 161, e v., in tal senso, sentenze *Adeneler e a.*, punto 105; *Marrosu e Sardino*, punto 49, e *Vassallo*, punto 34, nonché ordinanza *Vassilakis e a.*, cit., punto 123) e, dall'altro, la sua probabile inidoneità a eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario (sentenza *Kiriaki Angelidaki*, punto 170)». Le argomentazioni con cui vengono escluse le altre opzioni sono: le ipotesi *sub* 4 e 5 incentivano il datore di lavoro in torto alla proposizione di ulteriori gradi di giudizio a costo zero, magari ricercando un accordo sindacale (cfr. comma 6) che gli consenta l'abbattimento/dimezzamento della indennità. Non è possibile ancorare il *dies ad quem* alla riattivazione del sinallagma contrattuale, considerato che si tratta di obbligo scarsamente coercibile e che non è applicabile la misura coercitiva indiretta di cui all'art. 614-bis cod. proc. civ. Non si può ancorare il *dies ad quem* alla data della pronuncia di primo grado, perché si addosserebbe alla parte che ha ragione la durata del processo, con palese violazione dei principi in materia di giusto processo. Ancora ritenere che l'indennità in esame copra il periodo fino alla prima pronuncia che riattiva il sinallagma, di qual grado essa sia, significa addossare gli effetti di un *error in iudicando* alla parte che ha ragione.

(23) Par. 3.3.1, cpv. 9, della sentenza n. 303, cit.

(24) Par. 3.3.1, cpv. 10, della sentenza n. 303, cit.

Ma, per escludere la contraddittorietà della scelta di ancorare il *dies ad quem* alla pronuncia che riattiva il sinallagma di qual grado essa sia, addossando gli effetti di un *error in iudicando* alla parte che ha ragione (il lavoratore) la Suprema Corte si limita a richiamare il dubbio passo della sentenza della Corte Costituzionale secondo cui la durata del processo costituirebbe un inconveniente solo eventuale e di mero fatto, che non dipende da una sperequazione voluta dalla legge, ma da situazioni occasionali e talora patologiche giacché, il processo sarebbe neutro rispetto alla tutela offerta (25).

Sulla base di tali affermazioni, la sentenza di legittimità in commento si spinge sino ad affermare che altre interpretazioni che delimitino ulteriormente il periodo di «copertura», in ragione di elementi (come la messa in mora o l'epoca della domanda) estranei alla fattispecie legale risulterebbero in contrasto con la corretta interpretazione dell'art. 32, comma 5, legge n. 183 del 2010.

Ma la Cassazione, in questo caso, non si premura di spiegare per quale ragione la messa in mora o, in particolare, la domanda giudiziale sarebbero elementi estranei alla fattispecie dell'indennità omnicomprensiva.

Su tutt'altra posizione si collocano, invece le sentenze della Corte d'Appello di Roma e di Torino, secondo cui, invece, il periodo di copertura dell'*indennità omnicomprensiva* termina con il deposito del ricorso di primo grado: momento dal quale ricomincia a decorrere il diritto alla normale retribuzione.

La Corte d'Appello di Roma elimina il primo ostacolo a tale ricostruzione ricordando che la sentenza che «converte» il rapporto da tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato non ha natura costitutiva giacché, il rapporto a tempo indeterminato non decorre dalla sentenza, ma, per effetto della conversione, dall'inizio del rapporto a termine. Trattandosi, quindi, di sentenza dichiarativa, non vi sono ostacoli di natura giuridica che impediscano di far decorrere l'obbligo retributivo conseguente alla conversione dalla sentenza da un momento a essa precedente.

La Corte d'Appello di Torino, analogamente, evidenzia come la soluzione adottata dalla Corte Costituzionale prefigurerebbe «un'inedita fattispecie di nullità *ex nunc*: pur muovendo dal presupposto che la sentenza “accerta la nullità” del termine e opera la conversione del rapporto, la sentenza n. 303/2011 fa decorrere l'obbligo retributivo conseguente alla conversione solo dalla data della sentenza, che assumerebbe così natura costitutiva, divenendo fonte autonoma di un nuovo rapporto giuridico che non può produrre i suoi effetti prima della pronuncia del giudice».

Entrambe le sentenze criticano le affermazioni della Consulta secondo cui le preoccupazioni relative alla durata del processo sarebbero «inconvenienti solo eventuali e di mero fatto», giacché, come ricordato dalla Corte d'Appello di Torino, sussiste nel nostro ordinamento un principio fondamentale «... – di matrice chiovendiana, ma ormai desumibile anche dall'art. 111 Cost. – secondo cui la durata del processo non può produrre effetti negativi per chi agisce e vince la causa»,

(25) Par. 3.3.3, cpv. 2, della sentenza n. 303, cit.

e, come affermato dalla Corte d'Appello di Roma, «l'interpretazione deve essere compatibile con l'art. 111 Cost. e con la regola generale secondo cui la durata del processo non può produrre effetti negativi per chi agisce e vince la causa».

La tesi secondo cui l'indennità coprirebbe tutto il periodo fino alla sentenza appare alle Corti di merito in contrasto con questi principi e, siccome la sentenza della Corte Costituzionale non vincola l'interprete, trattandosi di sentenza interpretativa di rigetto, esse ritengono preferibile l'interpretazione in base alla quale l'indennità copre il periodo fino al deposito del ricorso introduttivo, e da quella data spettano al lavoratore le retribuzioni maturate per effetto della conversione del rapporto.

Tale interpretazione appare maggiormente coerente con i principi generali del nostro ordinamento processuale e in linea con l'art. 111 Cost., secondo cui dev'essere consentito alla parte che ha ragione di ottenere una tutela ripristinatoria analoga a quella che avrebbe ottenuto ove avesse avuto ragione nel momento della proposizione del giudizio (26).

Naturalmente le posizioni della Corte d'Appello di Roma e di Torino presuppongono che l'indennità *omnicomprensiva* prevista dall'art. 32, comma 5, cit., sia un indennizzo che copre ogni pregiudizio, anche retributivo, patito dal ricorrente, discostandosi dalla tesi cd. aggiuntiva sopra ricordata secondo cui, invece, il *risarcimento del lavoratore* sia solo una delle conseguenze economiche dell'accertamento della nullità della clausola di termine, giacché a esso deve aggiungersi il normale decorso della retribuzione dal momento della offerta di prestazioni in virtù delle argomentazioni *ex artt.* 1453 e 1207 cod. civ. espote sopra.

5. — *L'art. 1, comma 13, della legge n. 92 del 2012* — Con l'art. 1, comma 13, della legge n. 92/2012 è stata introdotta una disposizione di interpretazione autentica del seguente tenore: «La disposizione di cui al comma 5 dell'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, si interpreta nel senso che l'indennità ivi prevista ristora

(26) La Corte d'Appello di Roma aggiunge anche che «la diversa interpretazione non convince neppure sul piano letterale. [...], il lavoratore solo con il ricorso di primo grado potrà dedurre e proporre istanze istruttorie e il convenuto lo potrà fare solo con la comparsa di costituzione. Ne consegue che i criteri di cui all'art. 8 vanno valutati con riguardo alle condizioni esistenti al momento del deposito del ricorso (ad esempio, dimensioni dell'azienda e numero dei dipendenti in quel momento), anche perché solo con il ricorso può essere individuato il *petitum* specifico, e cioè il numero di mensilità richieste a titolo indennitario, e occorre quindi far riferimento alle condizioni esistenti al momento del deposito del ricorso. [...] Tale interpretazione consente anche di dare coerenza al profilo degli accessori. Se si ritenesse, infatti, che l'indennità copre tutto il periodo fino alla sentenza, ne conseguirebbe logicamente che non sarebbero dovuti interessi e rivalutazione sull'indennità, o comunque sarebbero dovuti solo con decorrenza dalla stessa sentenza fino al pagamento. Ne conseguirebbe che il tempo di durata del processo sarebbe a danno del lavoratore con conseguente ulteriore riduzione del valore dell'indennità in modo inversamente proporzionale alla durata stessa. Con l'interpretazione qui sostenuta, invece, gli accessori sarebbero dovuti dal deposito del ricorso, perché sarebbe quello il momento a cui i criteri si riferiscono».

per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

La disposizione entra «a gamba tesa» (27) sul contrasto in corso tentando di eliminare definitivamente ogni dubbio in ordine alla corretta interpretazione della disposizione in esame, precisando: 1) che l'indennità ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore *comprese le conseguenze retributive e contributive*; 2) che il periodo da essa coperto va dalla scadenza del termine all'*ordine di ricostituzione* del rapporto.

Con tecnica discutibile prenderebbe vita – *per legge* – un'inedita sentenza costitutiva con effetti anticipati (28).

Inoltre è rilevante osservare il perimetro di copertura dell'indennità, giacché la soluzione introdotta dalla legge Fornero colpisce duramente la tesi *cd. aggiuntiva* in quanto l'indennizzo comprenderebbe ogni pregiudizio anche retributivo e contributivo.

Ma tant'è: se il legislatore così vuole, così deve essere, e gli interpreti ne devono prendere atto, restando loro di valutare la compatibilità della disposizione autenticamente interpretata con il sistema, con la Costituzione e con il diritto dell'Unione.

6. — *Cenni sulla natura della sentenza di conversione alla luce della norma di interpretazione autentica* — Prima di esaminare la contrarietà della disposizione alle clausole dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 70/1999/Ce è opportuno qualche cenno circa la natura della sentenza di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato in presenza di clausola di termine nulla.

La giurisprudenza di merito qui commentata ricordava che, configurandosi nella specie una nullità parziale del negozio ne consegue il relativo accertamento della permanenza del vincolo contrattuale. Sicché la natura della sentenza che «converte» il rapporto da tempo determinato in rapporto a tempo indeterminato sin dall'origine non doveva essere costitutiva, poiché il rapporto a tempo indeterminato non decorre dalla sentenza, ma, per effetto della conversione, dall'inizio del rapporto a termine.

Si trattava, quindi, di una sentenza dichiarativa, che accertava la natura del rapporto con effetto *ex tunc* a seguito della dichiarazione di nullità del termine provvedendo, in applicazione degli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ., a sostituire di diritto la clausola nulla.

La norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 13, della

(27) Ovvero, come si vedrà, in violazione dell'art. 6 della Cedu, cercando di orientare l'esito delle controversie in corso.

(28) Evocandosi la fattispecie di nullità *ex nunc* paventata dalla Corte d'Appello di Torino in commento.

legge n. 92/2012 definisce la sentenza come «provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro».

Con la testuale previsione di un *ordine* di ricostituzione, la norma evoca l'art. 2908 cod. civ., ovvero la natura costitutiva della sentenza i cui effetti – in via generale – sono irretroattivi e operano *ex nunc*, dal momento in cui la sentenza che li accerta e li attua abbia acquisito l'autorità della cosa giudicata.

Nonostante ciò si deve ricordare che la produzione degli effetti della sentenza costitutiva può essere anticipata a un momento anteriore, ove, come nel caso in esame, vi sia una specifica norma che lo consenta espressamente (29).

In effetti, con l'espressione «ricostituzione», e non «costituzione», del rapporto il legislatore ha ribadito che il rapporto risorge *ex tunc*, con la conseguenza che permane il vincolo contrattuale sin dall'inizio del rapporto, giacché ricostituito dal giudice.

In conclusione non sembra a chi scrive che questo mutamento possa inficiare la tesi secondo cui spetterebbero al prestatore di lavoro la retribuzione e la contribuzione perduta a seguito della costituzione in mora del datore di lavoro, giacché l'elemento decisivo per la validità della tesi propugnata permane.

Infatti, il vincolo contrattuale, la cui persistenza in passato veniva accertata dal giudice, oggi viene da questi ricostituito, sicché nulla cambia in quanto esso sussiste *ex tunc* sin dall'origine.

7. — *La sentenza del Tribunale di Velletri Possibili soluzioni: interpretazione conforme o disapplicazione della norma d'interpretazione autentica e della norma interpretata. Questione di costituzionalità* — Diversa, invece è la questione del perimetro di copertura dell'indennità, che comprenderebbe ogni pregiudizio anche retributivo e contributivo collocando la disposizione in contrasto con disposizioni Ue e costituzionali.

La disposizione di cui all'art. 1, comma 13, sopra citato, si autoqualifica di interpretazione autentica e, dunque, spiega efficacia retroattiva.

Ebbene, come chiarito dalla giurisprudenza, affinché una norma possa dirsi di interpretazione autentica non è sufficiente che si sia in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali e che la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore.

Occorre anche che siano rispettati una serie di limiti generali all'efficacia retroattiva delle leggi, che attengono alla salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi: il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che ridonda nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento ma soprattutto, per quel che concerne il caso in esame, nella tutela dell'affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connotato

(29) Cfr., ad. es., l'art. 421 cod. civ. che – a differenza dell'art. 431, comma 1, cod. civ. – anticipa gli effetti della sentenza costitutiva ad un momento anteriore rispetto al passaggio in giudicato della pronuncia. Analogamente si vedano gli artt. 730 e 731 cod. proc. civ..

allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell'ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario (30).

Viene quindi in evidenza un palese dubbio di costituzionalità, giacché, come chiarito dal giudice delle leggi, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che il principio della preminenza del diritto e il concetto di processo equo, sanciti dall'art. 6 della Convenzione, ostano, salvo che per imperative ragioni di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia, al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia (31).

Nel caso in esame non è dato ravvisare quali sarebbero *i motivi imperativi d'interesse generale*, idonei a giustificare l'effetto retroattivo, giacché, come esplicitamente ricordato in dottrina, la funzione della norma consiste esclusivamente nell'introduzione di una limitazione del costo aziendale della dichiarazione di nullità del termine mediante la previsione di una soglia massima invalicabile (32).

Sicché risulta violato il parametro costituito dall'art. 117, comma 1, Cost., in relazione all'art. 6 della Convenzione europea, come interpretato dalla Corte di Strasburgo.

Ma anche a voler ritenere che la norma d'interpretazione autentica sia legittima sotto il profilo della conformità all'art. 6 Cedu, rimane il fatto che sia la norma interpretante che quella interpretata appaiono in contrasto con le clausole 4 e 8 dell'Accordo allegato alla Direttiva n. 70/1999/Ce, e sul punto appaiono persuasive le argomentazioni del Tribunale di Velletri nella sentenza in commento.

Il giudice ricorda come sia errata l'opinione (anche di legittimità) che assegna natura risarcitoria alle somme dovute in conseguenza dell'illegittima apposizione del termine, giacché la fonte dell'obbligazione retributiva non è la prestazione lavorativa, bensì il contratto che, *ex art. 1372 cod. civ.*, ha forza di legge fra le parti.

Sicché se le somme dovute sono compensi retributivi, e non risarcimento del danno, queste non potevano rientrare nell'indennizzo *ex art. 32, comma 5, cit.*, come individuato antecedentemente alla norma d'interpretazione autentica introdotta dalla legge Fornero.

La disposizione dell'art. 1, comma 13, legge n. 92 del 2012 appare in contrasto con la clausola 8.3 dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce nella quale è stabilito che l'applicazione dell'accordo non può costituire motivo di riduzione delle tutele nell'ambito coperto dall'accordo stesso.

Il Tribunale di Velletri ricostruisce la corretta nozione di «ambito coperto dall'accordo stesso» (33), che riguarda l'intera disciplina del lavoro a termine, e, altresì, specifica che per «applicazione dell'accordo» si intende non solo l'iniziale trasposizione, ma anche ogni altra successiva misura che completi o modifichi gli interventi

(30) In questi termini Cons. Stato, Sez. IV, 16 marzo 2012, n. 1488.

(31) In questi termini Corte Cost. 5 aprile 2012, n. 78.

(32) L. Menghini, *Commento all'art. 2097...*, cit.

(33) Corte di Giustizia 23 aprile 2009, cause riunite C-378-380/07, *Angelidaki*, punti 120 e 124.

traspositivi già effettuati (34). Peraltro, ricorda la sentenza in commento, che anche la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1931 del 2011, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia (35) conferma tali principi in ordine alla necessità di utilizzare quale parametro per la verifica del non regresso l'insieme delle disposizioni di diritto interno relative alle tutele in materia di contratti a termine.

Ne consegue che anche l'art. 32, comma 5, cit., e la sua interpretazione a opera dell'art. 1 comma 13, della legge n. 92 del 2012, rientra nell'ambito coperto dall'Accordo quadro allegato alla citata direttiva e costituisce un intervento diretto a modificare la regolamentazione del profilo patrimoniale correlato all'abuso della stipulazione di contratti a termine, con l'ulteriore risultato secondo cui ove si sostenesse la natura sostitutiva dell'indennizzo in parola ci si troverebbe al cospetto di una consistente riduzione del livello di tutela (perdita della retribuzione e della contribuzione) a fronte dell'abusiva stipulazione di contratti a termine rispetto al regime previgente.

L'arretramento non solo non è compensato in alcun modo, ma è accompagnato dall'ulteriore limitazione del termine di decadenza (da 330 a 300 giorni complessivamente).

La sentenza in commento considera le affermazioni contenute nella sentenza della Corte Cost. n. 303 del 2011 e le conformi pronunce della Cassazione, secondo cui l'indennizzo rappresenterebbe una tutela comunque adeguata a sanzionare l'abuso, irrilevanti giacché riferite a un'astratta adeguatezza che non inficia il fatto che esso rappresenti un effettivo e sostanziale arretramento di tutela vietato dalla clausola 8, par. 3, citata.

Il Tribunale di Velletri esamina la disposizione anche alla luce della clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce rilevando che la regola della funzione sostitutiva dell'indennizzo genera un'ingiustificata discriminazione fra dipendenti a tempo determinato e dipendenti a tempo indeterminato che in una situazione speculare veda il primo privato del diritto al trattamento retributivo e contributivo. In particolare nell'ipotesi di applicazione della tutela reale, ove al lavoratore a termine che abbia offerto le prestazioni lavorative venga opposto un rifiuto alla ricostruzione del rapporto da parte del datore di lavoro, il dipendente si troverebbe in una situazione comparabile a quella del lavoratore licenziato e, poi, reintegrato.

È del tutto evidente che la posizione non è più attuale alla luce delle modifiche apportate all'art. 18, legge n. 300 del 1970, a opera dell'art. 1 della legge n. 92/2012.

A ogni modo, al cospetto di una chiara violazione delle clausole anzidette, correttamente la sentenza s'interroga sui rimedi da porre.

(34) Corte di Giustizia 23 aprile 2009, cit., punto 131, e Corte di Giustizia 11 novembre 2010, causa C-20/10, *Vino*, ord., punti 36 e 42; in particolare al punto 41 di quest'ultima sentenza viene escluso da tale ambito l'intervento di cui all'art. 2, comma 1-bis, d.lgs. n. 368/01, in quanto perseguiva *uno scopo distinto dall'attuazione dell'Accordo quadro*.

(35) Corte di Giustizia 23 aprile 2009, cit., nonché Corte di Giustizia 22 novembre 2005, causa C-144/04, in *Racc.*, 2005, p. 9981, e in q. *Riv.*, 2006, II, p. 205, con nota di L. Calafà.

Come stabilito dalla Corte Giustizia (36), la clausola 8.3 non soddisfa i requisiti per essere direttamente produttiva di effetti, il che non consente di attuare il rimedio della disapplicazione; invece, in forza del principio di non discriminazione di cui alla clausola 4.1 dell'Accordo allegato alla citata direttiva, si può ricorrere alla disapplicazione della norma interna contrastante (37).

Ove si limitasse l'azione al contrasto con la clausola 8.3, si deve evidenziare che, sebbene il giudice nazionale sia tenuto a un'interpretazione conforme (38) a seguito dell'intervento della norma d'interpretazione autentica, tale strumento appare precluso, giacché il legislatore ha definitivamente ricompreso nel perimetro del pregiudizio cui corrisponde l'indennizzo in esame anche quello riferibile al trattamento retributivo e contributivo sicché l'interpretazione conforme sconfinerebbe in un'inammissibile interpretazione *contra legem* (39).

In conclusione, si auspica che i giudici nazionali esaminino la questione valutandone la disapplicazione ovvero, ove ritenessero di non potervi procedere, al fine di sanare il contrasto con la clausola 8.3, cit., che sollevino la questione di costituzionalità innanzi alla Consulta alla luce di parametri diversi da quelli già scrutinati nella sentenza n. 303 del 2011 per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. e per violazione dell'art. 6 Cedu.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

(36) Corte di Giustizia 24 giugno 2010, causa C-98/09, *Sorge*, punto 50.

(37) Corte di Giustizia 13 settembre 2007, *Del Cerro Alonso*, punto 57; cui *adde* Corte di Giustizia 22 dicembre 2010, cause C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro e Torres*, punti 75-83.

(38) Corte di Giustizia 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact*, punto 99.

(39) Il Tribunale di Napoli, antecedentemente alla norma d'interpretazione autentica, con ordinanza del 16 giugno 2012 ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia *ex art.* 267 TFEU si veda in http://www.studiogalleano.it/Art32_compatibilia_ord_europeo.htm.

I

CASSAZIONE, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Mancino, P.M. Matera (diff.) – A.A. (avv. Cogo) c. Poste Italiane Spa (avv. Trifirò).

Cassa Corte d'Appello Milano 26 settembre 2009, n. 747.

Contratto a termine – Ragioni di carattere sostitutivo – Presupposti nelle situazioni aziendali complesse – Indicazione nominativa dei lavoratori da sostituire – Esclusione – Specificazione delle ragioni della sostituzione – Necessità.

Contratto a termine – Divieto di apporre il termine in mancanza di valutazione dei rischi alla sicurezza – Natura – Norma imperativa – *Ratio* – Onere probatorio del datore di lavoro – Inosservanza – Conseguenze.

In caso di assunzione a termine per ragioni di carattere sostitutivo, alla luce della sentenza della Corte Cost. n. 214 del 2009, l'onere di specificazione delle predette ragioni è correlato alla finalità di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine nonché l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto. Pertanto, nelle situazioni aziendali complesse, l'apposizione del termine deve considerarsi legittima se l'enunciazione dell'esigenza di sostituire lavoratori assenti risulti integrata dall'indicazione di elementi ulteriori quali l'ambito territoriale di riferimento e il luogo della prestazione lavorativa, che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente. (1)

La clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro da parte delle imprese che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 626/1994 (e successive modificazioni), è nulla per contrarietà a norma imperativa e il contratto di lavoro si considera a tempo indeterminato. Spetta al giudice di merito accertare, con valutazione che – se correttamente motivata ed esente da vizi giuridici – resta esente dal sindacato di legittimità, la sussistenza del presupposto indicato dall'art. 3, lett. d, d.lgs. n. 368/2001. (2)

II

TRIBUNALE LA SPEZIA, 28 maggio 2012, ord. – Est. Panico – F.B. (avv. A. Vesco, M. Bachini) c. Call & Call La Spezia Srl (avv. Luperi).

Contratto a termine – Divieto di apporre il termine in mancanza di valutazione dei rischi alla sicurezza – Inosservanza – Conseguenze.

Ai sensi dell'art. 3, lett. d, d.lgs. n. 368/2001, è fatto divieto al datore di lavoro, che non abbia previamente effettuato la valutazione dei rischi, di effettuare assunzioni a tempo determinato. Pertanto, ove il datore di lavoro – convenuto ex art. 700 cod. proc. civ. – non provi documentalmente di aver provveduto alla valutazione dei rischi prima della stipulazione, deve essere ordinata la riammissione in servizio del lavoratore estromesso per decorso del termine, essendo invece rimessa al giudizio di merito l'eventuale dichiarazione di nullità del termine. (3)

I testi delle sentenze sono pubblicati in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-3) VALUTAZIONE DEI RISCHI, SPECIFICAZIONE DELLA RAGIONE SOSTITUTIVA E CONSEGUENZE SULLA LEGITTIMITÀ DELLA CLAUSOLA APPOSITIVA DEL TERMINE AL CONTRATTO DI LAVORO

SOMMARIO: 1. I fatti. — 2. La Cassazione e la specificità delle ragioni sostitutive adottate. — 3. Omessa valutazione dei rischi e conseguenze sui contratti a termine stipulati. — 3.1. Valutazione dei rischi e nullità del termine. — 3.2. Ulteriori conseguenze sanzionatorie.

1. — *I fatti* — Entrambe le pronunce in commento concernono fattispecie in cui è dedotta l'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro.

In particolare, la sentenza della Cassazione muove dal ricorso di un lavoratore assunto da Poste Italiane Spa in forza di tre successivi contratti a termine, tutti stipulati ex art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, per esigenze sostitutive di personale con diritto alla conservazione del posto.

Nella specie, il lavoratore lamentava l'illegittimità dei termini, adducendo sia la genericità della causale per mancata indicazione nominativa del personale oggetto di sostituzione, sia l'assenza della previa valutazione dei rischi.

Quanto al primo profilo, la Cassazione – nel confermare quanto già statuito dalla Corte d'Appello di Milano – ha rigettato il ricorso escludendo alcuna lesione del principio di specificità sancito dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001.

Con riferimento invece ai rapporti tra valutazione dei rischi e stipulazione a termine, la Cassazione – ravvisata nel divieto di cui all'art. 3, lett. d, d.lgs. n. 368/2001, una norma imperativa – ha accolto il ricorso, sancendo che il giudice di merito – cui solo compete verificare che il datore di lavoro (prima di stipulare contratti a termine) abbia effettuato la valutazione dei rischi – è tenuto a dichiarare la nullità della clausola appositiva del termine in tutti i casi in cui lo svolgimento di detta valutazione non sia stato provato in giudizio.

Pertanto, secondo la pronuncia di legittimità in commento, ove la previa valutazione dei rischi non sia provata dal datore di lavoro, il contratto intervenuto tra le parti deve essere considerato come a tempo indeterminato, e al lavoratore deve essere riconosciuto un risarcimento del danno da commisurarsi *ex art.* 32, commi 5 ss., legge n. 183/2010.

A tale impostazione aderisce espressamente la seconda pronuncia in commento. Con ordinanza del 28 maggio 2012, infatti, il Tribunale di La Spezia – rilevato come la valutazione dei rischi fosse stata effettuata in data successiva alla assunzione a termine della ricorrente – ha disposto (proprio in ragione del principio sancito dalla Cassazione nella sentenza n. 5241/2012) la riammissione in servizio della lavoratrice, rinviando al contempo la dichiarazione di nullità del termine al successivo, seppur eventuale, giudizio di merito.

2. — *La Cassazione e la specificità delle ragioni sostitutive adottate* — Muovendo dall'esame della pronuncia di legittimità, si constata innanzitutto come questa in via preliminare affronti il tema (non trattato invece dall'ordinanza del Tribunale di La Spezia) della sufficiente specificità della causale sostitutiva adottata dal datore di lavoro. La Cassazione – uniformandosi alla propria più recente giurisprudenza (Cass. 26 gennaio 2010, nn. 1576 e 1577, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 742, con nota di Durazzo) – afferma così che nelle realtà aziendali complesse la specificità imposta dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001 ben può ritenersi soddisfatta ove il datore di lavoro abbia provveduto a indicare per iscritto il termine iniziale e finale del rapporto, il luogo di svolgimento della prestazione a termine, l'inquadramento e le mansioni del personale da sostituire.

Sebbene la pronuncia di legittimità in commento cerchi di affermare che la lettura così operata è frutto di mera interpretazione della giurisprudenza costituzionale in materia, pare evidente il contrasto con quanto affermato dalla Consulta nella sentenza 14 luglio 2009, n. 214 (In *Arg. dir. lav.*, 2009, p. 1049, con nota di T. Vettor), e poi ribadito nelle ordinanze 4 dicembre 2009, n. 325 (In *Giur. cost.*, 2009, p. 4888), e 24 febbraio 2010, n. 65 (In *Giur. cost.*, 2010, p. 736).

In tali pronunce, infatti, la Corte Costituzionale ha sancito che, laddove il datore di lavoro motivi l'assunzione a termine adducendo ragioni sostitutive, «la specificazione [dei] motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire».

Né diverse interpretazioni paiono possibili, posto che la Consulta, al fine di risolvere anche le censure mosse con riferimento sia al vincolo comunitario di non regresso che al possibile eccesso di delega, ha espressamente statuito che «le norme censurate, limitandosi a riprodurre la disciplina previgente, non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime», il quale espressamente prevedeva l'indicazione nominativa dei lavoratori da sostituire.

Tanto considerato, meglio avrebbe fatto la Cassazione se, dato atto della diversa (e certo problematica) impostazione della Corte Costituzionale, si fosse limitata a rilevare come nessuna delle tre pronunce di quest'ultima sia dotata di efficacia

vincolante *erga omnes*, trattandosi, nel primo caso, di una sentenza interpretativa di rigetto e, nelle altre due occasioni, di ordinanze di manifesta inammissibilità.

Peraltro, in dottrina è già stato rilevato come la posizione assunta dalla Cassazione sia poco sostenibile [Si v. L. Menghini, *L'apposizione del termine*, in M. Persiani e F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo I, Cedam, Padova, 2012, spec. pp. 300 ss.], in quanto proprio nelle realtà aziendali di maggiori dimensioni l'indicazione nominativa dei lavoratori da sostituire risulta necessaria sia per contenere il ricorso del lavoro a termine che per consentire la verifica, anche giudiziale, della genuinità della causale addotta. Verifica che invece pare francamente poco praticabile ove la specificazione sia affidata a una delimitazione geografica su base regionale e alla indicazione del livello di inquadramento. Né sembra possibile credere – come invece sembra fare la Cassazione – che un datore di lavoro di rilevanti dimensioni non abbia gli strumenti per individuare quali sono i lavoratori da sostituire, giacché proprio nelle realtà aziendali più grandi la gestione del personale è affidata a uffici *ad hoc*.

Con la pronuncia di legittimità in commento si conferma dunque un nuovo contrasto tra le due Corti nazionali [Su cui si v., ad es., R. Romboli, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via incidentale*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Giappichelli, Torino, 2005, spec. pp. 116 ss.]; contrasto che peraltro difficilmente troverà soluzione in sede comunitaria (Per una ricostruzione si v. L. Menghini, *op. cit.*; V. De Michele, *Il contratto a termine tra giurisprudenza, Collegato lavoro e Carta di Nizza*, in *Law. giur.*, 2010, pp. 365 ss., e Idem, *Sul contratto a termine la Corte di Giustizia supera la prima «disfida postale» di Barletta/Trani*, in *Law. giur.*, 2010, pp. 865 ss.).

Ormai da qualche anno, infatti, la Corte di Giustizia Ue tende sempre più a valorizzare il ruolo del giudice nazionale e, di converso, a ridurre l'incisività della propria azione (Emblematiche sono Corte di Giustizia Ue 10 marzo 2011, C-109/09, *Lafthansa*; Corte di Giustizia Ue 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino I*; e specialmente Corte di Giustizia Ue 22 giugno 2011, C-161/11, *Vino II*, spec. punti 34-35 e 38. In dottrina si v. M. Aimò, *La Corte di Giustizia e il lavoro non standard: vincoli e implicazioni negli ordinamenti nazionali*, in *q. Riv.*, 2012, pp. 147 ss.).

E del resto, una soluzione «comunitaria» pare ancor meno probabile ove si consideri che la giurisprudenza della Corte di Giustizia Ue tende in via crescente a ridurre la portata della clausola di non regresso (Si v. Corte di Giustizia Ue 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, sp. punto 52; Corte di Giustizia Ue 23 aprile 2009, cause riunite da C-378/07 a C-380/07, *Angelidaki*, sp. punto 140; Corte di Giustizia Ue 11 novembre 2010, C-20/10, *Vino I*). Un'interpretazione, questa, che, proprio con riferimento alla disciplina italiana delle causali sostitutive, ha già indotto la Corte di Giustizia Ue a chiarire come detta clausola non osta a una normativa nazionale che elimini l'obbligo di indicare il nome dei lavoratori assenti oggetto di sostituzione, purché dette nuove condizioni siano compensate dall'adozione di altre misure di tutela, ovvero concernano una categoria circoscritta di lavoratori (Corte di Giustizia Ue 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*).

Tanto considerato, il contrasto tra le Corti italiane potrà verosimilmente essere

risolto solo se la Corte Costituzionale, nuovamente adita, oserà pronunciare l'illegittimità dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/2001, nell'interpretazione data dalla Cassazione. Ovvero se, operando con un netto *révirement* rispetto alla propria giurisprudenza, la Consulta confermerà che la causale sostitutiva può ritenersi sufficientemente specifica anche laddove non sia indicato il nome del lavoratore da sostituire.

3. — *Omessa valutazione dei rischi e conseguenze sui contratti a termine stipulati* — Entrambe le pronunce in commento affrontano invece il tema delle conseguenze sui contratti a termine della mancata o tardiva effettuazione della valutazione dei rischi.

A tale proposito, merita innanzitutto ricordare come l'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, individui quattro differenti ipotesi costituendole *condiciones sine quibus non* per la legittima apposizione del termine al contratto di lavoro: il legislatore — operando una valutazione *ex ante* — ha infatti disposto il divieto di contrarre a tempo determinato ove l'assunzione sia effettuata per sostituire lavoratori in sciopero o in assenza di previa valutazione dei rischi, ovvero in presenza di decisioni aziendali volte alla riduzione dell'occupazione o della retribuzione (Analogamente l'art. 20, comma 5, d.lgs. n. 276/2003, per il contratto di somministrazione di lavoro).

Si tratta di scelte rispondenti a ragionevolezza sia sul piano del diritto interno che di quello comunitario, e che con specifico riferimento alla previa valutazione dei rischi — sancita dalla lettera *d* del succitato art. 3, d.lgs. n. 368/2001 — traggono motivazione dalla constatazione che il lavoratore a termine va soggetto a un maggiore rischio di infortuni in ragione della minore esperienza e familiarità con gli strumenti e con l'ambiente di lavoro.

Una constatazione, questa, la cui correttezza è stata ribadita anche dal rapporto Oil del 28 aprile 2010 «Rischi emergenti e nuove forme di prevenzione in un mondo del lavoro che cambia» e che, del resto, trova ampia eco pure nella giurisprudenza di legittimità che, ormai unanimemente, ravvisa una peculiare pregnanza degli obblighi datoriali di sicurezza nei confronti dei lavoratori meno esperti, quali *in primis* gli apprendisti (Vd. Cass. 24 gennaio 2012, n. 944, e Cass. 18 maggio 2007, n. 11622, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 1, II, p. 99, con nota di L. De Marco).

E, del resto, proprio l'incremento del rischio cui vanno soggetti i lavoratori meno esperti, quali i prestatori a termine, induce correttamente il Tribunale di La Spezia a sancire che il divieto di cui all'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, può ritenersi rispettato solo ove la valutazione dei rischi sia stata svolta prima dell'assunzione a tempo determinato e detta valutazione sia provata in giudizio documentalmente, con la precisazione che «tale valutazione deve poter, se del caso, anche essere esaminata [e] apprezzata». Una precisazione, quest'ultima, che comporta un ampliamento del sindacato giudiziale oltre la mera sussistenza della valutazione; ampliamento che non trova riscontro diretto nella norma e che, pertanto, alla luce di un bilanciamento degli interessi coinvolti, può ritenersi legittimo solo ove sia effettivamente volto a realizzare una piena tutela del diritto alla salute del lavoratore e non si traduca in un giudizio di merito delle scelte aziendali.

3.1. — *Valutazione dei rischi e nullità del termine* — Peraltro, se l'art. 3, lett. *d*, d.lgs. n. 368/2001, non lascia dubbi in merito alla portata assoluta del divieto, non è altrettanto chiaro nel delineare la natura delle fattispecie vietate e le conseguenze di eventuali violazioni.

Nonostante tale omissione, sia la Cassazione che il Tribunale di La Spezia (quest'ultimo nella misura in cui si uniforma alla sentenza di legittimità) sono piuttosto netti nel rispondere a tali quesiti.

In particolare, quanto alla natura delle fattispecie vietate, la Cassazione – ravvisata nell'art. 3, lett. *d*, d.lgs. n. 368/2001 una norma imperativa – ricostruisce la valutazione dei rischi non come un requisito essenziale particolare del contratto di lavoro (se a tempo determinato), bensì come un presupposto di validità dell'apposizione del termine (Sulla distinzione, v., per tutti, A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 163). Si tratta di una scelta che probabilmente sul piano lessicale risponde a coerenza (L'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, non parla, infatti, di requisiti del contratto), e che risulta tanto più condivisibile ove si consideri che proprio detta scelta consente alla Corte di svincolarsi dal meccanismo di necessità nullità totale del contratto previsto dall'art. 1418 cod. civ. in caso di difetto di un *essentialia negotii*. Nullità che, viceversa, avrebbe imposto alla Cassazione una difficoltosa composizione tra i principi di cui all'art. 2126 cod. civ. e la necessità di tutelare il prestatore riqualificando come a tempo indeterminato il rapporto di lavoro divenuto rapporto di fatto con la dichiarazione di nullità del contratto (Su tale temperamento si v. già Pret. Milano 8 febbraio 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, p. 701, con nota di A. Niccolai).

Poste tali premesse (invero solo implicite nel ragionamento svolto dalla Corte), la Cassazione può dunque liberamente delineare le conseguenze di eventuali violazioni dell'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, sancendo che l'omissione della valutazione dei rischi – essendo *contra legem* – determina la nullità della sola clausola appositiva del termine, con conseguente riconduzione del contratto intercorso tra le parti in un contratto a tempo indeterminato.

Tali conclusioni – obiettivamente rilevanti, anche per l'assenza di precedenti specifici nella giurisprudenza di legittimità – sono sorrette da una motivazione articolata, in larga parte mutuata da un precedente della stessa Cassazione (Cass. 21 maggio 2008, n. 12985, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 891, con nota di A. Olivieri) con cui la Corte aveva sancito la nullità (parziale) della sola clausola appositiva del termine per il caso di insufficienza della causale giustificativa addotta.

Analogamente a quanto affermato in passato, anche la sentenza di legittimità in commento individua il proprio fondamento normativo nel comma 2 dell'art. 1419 cod. civ., per cui la nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando sussistano due requisiti, ovverosia che le clausole nulle siano sostituite di diritto da altra disciplina normativa (primo requisito) e detta disciplina abbia carattere imperativo (secondo requisito).

In particolare, la Cassazione – muovendo dal secondo requisito – ricostruisce il contratto a tempo indeterminato non tanto e non solo come il tipo classico, ma come una vera e propria regola imperativa, peraltro dotata – ed è qui la vera no-

vità della sentenza di legittimità in esame – di una forza, per così dire, «omnipervasiva». Secondo la pronuncia di legittimità in commento, infatti, deve tornarsi al contratto a tempo indeterminato ogniqualvolta la pattuizione a termine risulti *contra legem*, anche a prescindere (come accade nel caso *de quo*) dalla legittimità della causale giustificativa addotta.

E ciò con l'ulteriore precisazione che l'imperatività del tempo indeterminato sarebbe una sorta di principio immanente dell'ordinamento nel suo complesso (quindi, anche comunitario, come chiarito dalla Corte di Giustizia Ue nelle già citate sentenze *Mangold e Angelidaki*): un principio non scalfito dalla pleora di contratti flessibili introdotti dal legislatore nazionale e meramente ribadito dal comma 01 anteposto nel 2007 all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001. Un principio, dunque, che sarà applicabile anche dopo le modifiche apportate a detto comma dall'art. 1, commi 1 e 9, legge n. 92/2012, che – nel riqualificare il contratto a tempo indeterminato quale contratto «dominante» – forse potrebbe condurre a letture volte a valorizzare più il dato quantitativo (il tempo indeterminato come contratto più diffuso) che quello qualitativo (il tempo indeterminato come «regola»), fermo restando che è la stessa direttiva a parlare di tempo indeterminato quale «forma comune dei rapporti di lavoro».

Ma secondo la sentenza di legittimità in commento, il contratto a tempo indeterminato – oltre a configurare, come detto, regola imperativa a portata omnipervasiva – sarebbe anche dotato del primo requisito richiesto dal comma 2 dell'art. 1419 cod. civ.

Per la Cassazione, infatti, il contratto a tempo indeterminato è anche capace di colmare il vuoto lasciato dalla nullità di determinate pattuizioni, sostituendole «di diritto», ovvero sia, secondo la lettura della sentenza di legittimità in esame, automaticamente (Dunque, senza che ci sia necessità di espressa indicazione legislativa in merito. In tale senso si v. Cass., Ss.Uu., 12 gennaio 2011, n. 506, e, in dottrina, già G. De Nova, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, pp. 486 ss.).

Tale ultima affermazione dà vita a un contrasto con quella giurisprudenza, anche costituzionale, che esclude la sovrapponibilità tra «automaticità» e sostituzione «di diritto» (Così, seppur implicitamente, Corte Cost. 15 luglio 2005, n. 283, in *Giust. civ.*, 2006, I, p. 1695, con nota di C. Alessi; nonché Cass. 28 giugno 2000, n. 8794).

Il contrasto è certamente noto alla Cassazione, che infatti fornisce alcune indicazioni sparse in merito alla non essenzialità della clausola appositiva del termine (inessenzialità rilevante solo ai fini del comma 1 dell'art. 1419 cod. civ.), quasi a volersi lasciare aperta una ulteriore via argomentativa.

Ulteriore via che però non viene percorsa: a conclusione del proprio *iter* argomentativo, infatti, la Cassazione, sceglie di citare un'altra (e assai più nota) sentenza della Corte Costituzionale con cui il giudice delle leggi (pronunciandosi in materia di *part-time*) ha sancito che «l'art. 1419 cod. civ., comma 1 [...] non è applicabile rispetto al contratto di lavoro, allorquando la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore», in tali casi in-

fatti la nullità «non è comunque idonea a travolgere integralmente il contratto, ma ne determina la cd. conversione in un “normale” contratto di lavoro [...] *senza che vi sia spazio per l'indagine – oggettiva o soggettiva – circa la comune volontà dei contraenti in ordine a tale esito*»: precisazione questa dirimente ai fini dell'individuazione nell'art. 1419, comma 2, cod. civ. della normativa applicabile (Così Corte Cost. 11 maggio 1992, n. 210, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 277).

A prescindere dalle criticità inerenti all'individuazione del comma su cui fondare la nullità parziale, le conclusioni cui giunge la Cassazione (e che il Tribunale di La Spezia riproduce) paiono condivisibili, innanzitutto per ragioni di carattere sistematico: se già nel diritto civile la propagazione della nullità *ex art.* 1419 cod. civ. di una singola clausola all'intero contratto ha carattere eccezionale rispetto alla regola della conservazione (Così, *ex multis*, Cass. 13 giugno 2008, n. 16017), a maggior ragione lo è nel diritto del lavoro che – nascendo per tutelare il contraente debole – certo non può riconnettere la nullità dell'intero contratto a norme poste a tutela del lavoratore, come limpidamente evidenziato dalla succitata Corte Cost. n. 210/1992.

Ma le conclusioni cui giunge la Cassazione risultano coerenti anche in ragione della natura e rilevanza dei diritti coinvolti. Infatti, se si accedesse a una diversa lettura, la violazione dei divieti di cui all'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, rimarrebbe priva di sanzione, con conseguente violazione – almeno per quanto concerne il disposto di cui alla lettera *d* del predetto articolo – della Direttiva n. 1999/70/Ce, la quale espressamente si fonda sulla necessità di «raggiungere il necessario equilibrio tra la flessibilità e la sicurezza».

3.2. — *Ulteriori conseguenze sanzionatorie* — Meno condivisibili paiono invece le restanti conclusioni della sola Cassazione in materia di risarcimento del danno (tema che invece il Tribunale di La Spezia non affronta per ragioni processuali). In particolare, sembra poco condivisibile la scelta della pronuncia di legittimità in commento di quantificare detto risarcimento non in ragione delle retribuzioni (o differenze retributive) perse *medio tempore* e della relativa contribuzione, ma alla luce dell'art. 32, commi 5 ss., legge n. 183/2010.

Autorevole dottrina ha avuto modo di affermare che tale soluzione deve ritenersi pienamente coerente (Così A. Vallebona, *Indennità per il termine illegittimo: isolate resistenze alle Supreme Magistrature*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 360, il quale però in realtà ragiona sulla onnicomprensività della sanzione, più che della sua applicabilità alla fattispecie *de qua*). Tali conclusioni tuttavia non sembrano convincere nella misura in cui la pronuncia di legittimità in commento fonda tutta la propria argomentazione sulla sanzione della nullità parziale di diritto civile e sulla sua applicabilità al caso *de quo* in ragione dell'assenza di una disciplina (lavoristica) specifica. Senonché se di nullità deve trattarsi, allora non può aversi «conversione» in un contratto a tempo indeterminato: una volta dichiarata la nullità della clausola appositive del termine, questa risulta irrilevante sul piano giuridico sin dalla stipulazione, dando vita a un contratto che *ab origine* è e deve essere considerato come a tempo indeterminato (Sull'irrilevanza sul piano giuridico di un negozio nullo v., per tutti, F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2009, p. 989).

Solo se il legislatore avesse espressamente deciso che alla nullità parziale dovuta alla violazione dei divieti di cui all'art. 3, d.lgs. n. 368/2001, doveva conseguire una tutela forfettizzata, quest'ultima avrebbe potuto essere applicata. Viceversa, in assenza di una simile statuizione, non sembra possibile «interpretare» la lettera dell'art. 32, commi 5 ss., legge n. 183/2010 – che disciplina le sanzioni per il caso di conversione del contratto a termine –, al fine di applicare le relative sanzioni forfettarie anche alla violazione dei divieti di cui all'art. 3, d.lgs. n. 368/2001; violazione, come si è visto, sanzionata con la nullità *ex tunc* del termine stesso (Né ulteriori argomentazioni possono trarsi dall'interpretazione autentica data dall'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012, essendo questa finalizzata a sancire l'onnicomprendività del risarcimento *ex art.* 32, comma 5, legge n. 183/2010, e non a modificare l'alveo delle fattispecie applicative).

Un'inapplicabilità che trae ulteriori motivazioni anche dalla considerazione che sul piano civilistico (cioè sul piano su cui si muove tutto il ragionamento della Cassazione) la «conversione» è fattispecie affatto sovrapponibile alla nullità: ai sensi dell'art. 1424 cod. civ. infatti il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso purché ne contenga i requisiti di sostanza e di forma e possa ritenersi che le parti lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità. Senonché, anche per dati fattuali che poco hanno a che vedere con il diritto, è a tutti evidente che Poste Italiane certo non avrebbe concluso i tre contratti oggetto di impugnazione qualora li avesse dovuti concludere a tempo indeterminato.

Susanna Ferrario

Assegnista di ricerca nell'Università di Milano

CASSAZIONE, 23 marzo 2012, n. 4707, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Amoroso, P.M. Destro (conf.) – R.U. (avv. Ciccotti) c. Rete Ferroviaria Italiana Spa (avv.ti Morrìco, Cosentino).
Conf. Corte d'Appello Roma 27 novembre 2009.

Licenziamento individuale – Giusta causa – Dirigente – Diritto di azione giudiziaria – Non rilievo disciplinare – Giustificatezza – Esclusione – Diritto di critica – Sussistenza.

L'azione di un lavoratore con qualifica dirigenziale che sottopone all'autorità giudiziaria fatti o atti riguardanti l'azienda, per valutare la rilevanza penale e per la verifica di specifici titoli di reato, non incide sul vincolo fiduciario fra prestatore e datore di lavoro. La denuncia di irregolarità da parte del dirigente, rientrando nel più generale diritto di critica, non costituisce né un comportamento di rilievo disciplinare, né una giusta causa sanzionabile con il licenziamento (1).

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO DEL DIRIGENTE E DIRITTO DI CRITICA

SOMMARIO: 1. «Cronache ferroviarie»: licenziamento del dirigente. — 2. Il cuore della decisione: giustificatezza, obbligo di fedeltà e libertà di espressione. — 3. Diritto di critica e rapporto di lavoro. — 4. «Ancora in marcia»: diritto all'azione giudiziaria secondo l'art. 21 Cost.

1. — «Cronache ferroviarie»: *licenziamento del dirigente* — I giudici della Suprema Corte si sono trovati ad affrontare un delicato nodo interpretativo rappresentato dal potenziale conflitto tra due prerogative fondamentali del prestatore di lavoro: il diritto di critica verso il datore di lavoro (art. 1, Stat. lav.) [G. Giugni, *Sub art. 1*, in Idem (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 3 ss.], esercitato eccezionalmente attraverso lo strumento della denuncia penale, e l'obbligo di fedeltà (art. 2105 cod. civ.) [M.G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro. Art. 2105*, in P. Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano, 2000, pp. 3 ss.].

La Rete Ferroviaria Italiana (Rfi), società dell'infrastruttura nazionale del gruppo Ferrovie dello Stato, con lettera del 24 ottobre 2005 (art. 2, commi 1 e 4, legge n. 604/1966) ha provveduto a un licenziamento per giusta causa di un proprio dipendente (*ex art. 2119 cod. civ.*), ingegnere con qualifica dirigenziale, in quanto quest'ultimo ha presentato degli esposti alla Procura della Repubblica di Roma per valutare il collegamento tra la sua presunta emarginazione e rimozione di fatto e la sussistenza di potenziali irregolarità nell'autorizzazione di alcune spese dell'a-

zienda (abuso d'ufficio e/o altri illeciti). La società lo ha licenziato in tronco perché ha ritenuto il comportamento idoneo a intaccare irrimediabilmente il vincolo fiduciario alla base della relazione lavorativa anche se, di fatto, l'ingegnere ha esercitato una legittima posizione giuridica garantita dall'ordinamento (artt. 24, comma 1, e 21, comma 1, Cost.). Il lavoratore ha impugnato il provvedimento di licenziamento per mancanza di giusta causa, ha lamentato la disapplicazione delle garanzie procedurali in materia di illeciti disciplinari (art. 7, commi 2 e 3, Stat. lav.) e ha richiesto la reintegrazione nel posto di lavoro in quanto la qualifica dirigenziale attribuitagli doveva ritenersi fittizia, cioè in violazione delle declaratorie contrattuali e dell'art. 2095 cod. civ. (P. Tosi, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto*, Giuffrè, Milano, 1974, spec. pp. 62 ss.; G. Pera, voce *Dirigente d'impresa o d'azienda*, in *Noviss. dig. it., Appendice*, vol. II, Utet, Torino, 1981, pp. 1099 ss.; A. Garilli, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Jovene, Napoli, 1988, spec. pp. 191 ss.). Nello stesso tempo, in sede penale, il giudice per l'udienza preliminare ha prosciolto i vertici aziendali denunciati con la formula «perché il fatto non sussiste».

Il giudice di *prime cure* – Tribunale di Roma – ha rigettato la domanda e ha ritenuto sussistente la giusta causa di licenziamento in forza del fatto che le accuse si sono rivelate destituite di fondamento sia in sede civile che penale. La decisione è stata riformata, in grado di appello, dalla Corte di Roma, che ha ritenuto la non giustificata del licenziamento – considerato alla stregua di un illegittimo recesso *ad nutum* (art. 2118, comma 1, cod. civ.) – e ha condannato Rfi a versare al lavoratore l'indennità sostitutiva del preavviso (art. 2118, comma 2, cod. civ.; art. 23, comma 2, Ccnl per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi) oltre all'indennità supplementare prevista dal Ccnl dei dirigenti per il licenziamento privo di giustificazione (art. 19, comma 15 del Ccnl citato). Entrambe le parti hanno proposto ricorso per Cassazione: da un lato, il dirigente (ricorrente principale) per la mancata applicazione della tutela reale (art. 18 Stat. lav., ante legge n. 92/2012, cd. riforma Fornero), visto che non aveva mai ricoperto un'effettiva posizione dirigenziale (cioè era un cd. pseudodirigente) e data la sussistenza del requisito dimensionale ai fini dell'applicabilità della reintegrazione nel posto di lavoro; dall'altro, la Rfi (ricorrente incidentale) ha incentrato i motivi di impugnazione sulla inadeguata ponderazione della grave condotta del lavoratore, sulla palese sussistenza della giusta causa e sulla violazione delle norme contrattuali collettive di riferimento (artt. 19-23, Ccnl per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi).

2. — *Il cuore della decisione: giustificata, obbligo di fedeltà e libertà di espressione* — I giudici di legittimità, senza esaminare in profondità la complessa *querelle* sull'applicazione dei commi 2 e 3 dell'art. 7, legge n. 300/1970 [(Vd. L. Ratti, *Il licenziamento del dirigente: variazioni e tendenze giurisprudenziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, spec. pp. 1296 ss.; L. Valente, *Dirigente apicale e dirigente minore; sugli effetti della dilatazione convenzionale della categoria tra uniformità di disciplina e divaricazione delle tutele*, in *q. Riv.*, 2010, II, pp. 81 ss.; P. Tosi, *Il dirigente d'azienda*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, t. 1, Cedam, Padova, 2012, spec. pp. 443 ss.], si sono limitati a stabilire

che il diritto di invocare l'intervento dell'autorità giudiziaria per valutare la rilevanza penale di certi fatti o atti non ha alcun riflesso nell'ambito lavorativo – anche se connotato da un particolare vincolo di fiducia come quello dirigenziale –, né può assumere rilievo disciplinare sanzionabile con il licenziamento. La Cassazione ne ha dedotto implicitamente che la sanzione (La cd. «sanzione d'area»: v. C. Pisani, *Licenziamento disciplinare dei dirigenti: tutela procedimentale e sanzione d'area*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, pp. 461 ss.), derivante dall'inosservanza delle prescrizioni dell'Art. 7 Stat. lav., si debba tradurre in un vizio procedimentale che non comporta la nullità del licenziamento (Per la nullità di diritto comune, L. De Angelis, *Il licenziamento disciplinare del dirigente. essere dell'ontologia o non essere del potere disciplinare?*, in *q. Riv.*, 1997, I, pp. 30-31), ma rende inutilizzabili, ai fini della valutazione della giustificatezza dell'atto stesso, le condotte causative del recesso (Cass. 20 aprile 1998, n. 4014, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 837, che ha stabilito l'inopponibilità della dedotta giusta causa e conseguentemente l'obbligo del preavviso; Cass. 27 novembre 1997, n. 12001, in *Mass. giust. civ.*, 1997, p. 2290, secondo cui la stabilità al rapporto dei dirigenti può essere assicurata mediante l'introduzione a opera dell'autonomia privata, collettiva o individuale, di limitazioni alla facoltà di recesso del datore di lavoro; da ultimo v. D. Casale, *Il rapporto di lavoro del dirigente d'impresa nella giurisprudenza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2008, n. 31, pp. 314-315).

Alla luce delle coordinate ermeneutiche così tratteggiate, la Corte di Cassazione ha respinto entrambi i ricorsi, confermando quanto argomentato dalla Corte d'Appello e ribadendo la centralità di tre aspetti giuridici trascurati dalle difese delle parti: la giustificatezza del licenziamento, l'assenza di un danno all'immagine aziendale e il lecito dissenso valutativo del prestatore.

La Corte di Cassazione ha preso le mosse da un'analisi congiunta dei motivi dei ricorrenti, dando una priorità logica al profilo della legittimità del recesso datoriale (ricorso della Rfi) rispetto al versante delle conseguenze della presunta illegittimità del medesimo (ricorso del dirigente). Questa diversa sequenza del ragionamento ha consentito di individuare un elemento risolutivo della controversia nella mancata distinzione tra giusta causa e carattere giustificato del licenziamento. Un orientamento costante della Cassazione, in ragione della specificità del rapporto di lavoro del dirigente, ha escluso che siano equiparabili le definizioni legali di giusta causa o giustificato motivo, che riguardano gli altri lavoratori subordinati, e la nozione contrattuale di giustificatezza del licenziamento del personale dirigenziale (Cass. 14 maggio 1993, n. 5531, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, pp. 239 ss., con nota di S. Bartalotta; Cass. 20 novembre 1998, n. 117665, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 2407; Cass. 29 gennaio 1999, n. 825, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 208; Cass. 1° luglio 1999, n. 6729, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 1530; Cass. 17 gennaio 2005, n. 775, in *Lav. giur.*, 2005, pp. 949 ss., con nota di G. Girardi). Secondo tale approccio, l'autonomia privata, collettiva e individuale, potrebbe far ricorso a clausole o concetti generali per regolamentare l'ipotesi del licenziamento ingiustificato, senza specificarla in una casistica dettagliata o in una definizione particolareggiata, ma non fino al punto di tradursi in una motivazione pretestuosa (Cass. 24 giugno 1998, n. 6268, in *Mass. giust. civ.*, 1998, p. 1389), connotata da assoluta arbitrarietà

(Cass. 6 ottobre 1998, n. 9896, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 860) o da un intento discriminatorio (art. 3, legge n. 108/1990), e in ogni caso sempre nel rispetto dei principi generali di correttezza e di buona fede (Cass. 19 giugno 1999, n. 6169, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 1437; Cass. 10 giugno 1999, n. 5709, in *Mass. giust. civ.*, 1999, p. 1316; *contra*, Cass. 24 giugno 1998, n. 6268, cit.).

In altri termini, la concezione negoziale della giustificatezza sarebbe così indeterminata da intendersi come limite negativo al potere datoriale di recesso libero nei confronti del dirigente (Cass. 8 novembre 2002, n. 15749, in *Lav. prev. oggi*, 2003, p. 323). Infatti, le ragioni giustificatrici si sono estese sul piano oggettivo e soggettivo ben oltre gli steccati delineati dall'art. 3, legge n. 604/1966, e dall'art. 2119 cod. civ., e si sono presentate, spesso, come esterne all'ambito di esecuzione della prestazione, attenendo ora all'incompatibilità, a causa della posizione ricoperta, con lo sviluppo delle strategie dell'impresa, ora alla rottura del vincolo fiduciario per comportamenti extralavorativi lesivi dell'immagine aziendale (Cass. 13 dicembre 2010, n. 25145, in *Mass. giust. civ.*, 2010, p. 1595). Proprio con riguardo a quest'ultima ipotesi, condizioni sufficienti a legittimare il recesso potrebbero essere sia la comunicazione a colleghi di lavoro di fatti non veri e disdicevoli sul conto della società datrice di lavoro (Cass. 19 agosto 2005, n. 17039, in *Dir. prat. lav.*, 2006, p. 472), sia, più in generale, l'esercizio del diritto di critica, mediante espressioni che oltrepassino determinati limiti e che siano suscettibili di realizzare danni economici (Cass. 10 dicembre 2008, n. 29008, in q. *Riv.*, 2009, II, pp. 601 ss., con nota di B. Caponetti). Il caso da cui è scaturita la sentenza in commento si colloca esattamente in quella «sismica» terra di mezzo tra dovere di fedeltà, definito ex art. 2105 cod. civ., e diritto di libera opinione del lavoratore.

La dottrina (M.G. Mattarolo, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, cit., pp. 189 ss.; A. Levi, *La critica della persona nel diritto del lavoro*, in q. *Riv.*, 2003, I, pp. 523 ss.) ha sottolineato come le critiche e le accuse rivolte al datore di lavoro, eventualmente anche mediante una denuncia a soggetti terzi, non comportano necessariamente la divulgazione di notizie attinenti all'organizzazione o ai sistemi di produzione dell'impresa e, comunque, il loro uso il più delle volte non innesca la concorrenza a danno del datore di lavoro. In proposito, si è soliti effettuare la distinzione, fondata su una interpretazione letterale dell'art. 2105 cod. civ., tra divulgazione delle notizie riservate, che realizzerebbe *ex se* una lesione del dovere di fedeltà, e utilizzo delle stesse, da considerarsi illecito solo se suscettibile di recare pregiudizio all'impresa (V., per tutti, F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 140). Secondo tale orientamento, la denuncia di fatti alle autorità competenti configurerebbe un uso di notizie e non già una loro divulgazione. Pertanto, come tali, sarebbero censurabili ex art. 2105 cod. civ. solo se in grado di recare un pregiudizio a quello che è il bene protetto dalla norma, ossia la tutela della capacità concorrenziale dell'impresa e della sua posizione di mercato. In generale, al di là della riconduzione del diritto di critica nelle forme di uso di informazioni e non alla stregua della divulgazione di notizie (E. Gragnoli, *L'informazione nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 55 ss.), la liceità dell'esercizio deve rinvenirsi all'esterno del dovere di fedeltà, secondo al-

tri parametri di riferimento (P. Ichino, *Diritto alla riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1979, pp. 169 ss.), quali i valori presidiati dalle norme costituzionali. La valutazione complessiva delle espressioni impiegate nella segnalazione all'autorità giudiziaria si è focalizzata, infatti, sul rispetto di quelle disposizioni poste a tutela della integrità morale del soggetto (in questo caso Rfi), idonee a diventare rilevanti sul piano della lesione del vincolo fiduciario e quindi del recesso per giusta causa.

3. — *Diritto di critica e rapporto di lavoro* — La giurisprudenza e la dottrina non sono apparse sempre compatte nel delineare i limiti entro cui si può riconoscere rilievo scriminante (art. 51 cod. pen.) (Cass. 22 ottobre 1998, n. 10511, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 654 ss., con nota di D. Mugnaini) a quella differente forma di manifestazione del pensiero che si estrinseca nella critica, anziché nella mera cronaca (Cass. 18 ottobre 2005, n. 20140, in *Diritto e giustizia*, 2006, n. 4, p. 33; Trib. Piacenza 6 giugno 2007, in *Arg. dir. lav.*, 2007, II, pp. 869 ss., con nota di E. Menegatti; Trib. Roma 26 ottobre 2010, in *Dir. rel. ind.*, 2010, pp. 482 ss., con nota di A. Di Casola). Nonostante si sia tentato di conferire al diritto di critica un'autonomia configurazione rispetto a quello di cronaca (Cass. pen., 6 febbraio 2007, n. 11662, in *Cass. pen.*, 2008, p. 611, con nota di F. Carcano; M. Polvani, *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, Padova, 1998, pp. 177 ss.; A. Rivara, *Riflessioni sul diritto di critica del lavoratore nell'ordinamento italiano e comunitario*, in *Lav. dir.*, 2002, p. 415), la Cassazione ha costantemente ribadito le tre condizioni in base a cui l'esercizio di tali diritti può avere efficacia scriminante rispetto ai reati di ingiuria, diffamazione e di inviolabilità dei segreti: si tratta, in particolare, dei limiti della verità, della pertinenza e della continenza. Tuttavia, quest'ultima sembra essere la barriera giuridica più rilevante per il manifesto dissenso del lavoratore, in quanto a esso si richiede principalmente il carattere misurato e la correttezza nell'esposizione dei fatti, in modo che siano evitate gratuite aggressioni dell'altrui reputazione. Infatti, nell'ambito di una polemica intensa su tematiche sensibili come quelle oggetto della sentenza, il contenuto valutativo delle dichiarazioni dovrebbe incontrare i limiti scriminanti del diritto garantito dall'art. 21 Cost. solo nella rilevanza sociale dell'argomento (Cass. 18 ottobre 1984, n. 5259, in *Foro it.*, 1984, I, p. 2711; Cass. 6 agosto 2007, n. 17172, in *Foro it.*, 2008, I, p. 1553; Cass. 21 marzo 2008, n. 7684, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 1075) e nell'adeguatezza delle espressioni impiegate (Cass. pen., 5 marzo 2004, n. 19334, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 27, p. 97).

Nell'ambito della tradizionale distinzione tra diritti individuali, riconosciuti al soggetto in quanto tale a suo esclusivo beneficio, e diritti funzionali, attribuiti al singolo in relazione al conseguimento di fini di carattere collettivo, la giurisprudenza della Corte Costituzionale sembra abbracciare la tesi della riconducibilità del diritto di cui all'art. 21 Cost. alla prima delle enunciate categorie. La Consulta, infatti, quando si è trovata a decidere in merito alla legittimità dei limiti legislativi di volta in volta stabiliti per il diritto di libera manifestazione del pensiero, si è sempre preoccupata di individuarne un positivo fondamento costituzionale, rifiutando la cd. «tesi delle limitazioni immanenti» (*Ex multis*, Corte Cost. 29 gen-

naio 1981, n. 16, in *Foro it.*, 1981, I, p. 601), secondo la quale al legislatore ordinario spetterebbe un potere di compressione autonomo esercitabile in funzione del perseguimento di finalità, implicitamente rinvenibili nell'ordinamento complessivamente inteso, rispetto alle quali la libertà in parola risulterebbe preordinata [A. Pace, M. Manetti, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero (Art. 21)*, in G. Branca e A. Pizzorusso, *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma, 2006, pp. 39 ss.].

Egualmente anche l'ipotesi sottostante alla sentenza in commento, ovvero l'iniziativa giudiziaria a carattere penale da parte del lavoratore, potrebbe ledere altro diritto costituzionalmente garantito, ovvero il decoro del datore di lavoro, causando un pregiudizio all'immagine dell'impresa (Cass. 8 luglio 2009, n. 16000, in *Mass. giust. civ.*, 2009, p. 1217). Eppure, ciò che rileva non è tanto se il diritto-dovere di agire in giudizio nei confronti del datore contrasti con l'osservanza degli obblighi di esecuzione del contratto di lavoro, quanto se la mancata collaborazione al perseguimento di interessi, ritenuti non leciti, possa considerarsi in termini di dissenso costruttivo legittimo (V. le interessanti considerazioni di M. Aimò, *Apunti sul diritto di critica del lavoratore*, in *q. Riv.*, 1999, II, pp. 455 ss.; Cass. 16 gennaio 2001, n. 519, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, pp. 453 ss., con nota di L. Di Paola).

La Corte non si è attardata a rimarcare che la facoltà di adire l'autorità giudiziaria possa rientrare, anche nelle sue declinazioni più estensive, tra le forme di diritto di critica (art. 21, comma 1, Cost.), né ha letto la situazione concreta con la lente del classico bilanciamento tra libertà di opinione nei luoghi di lavoro e interesse datoriale a una libera organizzazione del sistema produttivo (art. 41 Cost.) o alla difesa della reputazione e dell'onore (artt. 2 e 3 Cost.). È indubitabile che il licenziamento per giusta causa rappresenti una significativa espressione della libera iniziativa economica e una sanzione estrema, ma è altrettanto evidente che nel nostro ordinamento, in linea di principio, il lavoratore è libero di agire in giudizio (art. 24, comma 1, Cost.) nei confronti del proprio datore (Cass. 27 agosto 2003, n. 12562, in *q. Riv.*, 2004, II, pp. 765 ss., con nota di A. Tusino) senza per ciò stesso rischiare la perdita del posto di lavoro o andare incontro a eventuali rappresaglie (Cass. 16 febbraio 2000, n. 1749, in *q. Riv.*, 2000, II, pp. 463 ss., con nota di M. Villa; Cass. 16 ottobre 2000, n. 13738, in *Mass. giust. civ.*, 2000, p. 2144).

4. — *«Ancora in marcia»: diritto all'azione giudiziaria secondo l'art. 21 Cost.* — Lo snodo argomentativo della decisione è rappresentato dall'apprezzamento del giudice del gravame in merito alla denuncia penale. Tale accertamento, come noto, costituisce giudizio di fatto, incensurabile in sede di legittimità se correttamente e congruamente motivato (Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pp. 813 ss., con nota di V. Nuzzo). L'assenza di una specifica *notitia criminis* e l'incontestata fondatezza dei fatti, già oggetto di precedenti segnalazioni alla magistratura da parte del sindacato Fisat-Cisas, hanno conferito un «colore» neutro alle circostanze denunciate: la carenza di un effettivo danno all'immagine di Rfi, tale da metterne in difficoltà la credibilità aziendale, è stata la prova regina della corretta esposizione degli eventi (rispettosa del cd. nocciolo di verità) e della legittima

iniziativa del lavoratore, volta a informare l'opinione pubblica sulla costosa operazione economica messa in atto dalle Ferrovie dello Stato.

Il corretto inquadramento dell'azione penale promossa dal dirigente – sia pure non sfociata in alcuna condanna per Rfi – ha permesso di non accogliere quegli indirizzi giurisprudenziali che hanno ampliato la sfera di operatività dell'art. 2105 cod. civ. (A. Montanari, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, pp. 592-593; F. Santini, *Il diritto di critica del lavoratore alla luce della più recente ricostruzione dell'obbligo di fedeltà*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, pp. 921 ss.) fino a ricomprendere, oltre ai comportamenti espressamente vietati, anche tutte quelle condotte che appaiono in generico contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura dell'impresa o in conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa (Cass. 25 febbraio 1986, n. 1173, in *Foro it.*, 1986, I, pp. 1877 ss., con nota di O. Mazzotta).

Il taglio interpretativo attribuito alla vicenda in questione sembra collocarsi sulla stessa linea di quelle autorevoli opinioni (F. Mancini, *Il cosiddetto obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1956, I, pp. 15 ss.; G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, Bologna, 2000, pp. 174-175) che hanno cercato di tenere l'esercizio del diritto di critica al di fuori dei rispettivi diritti e obblighi del rapporto di lavoro (Trib. Palermo, 24 maggio 1995, in *Orient. giur. lav.*, 1995, p. 320; Trib. Frosinone 8 ottobre 1986, in *Foro it.*, I, p. 948). Lo strumento della denuncia penale, collocato all'interno di una più ampia nozione di libertà di manifestazione del pensiero e considerato in relazione alla finalità di «leale chiarezza» (R. Giovagnoli, *Il diritto di critica tra reato di diffamazione e giusta causa di licenziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, pp. 798 ss.) sulle ingenti spese autorizzate da Rfi (9 miliardi di vecchie lire), è stato riletto al punto da rendere ingiustificato il provvedimento espulsivo. Lo specifico comportamento del dirigente non è stato ritenuto idoneo a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto stesso (L. Zoppoli, *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi: l'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, Padova, 2005, pp. 837 ss.), e, soprattutto, non è stato nemmeno equiparato ad alcun inadempimento contrattuale (V. le opportune precisazioni sistematiche di M. Persiani, *Il licenziamento del dirigente tra perdita di fiducia e inadempimento*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, spec. pp. 1182 ss.). È chiaro che la mera azione giudiziaria potrebbe avere una portata lesiva della reputazione dell'azienda; tuttavia, essa può considerarsi lecita se non si traduce nel mero intento distruttivo dell'onore del soggetto (ad esempio, incolpando di reato taluno che si sa essere innocente) e se è collegata alla manifestazione di un dissenso ragionato dall'atteggiamento preso di mira (Cass. 16 maggio 2008, n. 12420, in *Mass. giust. civ.*, 2008, p. 741). La congruenza del mezzo utilizzato (denuncia) rispetto al perseguimento di un interesse giuridicamente rilevante (diritto di critica) non può venire meno a causa di un determinato esito del processo penale. Il diritto di critica, pertanto, diversamente da quello di cronaca, non si concretizza nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio e, più in generale, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la disapprovazione non può che essere fondata su un'inter-

pretazione necessariamente soggettiva dei fatti (Cass. pen. 2 luglio 2004, n. 2247, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1461; Cass. pen., 6 febbraio 2007, n. 11662, in *Cass. pen.*, 2008, p. 611). In altri termini, gli esposti alla Procura della Repubblica, effettuati in forza di una facoltà costituzionalmente garantita (art. 24, comma 1, Cost.), possono rimanere espressione del diritto garantito ai sensi dell'art. 21 Cost. laddove siano rispettati i limiti scriminanti (art. 51 cod. pen.) della rilevanza sociale dell'argomento e della adeguatezza delle espressioni impiegate.

Federico Siotto
Assegnista di ricerca nell'Università di Siena

CASSAZIONE, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Bandini, P.M. Romano (conf.) – Centro sociale Sorgane (avv. Menaldi) c. Inail (avv.ti Pignataro, Catalano).

Conf. Corte d'App. Firenze 27 gennaio 2009.

Associazione in partecipazione – Art. 2549 cod. civ. – Distinzione dal contratto di lavoro subordinato – Criteri.

Associazione in partecipazione – Art. 2549 cod. civ. – Distinzione dal contratto di lavoro subordinato – Criteri – Valutazione complessiva degli stessi – Necessità.

Lavoro subordinato – Art. 35, Cost.; Art. 2094 cod. civ. – Fattispecie – Individuazione – Criteri.

Controversie di lavoro e previdenza – Valutazione della prova – Prova testimoniale circa l'esistenza di un contratto – Ammissibilità – Libertà del giudice nel valutarne l'attendibilità – Sussistenza.

Lavoro subordinato – Art. 2094 cod. civ. – Valutazione del giudice di merito circa gli elementi che qualificano un rapporto come lavoro subordinato o altro genere – Censurabilità in Cassazione – Limiti.

Lavoro subordinato – Art. 2094 cod. civ. – Potere gerarchico e disciplinare del datore di lavoro – Esistenza – Margini di autonomia, di iniziativa e di discrezionalità del dipendente – Compatibilità.

Lavoro subordinato – Art. 2094 cod. civ. – Distinzione rispetto ad altri rapporti – Difficoltà di individuazione dell'elemento dell'eterodirezione a causa della peculiarità delle mansioni – Ricorso a criteri complementari e sussidiari – Necessità.

Controversie di lavoro e previdenza – Valutazione della prova – Contenuto di verbali redatti da pubblici ufficiali – Libertà del giudice nel valutarne l'attendibilità – Sussistenza.

Controversie di lavoro e previdenza – Cassazione civile – Motivi di ricorso – Vizio di motivazione – Nozione – Potere del giudi-

ce di legittimità di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale – Esclusione.

Lavoro subordinato – Art. 2094 cod. civ. – Distinzione rispetto a prestazioni lavorative erogate a titolo gratuito – Criteri – Volontà originaria delle parti e modalità concrete di svolgimento del rapporto – Concorso dei due elementi – Finalità ideali e non lucrative – Necessità ai fini della qualificazione del rapporto come gratuito.

Controversie di lavoro e previdenza – Procedimento civile – Art. 366, comma 1, n. 6, e art. 369, comma 2, n. 4, cod. proc. civ. – Ricorso per Cassazione – Principio di autosufficienza.

In tema di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine del giudice del merito, volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa (non immutabile dall'associante e non limitato alla perdita della retribuzione con salvatezza del diritto alla retribuzione minima proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro), il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeressato; tale accertamento, se adeguatamente e correttamente motivato, non è censurabile in sede di legittimità. (1)

L'accertamento della presenza di un contratto di associazione in partecipazione oppure di lavoro subordinato implica necessariamente una valutazione complessiva e comparativa dell'assetto negoziale, quale voluto dalle parti e quale in concreto posto in essere, e la possibilità che l'apporto della prestazione lavorativa dell'associato abbia connotazioni in tutto analoghe a quelle dell'espletamento di una prestazione lavorativa in regime di lavoro subordinato. (2)

Ove la prestazione lavorativa sia inserita stabilmente nel contesto dell'organizzazione aziendale, senza partecipazione al rischio d'impresa e senza ingerenza nella gestione dell'impresa stessa, si ricade nel rapporto di lavoro subordinato in ragione di un generale favore accordato dall'art. 35 Cost. che tutela il lavoro «in tutte le sue forme e applicazioni». (3)

In forza del criterio di acquisizione delle prove, il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie, quale che sia la parte a iniziativa della quale sia avvenuto il loro ingresso nel giudizio (nella fattispecie, valutando il complesso delle emergenze processuali acquisite e indicando, al contempo, le lacune probatorie in ordine alle risultanze che avrebbero dovuto corroborare l'eccezione relativa alla sussistenza di rapporti di associazione in partecipazione). (4).

L'esistenza del vincolo della subordinazione va concretamente apprezzata dal giudice del merito con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, fermo restando che, in sede di legittimità, è censurabile soltanto la determinazione dei criteri generali e astratti da applicare al caso concreto, mentre costituisce accertamento di fatto – come tale incensurabile in tale sede se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi logici e giuridici – la valutazione delle risultanze processuali che hanno indotto il giudice del merito a includere il rapporto controverso nell'uno o nell'altro schema contrattuale. Ciò anche qualora non si tratti di discriminare l'ipotesi del lavoro subordinato da quella del lavoro autonomo, ma di stabilire se sia intervenuta fra le parti la stipulazione di un contratto di lavoro. (5)

Il potere direttivo del datore di lavoro non si esplica necessariamente mediante ordini continui, dettagliati e strettamente vincolati, ben potendosi realizzare l'assoggettamento implicito nel concetto di subordinazione attraverso direttive dettate dal datore in via programmatica, necessarie e sufficienti alla natura della stessa, cosicché anche l'esistenza di un potere disciplinare e gerarchico non è esclusa da eventuali margini, più o meno ampi, di autonomia, di iniziativa e di discrezionalità dei quali goda il dipendente, dovendo l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione datoriale essere intesa in funzione dei risultati che il datore di lavoro, imprenditore o meno, si propone di conseguire a proprio esclusivo rischio. (6)

Quando l'elemento dell'assoggettamento del lavoratore alle direttive altrui non sia agevolmente apprezzabile a causa della peculiarità delle mansioni e del relativo atteggiarsi del rapporto (come nel caso in cui la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione), occorre fare riferimento a criteri complementari e sussidiari, come quelli della collaborazione, della continuità delle prestazioni, dell'osservanza di un orario determinato, del versamento a scadenze fisse di una retribuzione prestabilita, del coordinamento dell'attività lavorativa all'assetto organizzativo dato dal datore di lavoro, dell'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale; elementi che, privi ciascuno di valore decisivo, possono essere valutati globalmente come indizi probatori della subordinazione. (7)

Con riferimento ai verbali redatti dagli ispettori del lavoro o dai funzionari degli enti previdenziali e assistenziali, le circostanze apprese da terzi e in essi contenute, anche quando non siano allegati i verbali delle informazioni assunte che costituiscono la fonte della conoscenza del verbalizzante, costituiscono elementi probatori che il giudice può valutare in concorso con altri, potendo altresì considerarli prova sufficiente delle circostanze riferite al pubblico ufficiale, qualora il loro specifico contenuto probatorio, o il concorso d'altri elementi, renda superfluo l'espletamento di ulteriori mezzi istruttori (nella fattispecie, le dichiarazioni rese dai lavoratori in sede ispettiva — quindi nella vicinanza temporale ai fatti riferiti e in assenza di condizionamenti «esterni» e, comunque, sostanzialmente confermate in sede giudiziale, rapportandole al contesto lavorativo di riferimento — rivestivano valore probatorio tranquillizzante circa l'effettiva natura dei rapporti intercorsi con l'odierno ricorrente). (8)

Il giudice di legittimità non può riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale, ma ha la sola facoltà di controllo, dal punto di vista della correttezza giuridica e della coerenza logico-formale, delle argomentazioni svolte dal giudice del merito. Di conseguenza, il preteso vizio di motivazione, sotto il profilo della omissione, insufficienza, contraddittorietà della medesima, può legittimamente dirsi sussistente solo quando, nel ragionamento del giudice di merito, sia rinvenibile traccia evidente del mancato (o insufficiente) esame di punti decisivi della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile di ufficio, ovvero quando esista insanabile contrasto tra le argomentazioni complessivamente adottate, tale da non consentire l'identificazione del procedimento logico-giuridico posto a base della decisione. (9)

Laddove sorga il problema di discriminare l'ipotesi in cui vi è stata volontà di obbligarsi dietro retribuzione e si è avuta la mera inerzia del prestatore, seppur prolungata nel tempo, nel chiedere un compenso per la prestazione lavorativa, da quella in cui l'intento è stato di arricchire il beneficiario della prestazione lavorativa a titolo gratuito, intento evidentemente incompatibile con la volontà di stipulare un contratto di lavoro, la gratuità deve essere stabilita alla stregua della volontà originaria delle parti, nonché dalle modalità concrete di svolgimento del rapporto idonee a chiarirla, integrarla o modificarla; cosicché, nell'ambito dell'indagine diretta alla ricostruzione della volontà negoziale, assume rilievo precipuo l'esistenza di cause giustificatrici, sul piano giuridico-sociale, della prestazione gratuita, ciò che giurisprudenza e dottrina esprimono tradizionalmente con l'affermazione che il rapporto deve risultare istituito affectionis vel benevolentiae causa, e, quindi, che la prestazione è stata resa per finalità ideali e non lucrative. L'esistenza di finalità ideali e non lucrative (quali, in particolare, possono discendere da vincoli di solidarietà familiare, sociale, politica) induce a propendere per la gratuità, in difetto di elementi in grado di legittimare una diversa qualificazione del rapporto; mentre, al contrario,

l'inesistenza di cause giustificatrici della prestazione gratuita – o, che è lo stesso, la mancata rigorosa prova di esse – porta a ritenere che sia stato concluso un contratto di lavoro e vi sia stato inadempimento dell'obbligazione retributiva. (10)

Il riferimento a difformi dichiarazioni rese dal lavoratore interessato in ordine all'epoca del svolgimento della prestazione è inammissibile per violazione del principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione, qualora non siano stati ivi indicati i tempi e i modi di tali difformi dichiarazioni, né trascritto integralmente il loro effettivo contenuto. (11)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-11) DALL'INGERENZA DELL'ASSOCIATO «NELLA GESTIONE»
A QUELLA «NELL'ASSOCIAZIONE»: LA CASSAZIONE CORREGGE IL TIRO,
MA NON A SUFFICIENZA

Si tratta di una sentenza molto articolata, e in ciò risiede al tempo stesso il suo pregio e il suo relativo difetto. Le argomentazioni dell'appellante si snodano su ben dodici motivi e la Cassazione si premura di confutarli analiticamente, dando origine a una motivazione estesa e puntuale, talora ridondante, dalla quale si è scelto di trarre tutte le massime che sono parse rilevabili e che ammontano, come si vede, a ben undici. I giudici avrebbero potuto fare qualche economia argomentativa, ma diversa è stata in questo caso la loro scelta, forse ispirata (inconsiamente?) da un'esigenza giustificatoria legata a pensieri non dissimili da quelli qui accennati in conclusione.

Scelta che peraltro consente, quanto meno, di vedere i fatti illustrati in modo esauriente – cosa non comune –, sì da poter ricostruire agevolmente la vicenda: da un'ispezione dell'Inail nel bar di un Circolo Arci presso il Centro sociale di Sorgane (frazione del Comune di Firenze) derivavano cartelle esattoriali riferite a quattro soggetti che vi lavoravano e che venivano identificati come dipendenti non dichiarati, e quindi «in nero», del Centro stesso. La sentenza che si commenta riguarda tuttavia solo tre di questi soggetti, essendosi consolidata per il quarto la pronuncia di primo grado. Nell'impugnare la sentenza d'appello, il Centro sociale ribadisce la sua tesi secondo cui due dei tre soggetti, addetti al banco del bar, sarebbero stati legati da contratti di associazione in partecipazione, che attesterebbero la loro qualità di associati e non di dipendenti, mentre nel caso del terzo, addetto alle pulizie, l'attività sarebbe stata prestata a titolo gratuito.

Il primo e principale tema della decisione sta dunque nell'ormai ricorrente problema del confronto fra la posizione dell'associato in partecipazione che apporti la propria opera (associato d'opera) e quella del lavoratore subordinato (1).

(1) Problema che sarebbe stato risolto alla radice dal disegno di legge n. 1405 del 2007, a iniziativa dei senatori Bellini, Iovene e altri, recante «Disposizioni per il superamento del

In merito a esso la Corte richiama anzitutto il suo consolidato principio per cui la qualificazione del contratto, alla luce della fattispecie concreta, va effettuata confrontando gli elementi o indici caratteristici delle due posizioni contrattuali in concreto riscontrabili; particolarmente sintomatici della presenza di un'associazione in partecipazione sarebbero la *rendicontazione* periodica resa dall'associante all'associato e il coinvolgimento di quest'ultimo nel *rischio d'impresa*, mentre sarebbe indicatore privilegiato del lavoro subordinato il *potere direttivo* del datore di lavoro (prima massima) (2).

È significativa la precisazione tradotta nella seconda massima (3) secondo cui, nell'effettuare tale confronto, è necessaria «una valutazione complessiva e comparativa dell'assetto negoziale, quale voluto dalle parti e quale in concreto posto in essere». In tal modo la Cassazione mostra di aver meritoriamente abbandonato quella tendenza, che si era ritenuto di criticare (4), a valutare uno per uno i singoli indici rivelatori, potendo trovare per ciascuno un'agevole spiegazione in un senso o nell'altro, in base a un pregiudizio evidentemente in altro modo formatosi (5).

A seguire, la motivazione richiama un altro principio che da qualche anno si è inserito nel bagaglio delle argomentazioni usate dalla Cassazione in questo genere

lavoro precario e delega al Governo per la riforma del sistema di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni»; in esso, all'art. 3, si proponeva una modifica dell'art. 2549, che detta la nozione di associazione in partecipazione, inserendovi semplicemente il divieto di previsione contrattuale di un apporto d'opera e la sanzione, in caso di violazione, di un'automatica conversione del rapporto in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. La recente legge 28 giugno 2012, n. 92, di riforma del mercato del lavoro, ha optato per una soluzione meno drastica: al comma 28 dell'art. 1 ha aggiunto all'art. 2549 un comma in cui si concede a una medesima «attività» (ove dovrebbe leggersi «impresa») di avere non più di 3 associati d'opera. Gli eventuali eccedenti sono considerati *ex lege* lavoratori subordinati a tempo indeterminato. Il successivo comma 29 fa salvi i contratti già stipulati all'entrata in vigore della legge, purché certificati.

(2) Le sentenze richiamabili sul punto sono assai numerose e la stessa sentenza ne menziona addirittura tredici. Sarà sufficiente indicare le più recenti: Cass. 8 novembre 2011, n. 23167, in *Giur. it.*, 2012, con nota di G. Mignone (cit. fra breve); Cass. 24 febbraio 2011, n. 4524; Cass., 4 aprile 2007, n. 8465, in *Not. giur. lav.*, 2007, p. 266; Cass. 22 novembre 2006, n. 24781, in *Not. giur. lav.*, 2007, p. 155; in *Inf. prev.*, 2007, p. 182; Cass. 19 dicembre 2003, n. 19475. A queste pronunce deve aggiungersi Cass. 1° febbraio 2012, n. 2496, ancor più recente di quella qui annotata. Parzialmente difforme Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 327 (con nota di A. Orlandi, *Ancora sui requisiti del contratto ex art. 2549 cod. civ.: in particolare, sulla non necessaria partecipazione dell'associato alle perdite*), poiché vi si nega impropriamente l'obbligatorietà del rendiconto, chiaramente sancita dal comma 3 dell'art. 2552.

(3) Che trova precedenti in Cass., 22 novembre 2006, n. 24781, cit., e in Cass., 19 dicembre 2003, n. 19475, cit.

(4) G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, in P. Schlesinger (fondato da), F.D. Busnelli (diretto da), *Il codice civile. Commentario*, Artt. 2549-2554, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 526 s.

(5) Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, in *Not. giur. lav.*, 2000, p. 33; in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 445, con nota di P. Albi, *Associazione in partecipazione e lavoro subordinato*; in *Inf. prev.*, 1999, p. 851.

di controversie: quello che sostiene la presenza del lavoro subordinato quando vi sia lo «stabile inserimento [del soggetto] nell'organizzazione aziendale» e manchi l'«ingerenza nella gestione» (terza massima). A differenza delle precedenti, questa affermazione non può considerarsi felice, anzi è foriera di confusione: se letta in collegamento con l'associazione in partecipazione, essa potrebbe far sembrare che, nella visione della Corte, se nel lavoro subordinato manca l'ingerenza nella gestione, nel rapporto associativo essa vi sia, cosa inaccettabile poiché l'associato non può e non deve partecipare alla gestione stessa (*arg. ex art. 2552, comma 1, cod. civ.*).

In realtà, come si cercato altrove di dimostrare più analiticamente (6), se si guarda alla genesi di questo orientamento (7), si può osservare che esso esprime un principio slegato dal diretto confronto con l'associazione in partecipazione e volto unicamente a corroborare, con un richiamo al solo lavoro subordinato, la riscontrata presenza di quest'ultimo, già risultante da altri e più solidi elementi. Si deve tuttavia ribadire l'opportunità, per evitare possibili confusioni ed equivoci, che la giurisprudenza abbandoni questo riferimento all'ingerenza nella gestione, poiché troppo contrastante con i principi dell'associazione in partecipazione, nella quale l'associato può godere di poteri di *controllo sulla* gestione, non mai di ingerenza in essa, pena il transitare il rapporto nello schema della società di fatto (8). La sentenza che si commenta lascia trasparire una sensibilità verso questa difficoltà laddove, in motivazione, si legge che l'impugnata Corte d'Appello «ha [...] motivatamente escluso, in concreto, l'esistenza dell'ingerenza dell'associato nell'associazione dell'affare e del rischio d'impresa»: parlando di *ingerenza nell'associazione dell'affare* anziché nella gestione, l'estensore sembra voler correggere in qualche modo il tiro rispetto al pur richiamato principio tradotto in massima. Rimane tuttavia l'incongruenza di fondo dell'adombrare una partecipazione dell'associato alla conduzione dell'impresa, cosa che, si deve ribadire, va decisamente negata. Sembra opportuno, in altri termini, che l'affermazione di cui alla terza massima scompaia totalmente dalle argomentazioni riguardanti il rapporto fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato, poiché si presta troppo facilmente a innescare equivoci.

Fra le obiezioni che già in sede di appello il Centro sociale aveva avanzato, per negare l'esistenza del lavoro subordinato, vi è quella secondo cui i due addetti al banco del bar non operavano sotto la direzione di alcun datore di lavoro. Suffragando la risposta data dalla Corte d'Appello, la Cassazione ribadisce che l'elemento dell'eterodirezione va valutato in relazione al caso concreto, e nella fattispecie il genere stesso dell'attività è tale da non richiedere un controllo e delle di-

(6) G. Mignone, *Associato in partecipazione: «controllo» sulla gestione non è «ingerenza» in essa (sugli effetti degenerativi di un accostamento infelice)*, nota a Cass., 8 novembre 2011, n. 23167, cit.

(7) Individuabile in Cass. 19 dicembre 2003, n. 19475, cit., e in Cass., 22 novembre 2006, n. 24781, cit.

(8) Si rinvia, per una dimostrazione, a G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp. 190 ss., spec. 370 ss.

rettive continui da parte di un superiore, rientrando nella sua stessa natura la presenza di ampi margini di autonomia, che tuttavia non escludono la subordinazione (sesta e settima massima) (9). In altri termini, il criterio dell'eterodirezione, nei casi in cui la prestazione sia ripetitiva e non necessiti perciò di un continuo controllo, può non essere sufficiente per l'opera di qualificazione, occorrendo allora basarsi sui criteri distintivi sussidiari. In merito a essi, era risultato chiaramente dai verbali dell'ispezione Inail che i soggetti in questione osservavano un orario fisso di lavoro, si recavano al lavoro in tutti i cinque giorni lavorativi della settimana, ricevevano un compenso fisso su base oraria, non si erano mai occupati di contabilità, né avevano tenuto i rapporti con i fornitori, non avevano «mai visto un bilancio dell'associazione, né alcun rendiconto». Unico aspetto di aleatorietà risultava essere, secondo le dichiarazioni degli interessati, il fatto che a fine anno veniva loro comunicato se vi erano state perdite, e in tal caso venivano eseguite a loro carico delle trattenute. Aspetto peraltro conciliabile con un rapporto di lavoro con partecipazione (non esclusiva) agli utili.

A tali elementi, emersi nel corso dell'ispezione iniziale e dalla successiva istruttoria, può ricollegarsi una serie di affermazioni in materia di prove o, più ampiamente, di procedura. Con la prima, la Corte si limita a ribadire il suo consolidato «principio di acquisizione», per cui il giudice è libero di formare il suo convincimento sulla base di tutte le risultanze istruttorie (quarta massima) (10). Più rilevante una seconda: nel confermare il principio secondo cui il giudice è parimenti libero di valutare il contenuto di verbali redatti da pubblici ufficiali (11), la Cassazione fa propria un'affermazione della Corte d'Appello, in base alla quale le attestazioni risultanti da un'ispezione si presentano come particolarmente genuine e perciò attendibili, in quanto ottenute «a caldo», senza la possibilità di una previa preconstituzione di risposte, come può invece avvenire, presumibilmente, nel caso di dichiarazioni effettuate successivamente, nel corso di un giudizio (ottava massima).

Tale affermazione è degna di nota, poiché contrasta – e rettifica nel senso che pare più plausibile – un'altra effettuata dalla stessa Cassazione nel 1999 (12),

(9) Per la sesta sono citate: Cass. 29 gennaio 1993, n. 1094 (nel qual caso trattavasi di un'attività di pulizia e manutenzione dell'impianto termico di un condominio), e Cass. 23 novembre 1998, n. 11882 (nuovamente attività di pulizie, stavolta di una sede sociale; il punto relativo non figura fra le massime ufficializzate e va letto in motivazione). Per la settima: Cass., 21 gennaio 2009, n. 1536, in *Diritto e giustizia*, 2009; Cass. 5 maggio 2004, n. 8569, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 333, con nota di R. Muggia, *Le frontiere mobili della subordinazione*; Cass. 29 marzo 2004, n. 6224, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 748, con nota di A. Topo, *Sulla natura subordinata del lavoro di insegnante*.

(10) Le pronunce citate a sostegno dalla stessa Cassazione sono: Cass., Sez. trib., 19 gennaio 2010, n. 739; Cass. 10 ottobre 2008, n. 25028; Cass. 2 febbraio 2006, n. 2285, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 700 (ove il punto in questione non è tuttavia massimato); Cass. 19 aprile 2000, n. 5126. Si aggiungano Cass. 10 agosto 2004, n. 15408; Cass. 24 gennaio 2003, n. 1112.

(11) Cass. 22 febbraio 2005, n. 3525; Cass. 8 giugno 2005, n. 11946.

(12) Cass. 10 agosto 1999, n. 8578, cit. Nel senso, invece, della Cassazione che qui si commenta, Corte d'App. Bologna, 20 maggio 1995, in *Dir. fall.*, 1996, II, p. 662, con nota di D. Di Gravio, *La famiglia come società occulta e il suo fallimento implicito*.

verso la quale pure si era ritenuto di esprimere una netta riserva (13). In quel caso la Corte aveva sostenuto ciò che pare contrario a una logica che non sia strettamente burocratica (o burocratizzata), e cioè che la veridicità di una dichiarazione sarebbe tanto maggiore quanto più alta è l'autorità dinanzi a cui è resa, e pertanto le affermazioni di presunti dipendenti rese a freddo davanti al giudice (a distanza di tempo dall'ispezione e dopo aver discusso con difensori e sospetto datore di lavoro) sarebbero più attendibili di quelle da essi fornite a caldo all'ispettore...

Il principio espresso nella nona massima non necessita di particolari sottolineature, essendo semplicemente da manuale di procedura civile (14).

Un secondo tema di fondo affrontato dalla sentenza che si esamina riguarda la posizione del terzo soggetto considerato, colui cioè che era risultato dall'ispezione svolgere regolarmente attività di pulizia dei locali del Centro sociale. Adeguandosi ai suoi precedenti (15), la Corte afferma anzitutto che la distinzione fra un rapporto lavorativo e una prestazione erogata a titolo gratuito va effettuata guardando sia alla volontà iniziale delle parti che al concreto svolgersi del rapporto; criterio che peraltro vale per qualsiasi operazione qualificatoria. Nello specifico, la Cassazione aggiunge che è la prestazione a titolo gratuito che va dimostrata, con la prova della presenza di quelle che essa chiama «finalità ideali e non lucrative»; qualora la prestazione non risulti sorretta da tale «causa giustificatrice» (è l'espressione tecnicamente un po' infelice che compare in motivazione), essa sarà inquadrabile come lavorativa, con conseguente obbligo di retribuzione. In tal modo si attua nuovamente un principio di tutela del lavoro subordinato, che ne presume la presenza salvo prova contraria. Nella fattispecie, la Corte conferma una corretta applicazione di tali principi da parte dei giudici di secondo grado: a sostenere e confermare la valutazione viene adottata la natura particolarmente disagiata della prestazione, che renderebbe poco plausibile il fatto che sia stata svolta a titolo di volontariato; valutazione invero un po' strana, poiché sembra dare per scontato che il volontariato sia svolto in un contesto del tipo «dame della carità», contraddicendo il dato sociologico che vede non di rado un impegno assai duro e difficile, sotto vari profili.

Nella quinta massima si è compendiate un'affermazione che viene ripetuta in relazione sia alla prima parte della motivazione (lavoro subordinato o associazione in partecipazione), sia alla seconda (lavoro subordinato o prestazione gratuita), affermazione anche questa pacifica, secondo la quale si possono censurare in Cas-

(13) G. Mignone, *L'associazione in partecipazione*, cit., pp. 526 s., spec. in nota 102.

(14) Cass., Ss.Uu., 11 giugno 1998, n. 5802, in *Dir. giur. agr.*, 1999, p. 616; Cass., Ss.Uu., 27 dicembre 1997, n. 13045.

(15) Cass. 26 gennaio 2009, n. 1833, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, p. 496 (s.m.); in *Diritto e giustizia*, 2009 (s.m.), con nota di T. Elisino; Cass. 20 febbraio 2006, n. 3602, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 2, p. 666; Cass. 23 agosto 2000, n. 11045, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 622, con nota di P. Campanella, *Gratuità e contratto di lavoro*; in *Giur. bollettino legisl. tecnica*, 2001, p. 201 (s.m.); Cass., 6 aprile 1999, n. 3304, in *Dir. informatica*, 2000, p. 396 (s.m.).

sazione i criteri astratti di qualificazione di un contratto, non la valutazione di fatto in base a essi effettuata dal giudice di merito (16).

Del tutto superflua appare l'argomentazione finale della Corte, alla quale tuttavia si è ormai fatta l'abitudine: l'evocazione del principio di autosufficienza del ricorso (17), in questo caso riferita – ma, è il caso di ripeterlo, senza che ve ne fosse alcun bisogno, essendo già stata la motivazione esauriente sul punto – alla posizione del preteso erogato la prestazione a titolo gratuito. Non sarebbero state, in riferimento a tale posizione, trascritte per intero le dichiarazioni del soggetto intese ad affermare la natura volontaristica dell'opera da lui svolta.

Sia consentito un rilievo conclusivo di carattere non strettamente giuridico (ma forse solo in apparenza, giacché, al di fuori di un contesto formalista, diritto dovrebbe corrispondere con giustizia): di fronte ai numerosi e gravissimi incidenti che quotidianamente funestano l'attività di barista o di addetto alle pulizie (il bicchiere che si rompe mentre lo stai lavando, lo scivolone sulla chiazza di bagnato), forse, nella scarsità di personale e risorse, l'Inail potrebbe concentrare la sua attenzione, anziché su piccoli centri che svolgono, tutto sommato, funzioni aggregative di interesse latamente pubblico, sulla galassia oscura dei cantieri edili nei quali veramente – e non ironicamente – si registrano con frequenza gravi incidenti, spesso mortali.

Gianni Mignone

Professore associato di Diritto commerciale nell'Università di Torino

(16) In relazione alla scelta fra associazione in partecipazione e lavoro subordinato: Cass. 8 ottobre 2008, n. 24871, cit. (si vedano però le massime ufficiali); Cass. 4 aprile 2007, n. 8465, cit. (il punto però non è massimato); in relazione a quella fra lavoro subordinato e autonomo: Cass. 24 febbraio 2006, n. 4171, in *Foro it.*, 2007, I, 1, p. 93; Cass. 3 aprile 2000, n. 4036; in relazione a quella fra lavoro subordinato e prestazione erogata a titolo gratuito: Cass. 23 agosto 2000, n. 11045, cit. Per un sottile rilievo critico in merito al principio in questione: F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, 2. *Il rapporto di lavoro subordinato*, VII ed., Torino, 2011, p. 26.

(17) I precedenti in questo senso sono innumerevoli e costanti. Più utile forse rinviare a qualche valutazione della dottrina: F. Santangeli, *Sui mutevoli (e talora censurabili) orientamenti della Suprema Corte, in tema di autosufficienza del ricorso per cassazione, in attesa di un (auspicabile) intervento chiarificatore delle Sezioni Unite*, in *Judicium* (www.judicium.it), 2011; S. Chiarloni, *Il diritto vivente di fronte alla valanga dei ricorsi in cassazione: l'inammissibilità per violazione del cd. principio di autosufficienza*, in www.processocivile.org (La procedura civile nelle università piemontesi).

CORTE D'APPELLO BRESCIA, 13 dicembre 2011, Sez. lav. – Pres. Nuovo, Est. Terzi – Fondazione A.P. Onlus (avv. Vassalini) c. R.M. (avv. Pasini).

Contratto a termine – Somministrazione di lavoro – Conversione, indennità e risarcimento del danno non patrimoniale.

L'abusivo ricorso a contratti a tempo determinato, mediante il ripetuto approfittamento di un accentuato stato di bisogno del lavoratore, è possibile fonte di responsabilità extracontrattuale del datore di lavoro per i danni arrecati alla sua dignità personale e sociale i quali vanno risarciti in aggiunta all'indennità ex art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183. L'indennità prevista per la conversione del contratto a tempo determinato dall'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183, è applicabile anche al lavoro somministrato. (1)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) ABUSO DEL CONTRATTO A TEMPO DETERMINATO,
INDENNITÀ EX ART. 32, LEGGE N. 183/2010 E RISARCIMENTO
DEL DANNO NON PATRIMONIALE

SOMMARIO: 1. Il regime dell'indennità risarcitoria prevista per la conversione del contratto a termine dopo l'intervento del giudice delle leggi. — 2. La fattispecie concreta. — 3. L'indennità e i danni non patrimoniali da mancata retribuzione. — 4. Gli altri danni non patrimoniali connessi all'abuso del contratto a termine e la possibilità di un risarcimento aggiuntivo. — 5. Dalla lesione dell'interesse al posto stabile alla lesione della dignità personale e sociale del lavoratore. Le condotte moleste. — 6. Il risarcimento del danno nel contratto a tempo indeterminato da somministrazione irregolare.

1. — *Il regime dell'indennità risarcitoria prevista per la conversione del contratto a termine dopo l'intervento del giudice delle leggi* — Dopo oltre un anno di applicazioni e la pronuncia della Corte Costituzionale del novembre scorso, il regime dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183, sta assumendo contorni quasi certi: a) tale misura riguarda i soli contratti a tempo determinato direttamente stipulati con l'utilizzatore e non si applica alla somministrazione irregolare; b) l'indennità è onnicomprensiva e copre l'intero danno che, in assenza della disposizione, il datore di lavoro avrebbe dovuto risarcire a titolo di *mora credendi*; c) l'obbligo di pagamento non richiede, però, la costituzione in mora e non è soggetto all'*aliunde perceptum e percipiendum*; d) la sua funzione si svolge dalla scadenza del termine fino al momento della sentenza sulla conversione e, successivamente, si torna al normale regime risarcitorio; e) tale disciplina è applicabile a

tutti i giudizi in corso all'entrata in vigore della legge, compresi quelli pendenti in Cassazione (1).

La Corte d'Appello di Brescia applica la misura descritta a una fattispecie concreta che era stata decisa in primo grado prima dell'entrata in vigore della legge e, nel far ciò, conferma che l'indennità assorbe l'intero danno patrimoniale da illegittimità del termine, prescinde dalla costituzione in mora ed è insensibile a possibili decurtazioni. Al contrario, il Collegio si discosta dal quadro appena descritto nella parte in cui afferma che la misura opera anche nel caso previsto dall'art. 27, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Ma ciò che più interessa della pronuncia in epigrafe è la liquidazione del risarcimento del danno arrecato alla dignità personale e sociale del lavoratore *in aggiunta* all'indennità.

2. — *La fattispecie concreta* — Prima di commentare quest'ultimo *dictum*, occorre ricordare brevemente il caso concreto.

Una lavoratrice extracomunitaria, di cittadinanza croata, era stata ininterrottamente impiegata per sei anni, dal 2002 al 2008, da una fondazione mediante contratti di lavoro temporaneo e di lavoro somministrato e, in seguito, attraverso contratti a termine stipulati direttamente con l'ente, intervallati da un'altra somministrazione. La vicenda, dopo una trentina tra proroghe e nuove stipulazioni, era terminata quando, di fronte all'ennesima richiesta di stipulare un contratto precario, la lavoratrice aveva opposto il suo rifiuto chiedendo al datore di lavoro di mantenere la sua promessa alla costituzione di un vincolo stabile.

La Corte territoriale ha quindi accertato l'esistenza di un rapporto a tempo indeterminato con riferimento alla somministrazione irregolare avvenuta nell'agosto

(1) Tale quadro è quello che emerge all'esito del giudizio d'illegittimità costituzionale della norma risolto in senso negativo da Corte Cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *Mass. giur. lav.*, 12, 2011, pp. 928 ss. con nota di A. Vallebona. Si adeguano a tale pronuncia, Cass. 2 marzo 2012, n. 3305, e Cass. 31 gennaio 2012, n. 1409, che, tra l'altro, hanno rinviato al giudice di secondo grado con il compito di disporre la comminatoria in questione. È da segnalare a quest'ultimo riguardo anche Cass. 26 luglio 2011 n. 16266 (che, tuttavia, ha negato l'applicazione della norma perché l'esame dello *ius superveniens* presupponeva l'ammissibilità del motivo di ricorso). Per il momento, su tutti gli altri profili riepilogati nel testo e sui problemi di costituzionalità sorti in sede di commento e di applicazione dell'art. 32 cit., si consenta il rinvio a G. Bolego, *Commento all'art. 32*, in L. Nogler e M. Marinelli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Utet, Torino, 2012, pp. 311 ss.; A. Ciriello, *L'ordinanza di legittimità costituzionale della Cassazione sull'art. 32, commi 5 e 6, legge n. 183/2010*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, pp. 421 ss.; S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, I, 2011, pp. 247 ss.; P. Tosi, *I contratti a termine nel «Collegato lavoro» 2010*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, cit., pp. 355 ss.; Idem, *Il contratto a tempo determinato nel «Collegato lavoro» alla legge finanziaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2010, pp. 477 ss.; A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il collegato lavoro 2010*, cit., pp. 415 ss.; Idem, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il «Collegato» 2010*, in *Mass. giur. lav.*, 4, 2010, pp. 210 ss.; Idem, *Indennità per il termine illegittimo: palese infondatezza delle accuse di incostituzionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 1-2, 2011, pp. 49 ss.; L. Zappalà, *La tutela risarcitoria nei casi di conversione del contratto a tempo determinato al vaglio della Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, II, 2011, pp. 788 ss.

2004, quando, a suo giudizio, vi era stata la trasformazione della fondazione da ente di diritto pubblico a soggetto di diritto privato. Inoltre, il Collegio ha condannato il datore di lavoro alla riassunzione in servizio della dipendente, al pagamento di cinque mensilità *ex art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183*, e, infine, al pagamento dell'ulteriore somma di trentamila euro, a titolo di risarcimento del danno alla persona (liquidazione che già era avvenuta in primo grado e che, in appello, non era stata contestata nel *quantum*).

Con riguardo a quest'ultima statuizione, fin d'ora occorre osservare come il Collegio bresciano abbia così inteso rimuovere il pregiudizio correlato all'intera «catena contrattuale» alla quale era stata assoggettata la lavoratrice, e i cui accordi erano, comunque, palesemente e singolarmente illegittimi. A giudizio della Corte, tale catena configurava un intollerabile abuso a danno della lavoratrice, fonte di un disagio aggiuntivo rispetto al pregiudizio che normalmente avvertono molti lavoratori precari (ad esempio, l'impossibilità di accedere al credito per l'acquisto dei beni di cui hanno bisogno e, nel caso concreto, di un'autovettura). La Corte allude all'esigenza della lavoratrice (extracomunitaria) di permanere nel territorio italiano per provvedere alle esigenze fondamentali proprie e della famiglia d'origine e alla sussistenza di uno stato di «soggezione psicologica» di cui il datore di lavoro aveva approfittato.

Secondo la Corte d'Appello, «se questa condizione può anche non essere considerata causa di un vero e proprio danno alla persona», essa va valutata diversamente e «non è più accettabile quando l'abuso si protrae per un periodo di tempo che si giustifica esclusivamente in funzione di un illegittimo lucro [...] da parte del datore di lavoro, che approfitta di una situazione di inferiorità economico-sociale, di uno stato di bisogno». Una condotta di tal genere, conclude la Corte, «determina un assoggettamento del lavoratore lesivo della sua dignità personale e sociale e dunque di un diritto fondamentale inviolabile *ex artt. 2 e 41 Cost. e artt. 1, 21 e 22 della Carta di Nizza (Cassazione, Ss.Uu., n. 26972/08)*» che va, quindi, risarcito (2).

La pronuncia è l'occasione per chiarire ulteriormente l'ambito applicativo dell'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183, specialmente sotto il profilo della risarcibilità dei danni non patrimoniali.

3. — *L'indennità e i danni non patrimoniali da mancata retribuzione* — Il *dictum* della Corte d'Appello di Brescia sull'autonoma risarcibilità del danno non patrimoniale nella specifica fattispecie da essa esaminata, come si vedrà, appare per certi versi sostenibile. Occorre, tuttavia, soffermarsi sull'affermazione da cui muove il Collegio, con la quale ha inteso respingere l'unica censura mossa dall'appellante alla li-

(2) Anche se estranea al danno non patrimoniale, può essere interessante ricordare la vicenda per alcuni aspetti simile affrontata dal Trib. Vigevano 9 giugno 2004, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2004, p. 425. Nelle more della stipula del contratto di soggiorno, dopo la dichiarazione di emersione, un lavoratore extracomunitario era stato illegittimamente licenziato. In tal caso, il giudice ha liquidato il danno «patrimoniale (ulteriore rispetto a quello previsto dall'art. 8, legge 15 luglio 1966, n. 604) determinato dalla minor durata del permesso di soggiorno, dalla conseguente riduzione di opportunità lavorative e dall'impossibilità di accedere ai servizi pubblici».

quidazione dei pregiudizi arrecati alla persona della lavoratrice. In particolare, con l'impugnazione, il datore di lavoro aveva sostenuto che l'art. 32, comma 5, legge 4 novembre 2010, n. 183, copriva ogni pregiudizio; a ciò la Corte ha risposto che la norma riguarda il solo «piano patrimoniale».

Sul punto occorre una breve premessa. Com'è noto, la comminatoria stabilita dall'art. 32 citato è «onnicomprensiva» e va disposta tra un minimo e massimo di «mensilità» commisurate alla «retribuzione globale di fatto». Questi dati rendono più che certa la tesi – oggi convalidata dalla Corte Costituzionale – secondo cui la sua funzione è quella di compensare i pregiudizi che prima derivavano dalla *mora credendi* del datore di lavoro. È chiaro, però, che già sotto questo profilo si potrebbe astrattamente parlare dell'assorbimento anche di eventuali danni non patrimoniali. La retribuzione svolge una funzione esistenziale (art. 36 Cost.), e l'interesse a percepirla «trova tutela espressa nella Costituzione e, in quanto tale, merita la speciale protezione assicurata dall'art. 2059 cod. civ.» (3).

Nel caso della *mora accipiendi* non vi è prestazione e non vi è diritto alla retribuzione. Vi è, però, pur sempre il diritto al risarcimento del danno causato dal rifiuto della prestazione lavorativa (il quale, evidentemente, riguarda la mancata realizzazione dell'interesse al corrispettivo, e con esso dell'interesse a soddisfare i bisogni primari della propria esistenza).

Queste ultime riflessioni suggeriscono una possibile illegittimità costituzionale dell'art. 32 citato, sulla quale, dopo la recente presa di posizione del giudice delle leggi, occorre necessariamente soffermarsi.

In linea teorica, gli interessi sottesi alla retribuzione, anche quando questa manchi, andrebbero adeguatamente risarciti, specialmente se la loro violazione ha dato luogo ai pregiudizi di cui si sta parlando. Vi è, tuttavia, la cristallina clausola dell'onnicomprensività prevista dalla legge, la quale, evidentemente, non può essere ridotta a una sorta di *neon*, pronto a spegnersi soltanto perché ci si trova di fronte a pregiudizi di tal genere (4). Tutto questo darebbe quindi adito al dubbio d'incostituzionalità della norma in commento, per contrasto con l'art. 36 Cost. o, comunque, con riguardo alla lesione degli interessi essenziali del lavoratore, sottesi alla retribuzione.

In realtà, già nella pronuncia del novembre scorso della Consulta, si traggono validi elementi per escludere un simile dubbio. La norma va letta in correlazione

(3) Così Cass. 13 novembre 2009, n. 24030. Tale decisione, resa dalla Sezione III, è, tuttavia, criticabile nella parte in cui il giudice di legittimità ha ommesso di considerare che la garanzia ex art. 36 Cost. non si estende agli emolumenti di origine prettamente contrattuale (nel caso specifico si trattava di premi stabiliti dalla contrattazione collettiva collegati ai risultati aziendali). Vd. anche Trib. Milano 23 dicembre 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 3, 2009, p. 819, che, in aggiunta all'indennità ex art. 18 Stat. lav., ha riconosciuto al lavoratore il ristoro del danno identificato nel «patema conseguente all'incertezza determinata dall'impossibilità di poter mantenere la sua famiglia e alla necessità di ricorrere a prestiti».

(4) Cfr. S.P. Emiliani, *La nuova indennità per la conversione del contratto a tempo determinato*, in G. Proia e M. Tiraboschi, *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 213.

con i ristretti termini d'impugnazione introdotti dallo stesso art. 32 citato e dev'essere interpretata nel senso di una *temporanea sospensione* del regime risarcitorio ordinario, compresa tra la scadenza del vincolo e la sentenza sulla conversione. In più, la lunghezza del processo e i danni che *medio tempore* possono verificarsi sono evitabili attraverso la tutela cautelare, senza considerare, poi, gli speciali mezzi riparatori contro la durata irragionevole del processo. In questo contesto, il rischio di pregiudizi non patrimoniali è remoto, e anche se ci fosse, il lavoratore potrebbe evitarlo, sia mediante sollecite iniziative, sia ai sensi dell'art. 700 cod. proc. civ.

A questi elementi, ricordati dalla Corte Costituzionale, andrebbero, poi, aggiunti due profili: uno di «fatto» e l'altro di «diritto». Alla scadenza contrattuale, nonostante la continuità del vincolo e l'assenza del relativo diritto, il lavoratore può aver materialmente ricevuto il trattamento di fine rapporto che, almeno nei contratti di più lunga durata, gli garantisce per qualche mese il sostentamento di cui ha bisogno. Infine, contrariamente a quanto ritenuto dalla Consulta, vi sarebbe la possibilità di considerare la pronuncia sulla conversione come meramente dichiarativa, i cui effetti retroagiscono al momento della domanda, con ulteriore abbreviazione della sospensione di cui si è parlato (che avrebbe come termine finale il deposito del ricorso giudiziale) (5).

Ma vi è un altro dato che appare ancor più decisivo. Ci si riferisce alla discrezionalità di cui gode il legislatore ordinario nella scelta dei rimedi più appropriati per risolvere i conflitti che nascono dalle «patologie» del programma obbligatorio che la Corte Costituzionale, nel caso dell'art. 32, ha considerato da lui legittimamente esercitata (6). In quest'ultima disposizione, è vero, non vi è una traccia chiara sull'effetto *ex nunc* della conversione (7); inoltre, il regime proprio della nullità fa pensare alla continuità del vincolo e alla lesione dell'interesse connesso alla retribuzione. Non va, però, dimenticato che il legislatore avrebbe potuto sanzionare l'illegittimità del termine anche solo con un adeguato ristoro, senza alcuna conversione del contratto. E se questa scelta è da ritenersi costituzionalmente corretta (8), a maggior ragione egli può – come, poi, ha fatto – garantire il vincolo e derogare agli effetti che normalmente derivano dalla sua continuazione, prevedendo una penale che comprenda qualsiasi tipo di danno (9).

(5) La tesi è sostenuta dalla Corte d'App. Roma 2 febbraio 2012, inedita.

(6) La Corte, come si ricorderà, richiama anche l'ipotesi del licenziamento illegittimo che ricada nell'area della tutela obbligatoria. Nell'ottica precisata nel testo: P. Tosi, *I contratti a termine nel «Collegato lavoro» 2010*, cit., p. 358; A. Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro*, cit., pp. 210 ss.; Idem, *Indennità per il termine illegittimo: palese infondatezza*, cit., pp. 49 s.

(7) Sostengono l'effetto *ex nunc* G. Bolego, *Commento*, cit., p. 311; A. Vallebona, *Una buona svolta*, cit., p. 213; Idem, *Indennità per il termine illegittimo*, cit., p. 50; Idem, *L'indennità per il termine illegittimo*, cit., pp. 415 s. La questione viene inoltre approfondita da A. Ciriello, *L'ordinanza di legittimità costituzionale*, cit., pp. 434 ss., il quale si è espresso in senso opposto; e così pure la pronuncia citata nella nota 5.

(8) Vd. nota 6.

(9) Le altre questioni d'incostituzionalità alle quali la norma è stata sottoposta sono diverse e non tutte di semplice esposizione. Com'è noto spaziano da una possibile disparità di trattamento di situazioni ritenute omogenee alla presunta violazione dell'art. 24 Cost.,

4. — *Gli altri danni non patrimoniali connessi all'abuso del contratto a termine e la possibilità di un risarcimento aggiuntivo* — L'attenzione deve, ora, tornare alla pronuncia in commento. Come si è anticipato, nonostante tutto, il risultato al quale il giudice bresciano è giunto appare sostenibile.

Ogni lavoratore che è in cerca di un'occupazione, per le condizioni in cui versa, è disposto spesso ad accettare anche stipulazioni illegittime e a subire un probabile – e altrettanto illegittimo – condizionamento nelle sue scelte di vita. Il sistema, com'è noto, si preoccupa di riequilibrare questa situazione mediante la nullità, la conversione del vincolo e l'indennità di cui si è parlato. Tuttavia, all'origine di tale condizionamento può esservi *qualcosa di più* rispetto alla mera imposizione di un termine illegittimo; un qualcosa che, per ipotesi, potrebbe integrare un'altra fattispecie astratta. E, quando è così, gli effetti di quest'ultima dovrebbero concorrere con quelli prefigurati dall'art. 32 citato salvo, ovviamente, il limite dell'incompatibilità (10).

A quest'ultimo riguardo, si può pensare alle stipulazioni che avvengono mediante violenze o minacce, anche velate, dell'imprenditore (art. 610 cod. pen.) e al conseguente risarcimento *ex* art. 2059 cod. civ. (11). Ma a parte questa e le altre ipotesi sulle quali ci si soffermerà in seguito, il possibile asservimento delle condizioni personali del lavoratore, per conseguire indebiti benefici, in certi casi va oltre la mera inosservanza degli oneri che presiedono all'apposizione del termine. E anche se quei vantaggi sono suscettibili di essere rimossi, non appena il lavoratore si affranchi dalla sua condizione di bisogno, nelle situazioni più gravi, dove l'asservimento è accentuato o è ripetuto, ben può prefigurarsi *medio tempore* la violazione dell'obbligo di tutelare la personalità morale del lavoratore medesimo (art. 2087 cod. civ.) o, più in generale, di non arrecare un danno ingiusto alla sua persona (art. 2043 cod. civ.).

Alcuni elementi convalidano un simile percorso, che poi è quello seguito dalla Corte d'Appello di Brescia.

L'accertamento compiuto dalla Consulta è frutto di un (delicato) equilibrio tra opposte esigenze che potrebbe cedere se qualsiasi danno, estraneo alla perdita retributiva, fosse assorbito nell'indennizzo. Del resto, non sembra che questa sia la reale intenzione del legislatore. I chiari riferimenti contenuti nell'art. 32 citato alle «mensilità», alla «retribuzione globale di fatto» e alla stessa «conversione», fanno comprendere che l'onnicomprendività dell'indennizzo opera solo sul piano della

per poi giungere fino al contrasto con la clausola di non regresso e con l'art. 6 Cedu. Il taglio e lo scopo del presente commento impongono il rinvio agli approfondimenti fatti dalla Corte Costituzionale e ai commenti già citati nella nota 1, non senza precisare che, per larga parte, il *dictum* della Consulta appare convincente e che l'interpretazione più lineare della norma è quella che si è indicata nel testo (senza possibilità alcuna di prospettare l'indennità come aggiuntiva e non sostitutiva dell'ordinario risarcimento del danno).

(10) Il principio è desumibile dalla giurisprudenza sul licenziamento ingiurioso. Per tutte, Cass. 30 dicembre 2011, n. 30668, e Trib. Roma 12 febbraio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 736.

(11) Vd., per il caso di dimissioni in bianco, Cass. pen. 15 marzo 2007, n. 17444, in *Cass. pen.*, 1, 2008, p. 198.

mora credendi, apportandovi un'eccezione (12). Al contrario, rimangono fuori le conseguenze pregiudizievoli eventualmente originate da quanto *c'è dietro* alla stipulazione illegittima.

Inoltre, è proprio nei casi, che si sono appena richiamati, che la discrezionalità del legislatore incontra dei limiti ben precisi. La violazione della dignità, del decoro, dell'immagine o di altri valori essenziali della persona produce un danno che, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., va adeguatamente compensato, qualunque sia l'occasione del pregiudizio. E ciò, a maggior ragione, si deve sostenere quando, per effetto del contatto sociale, quegli interessi siano asserviti e piegati per conseguire stipulazioni illegittime.

Certo, quando vi è un conflitto tra opposti interessi, il legislatore può scegliere «se» assicurare il programma obbligatorio e «se» e «come» compensare il pregiudizio derivante dalla sua mancata attuazione (o dalla sua definitiva cessazione). Non pare, però, che questa sua discrezionalità si estenda con lo stesso vigore a fattispecie più ampie rispetto alla mera imposizione di un termine illegittimo. Gli interessi della persona costituzionalmente garantiti vanno sempre protetti «fuori» e «dentro» al rapporto.

5. — *Dalla lesione dell'interesse al posto stabile alla lesione della dignità personale e sociale del lavoratore. Le condotte moleste* — Nel riconoscere il danno non patrimoniale, la Corte bresciana segue lo schema di cui all'art. 2043 cod. civ., che del resto era l'oggetto della domanda proposta con il ricorso introduttivo del giudizio. Il Collegio esamina dapprima il requisito dell'ingiustizia del danno per, poi, spostare l'attenzione sugli altri elementi richiesti dall'illecito aquiliano.

È sul primo profilo che occorre soffermarsi. La Corte vede l'ingiustizia del danno nella «lesione di un interesse rilevante e giuridicamente protetto del lavoratore alla stipulazione di un contratto a tempo indeterminato». A parte altre considerazioni (13), questa riflessione andrebbe corretta, se non altro perché rischia

(12) Questa interpretazione dell'aggettivo «onnicomprensivo», che opera solo per il danno da perdita delle retribuzioni, oltre a essere confermata dall'interpretazione costituzionalmente orientata di cui si sta per dire, può trovare conforto nell'intenzione del legislatore di impedire il ristoro di danni aggiuntivi, rispetto al *quantum* forfetizzato, pur sempre collegabili all'indisponibilità del reddito. È utile al riguardo ricordare che tale aggettivo non è presente nelle disposizioni che si occupano dei licenziamenti illegittimi, dove simili risarcimenti sono spesso disposti. A proposito dell'art. 18 Stat. lav., vd. Trib. Milano 23 dicembre 2008, cit. in nota 3. Inoltre, in senso analogo, anche la giurisprudenza di legittimità, sia pure con le dovute precisazioni sulla dimostrazione del danno (Cass. 28 marzo 2011 n. 7064) o sui normali pregiudizi comunque coperti dall'indennità (Cass. 20 settembre 2010, n. 19831, e le altre ivi cit.). Con riferimento invece alla tutela obbligatoria contro i licenziamenti illegittimi, vd. la giurisprudenza cit. nella nota 2, nonché M. D'Antona, *Commento all'art. 1, commi 4 e 5*, in R. De Luca Tamajo e M. D'Antona (a cura di), *Disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove leggi civ.*, 1991, p. 163 (che faceva gli esempi della risarcibilità autonoma dei danni derivanti da protesti o da traslochi connessi all'indisponibilità del reddito).

(13) Il Collegio bresciano richiama nella parte finale della sua motivazione Cass., Ss.Uu., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 1, p. 38, con nota di P.G. Monateri.

una facile critica: se la lesione che dà titolo al risarcimento consistesse veramente nella violazione dell'interesse al posto stabile, si potrebbe obiettare che l'automatica conversione apporta al prestatore di lavoro la massima utilità in cui può sperare e che nessuna lesione ingiusta si consuma a suo danno perché precario egli *non è*.

Nel precisare meglio il ragionamento seguito dalla Corte bresciana, occorre riprendere il piano prima esplorato. La condizione d'inferiorità economico-sociale in cui versa il lavoratore non di rado è l'occasione per imporre (continue) pattuizioni vessatorie o inique, sulle quali l'ordinamento interviene attraverso la nullità e la sostituzione della clausola invalida. La nullità ha l'indubbio vantaggio di colpire *ab origine* l'atto senza la mediazione del giudice, che, quando interviene, ha un valore meramente dichiarativo. Ma, non per questo, l'abuso e le tracce che esso ha lasciato sono cancellati. L'abuso *è esistito* e può aver materialmente leso interessi rilevanti per l'ordinamento (14).

Nella situazione esaminata dalla Corte bresciana, vi era stato lo sfruttamento di un accentuato stato di bisogno di una lavoratrice, che aveva consentito al datore di lavoro di imporre innumerevoli accordi e proroghe (circa una trentina) e di confidare nei profitti connessi al tempo determinato dei contratti. Solo a distanza di sei anni dalla prima stipulazione, la dipendente era riuscita ad affrancarsi da quello stato e annullare così qualsiasi e indebito beneficio del datore di lavoro. Ebbene, una situazione di tal genere, specialmente se compromette elementari o importanti scelte di vita (15), è senz'altro in grado di piegare la dignità personale e sociale della persona e, quando ciò accade, non è sbagliato pensare al risarcimento del danno arrecato a un bene così supremo dell'individuo.

Del resto, nel rapporto di lavoro, se l'imprenditore è tenuto ad adottare ogni misura per preservare la personalità morale del lavoratore (art. 2087 cod. civ.), a maggior ragione deve astenersi dall'approfittare del suo stato di bisogno per imporre stipulazioni illegittime e per instaurare una sorta di *condizionamento permanente e offensivo* della sua persona (16).

In realtà, come precisato in quest'ultima sentenza, ai fini dell'ingiustizia del danno, non basta la «lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante». In particolare, sul punto, le Sezioni Unite hanno chiarito quanto segue: «Il risarcimento del danno patrimoniale da fatto illecito è connotato da atipicità, postulando l'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 cod. civ. la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante (sentenza n. 500/1999), mentre quello del danno non patrimoniale è connotato da tipicità, perché tale danno è risarcibile solo nei casi determinati dalla legge e nei casi in cui sia cagionato da un evento di danno consistente nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona (sentenze n. 15027/2005; n. 23918/2006)».

(14) Vd. N. Irti, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto*, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, n. 9, 2004, pp. 2765 ss.

(15) Sia pure con riferimento ad altre condotte illecite, non attinenti al diritto del lavoro, vd. Cass. 10 febbraio 2010, n. 3023.

(16) Quest'ultimo richiamo normativo evoca la tematica della risarcibilità del danno non patrimoniale ai sensi degli artt. 1218 ss., e non degli artt. 2043 ss. cod. civ., autorevolmente sostenuta dalla dottrina. Sul punto, si consenta il richiamo delle recenti riflessioni di A. di

E ancora, nel considerare la fattispecie appena descritta, su di un piano solo parzialmente diverso, si può dire che le «condizioni personali e sociali» in cui versi il lavoratore (art. 3 Cost.) non possono essere l'occasione per condotte indesiderate che abbiano «lo scopo o l'effetto di violare la sua dignità [...] e di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante od offensivo» (art. 26, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198; art. 2, comma 3, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215; art. 2, comma 3, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216; art. 2, legge 1° marzo 2006, n. 67). E, quando si vengano a instaurare simili effetti, anche alla luce di quanto si è detto nel precedente punto, il risarcimento del danno non patrimoniale – esplicitamente previsto dalle fonti appena richiamate – ben potrà aggiungersi all'indennità prevista dall'art. 32, legge 4 novembre 2010, n. 183 (17).

A quest'ultimo riguardo, va anzi ricordato un aspetto importante della vicenda esaminata dalla Corte bresciana e da questa sufficientemente apprezzato: se la promessa all'assunzione a tempo indeterminato non era stata mantenuta a favore dell'appellante, diversamente era accaduto per altri lavoratori assunti in epoca posteriore. L'epilogo, realizzandosi con la definitiva cessazione di qualsiasi vincolo, dopo che la lavoratrice aveva rifiutato di sottoscrivere l'ennesimo contratto a termine e il datore di lavoro aveva altresì negato di dar corso alla sua promessa, era un primo indizio per ritenere che la sfera determinativa della lavoratrice era posta sotto scacco da un'intimidazione velata del datore di lavoro che, prima o poi, si sarebbe potuta concretamente realizzare. Si trattava, del resto, dell'esito di un'infinita e anomala catena contrattuale, segno di un'*indebita e prolungata imposizione* che il datore di lavoro era riuscito a realizzare a danno della lavoratrice, nonostante le tutele a lei accordate. Vi erano, dunque, i segni di una sorta d'intimidazione o, comunque, di offesa alla dignità di quest'ultima.

Il Collegio non precisa se anche gli altri lavoratori erano cittadini extracomu-

Majo, *Le tutele contrattuali*, Giappichelli, Torino, 2009, pp. 192 s., e a S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 435 ss. Con espresso riferimento all'art. 2087 cod. civ., per tutti, vd. altresì le considerazioni di R. Scognamiglio, *Il danno alla persona del lavoratore: i temi dell'indagine*, in Aa.Vv., *Il danno alla persona del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 5, e gli scritti, contenuti in quest'ultimo volume, di R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, pp. 41 e 103 s.; dello stesso S. Mazzamuto, *Ancora sul mobbing*, pp. 206 ss.

(17) A proposito del tratto unificante delle condizioni personali di cui parla l'art. 3 Cost., rispetto a tutte le tipologie discriminatorie analiticamente dettate dal legislatore, si rinvia ad A. Alessandari, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, Cedam, Padova, 2010, pp. 99 ss. e 119, e ivi ampi riferimenti. Con riguardo alle molestie (sessuali e no) e alle disposizioni antidiscriminatorie alle quali si è accennato nel testo, oltre a quest'ultimo Autore (pp. 62 s.), vd. per tutti: M. Barbera, *Eguaglianze e differenze nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 413; R. Del Punta, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, *ivi*, 2006, 70; D. Izzi, *Uguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Jovene, Padova, 2005, p. 57; G. De Simone, *Le molestie di genere e le molestie sessuali dopo la Direttiva Ce n. 2002/73*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2004, p. 410; L. Lazzeroni, *Molestie e molestie sessuali: nozioni, regole, confini*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 382 ss.; E.M. Mastinu, *Diritto e processo nella lotta contro le discriminazioni di genere*, Cedam, Padova, 2010, pp. 10 ss.

nitari, come si potrebbe ipotizzare; bisogna tuttavia ricordare come una parte della dottrina ritenga le molestie una fattispecie autonoma, nelle quali non è richiesto dalla legge il profilo comparativo proprio delle discriminazioni (18).

In definitiva, più di un referente normativo consente di fondare l'obbligo risarcitorio accertato dalla Corte bresciana, in aggiunta all'indennità di cui si è parlato. Semmai, quando si parla di danno alla dignità, sorgono tutte quelle difficoltà di darne una sufficiente dimostrazione (19). Tale danno è spesso percettibile solo quando l'illecito abbia prodotto altre conseguenze pregiudizievoli (l'alterazione dell'equilibrio psico-fisico del lavoratore, ad esempio) o sia reso visibile da certe modalità della condotta (aggressioni avvilenti o atteggiamenti ritorsivi del datore di lavoro). La dignità personale e sociale appare, tuttavia, un bene autonomo e, salvo il problema qui ricordato, che richiederebbe un capitolo a parte, le conclusioni comunque raggiunte dalla Corte bresciana (*ex art. 2043 cod. civ.*, in conformità alla domanda proposta) sono condivisibili.

6. — *Il risarcimento del danno nel contratto a tempo indeterminato da somministrazione irregolare* — Prima di chiudere, si consenta di fare qualche cenno all'applicabilità dell'art. 32, commi 5 e 6, legge 4 novembre 2010, n. 183, alla somministrazione irregolare.

La giurisprudenza, come si è anticipato, si sta orientando in senso opposto (20). La stessa Corte Costituzionale, nella pronuncia più volte citata, ha incidentalmente confermato che quest'ultima non rientra nell'ambito applicativo della norma. Diversa è invece la soluzione data dalla Corte d'Appello di Brescia, che, tuttavia, la dà assolutamente per scontata.

L'argomentazione da cui prende spunto l'indirizzo prevalente è costituita dal dato sistematico che andrebbe colto all'interno dell'art. 32 citato. Si tratta, in verità, di un profilo molto debole che rischia di produrre un effetto contrario. Se è vero, infatti, che il legislatore, quando ha voluto assoggettare anche il lavoro somministrato a certi effetti, l'ha fatto espressamente (comma 4, lettera *d*), è al-

(18) Vd. gli Autori citati nella nota che precede.

(19) A parte le Ss.Uu. cit. nella nota 13, sul punto vd. anche Cass. civ., Ss.Uu., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Resp. civ. e prev.* 2009, 4, p. 754, con nota di P. Ziviz, nonché Cass. 30 settembre 2009, n. 20980, e, più recentemente, Cass. 19 agosto 2011, n. 17427.

(20) Corte d'App. Venezia 21 ottobre 2011, inedita; Trib. Milano 23 dicembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1, 2011, p. 100; Trib. Milano 2 dicembre 2010, in *Riv. crit. dir. lav.* 4, 2010, p. 1040. La prima sentenza cita altre pronunce della Corte d'Appello di Torino e del Tribunale di Napoli. Vd. inoltre Trib. Busto Arsizio 29 novembre 2010, in *Foro it.*, 6, I, 2011, c. 1744, a proposito del contratto a termine stipulato ai sensi dell'art. 8, legge 23 luglio 1991, n. 223. In senso contrario: Trib. Ascoli Piceno 17 dicembre 2010, in *Dir. e lav. Marche*, 1-2, 2011, p. 160; ma non è l'unica. Vd. infatti le ulteriori citazioni giurisprudenziali fatte da de Marchis, *Osservazioni critiche alle prime decisioni sulla legge 4 novembre 2010, n. 183*, in *q. Riv.*, 1, II, p. 22. In dottrina, nel senso dell'applicabilità della norma anche alla somministrazione: P. Tosi, *I contratti a termine*, cit., p. 359; A. Vallebona, *L'indennità per il termine illegittimo*, cit., p. 419; *contra*, V. Di Michele, *La riforma del processo del lavoro nel «Collegato lavoro» 2010*, in M. Miscione e D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, cit., pp. 313 ss.

trettanto vero che ciò è avvenuto con riguardo ad altri aspetti e, specificamente, per i termini di decadenza fissati dal comma 1 dell'art. 32. Inoltre, nel comma 4, gli «ordinari» contratti, sottoposti a una scadenza, sono indicati come «contratti di lavoro a termine»; mentre, nel comma 5, a proposito dell'indennità, s'impiega la diversa espressione «contratto a tempo determinato», che, evidentemente, va riferita a qualsiasi negoziazione caratterizzata dalla temporaneità del vincolo.

In realtà, per quanto riguarda la somministrazione irregolare, le cose stanno diversamente. L'art. 27, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, consente al lavoratore di chiedere «la costituzione di un rapporto di lavoro» nei riguardi dell'utilizzatore. Tale rapporto discende da una fattispecie complessa, al cui centro si colloca un contratto commerciale «viziato», quello di fornitura, mentre del tutto irrilevante è il contratto di lavoro che, per ipotesi, potrebbe essere perfettamente valido. Il contratto di cui parla l'art. 32 citato è invece quello di lavoro, come si intuisce dalla sua prioritaria applicazione agli accordi conclusi ai sensi del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368. Ed è quest'ultimo contratto che si converte e che dà diritto all'indennità. Le due fattispecie sono, quindi, molto diverse: in una, si assiste alla nascita di un vincolo a tempo indeterminato per un vizio che riguarda il contratto di lavoro; nell'altra, si ha un effetto analogo, ma esso deriva da una patologia che riguarda un'altra relazione negoziale. E il fatto che l'art. 32 citato si riferisca (almeno implicitamente) alla prima fattispecie e non alla seconda rende improbabile la sua applicabilità alla somministrazione irregolare (21).

A quest'ultimo riguardo, rimarrebbe da valutare una possibile applicazione estensiva dell'art. 32, e ciò in virtù di quelle stesse esigenze di certezza che, secondo la Corte Costituzionale, hanno indotto il legislatore a forfettizzare il danno da *mora accipiendi*. Sul punto, senza alcuna pretesa di completezza, nei limitati spazi di questa nota, si può soltanto dire che la disposizione prevede non un effetto ulteriore rispetto a quanto accadrebbe, se si applicasse il diritto comune, ma un effetto limitativo di carattere eccezionale; e occorre ribadire come le fattispecie prima considerate siano strutturalmente molto diverse tra loro. Vi è, dunque, il rischio che un'applicazione estensiva dell'art. 32 alla somministrazione irregolare – giustificata dai problemi connessi alla mora – finisca per mascherare un'analogia, in contrasto con l'art. 14, disp. prel. cod. civ. (22).

Giuseppe Cannati

Dottore di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università di Chieti-Pescara «G. d'Annunzio»

(21) Altro discorso è quello dei possibili «vizi» del contratto di lavoro e non del contratto di fornitura. In questo caso, i margini per l'applicabilità dell'art. 32 cit. appaiono più consistenti, alla luce dell'art. 22, comma 1, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276. Vd. P. Tosi, *I contratti a termine*, cit., p. 359.

(22) In quest'ultimo senso Corte d'App. Venezia 21 ottobre 2011, cit., che esclude anche la possibilità dell'applicazione estensiva della norma (ma senza alcuna particolare o approfondita motivazione). Sui confini non sempre certi esistenti tra applicazione estensiva e analogia, si consenta il rinvio a N. Bobbio, *Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia*, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, cc. 695 ss., e alla voce enciclopedica di G. Carcatera, voce *Analogia*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1998, pp. 1 ss.

CORTE D'APPELLO TRENTO, Sezione distaccata di Bolzano, 30 novembre 2011, Sez. lav. – Pres. Pichler, Est. Bonell – D.D.Z.I. ed E.K.H. (avv. Lanzinger) c. Commissariato del Governo per la Provincia di Bolzano (Avv. Stato di Trento) e c. Coop. Servizi Società Cooperativa (contumace).

Appalto – Retribuzione – Diritti dei dipendenti degli appaltatori nei confronti dei committenti – Responsabilità solidale tra committente e appaltatore – Pubblica amministrazione – Art. 1, comma 2, e art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – Art. 6, legge n. 30/2003 – Applicabilità – Art. 1676 cod. civ. – Controversie di lavoro e previdenza – Lavoro subordinato.

Secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata che favorisca una lettura coerente con i principi e criteri fissati dalla legge delega, l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, che fa nascere in capo al committente, all'appaltatore e all'eventuale subappaltatore un'obbligazione solidale per i crediti retributivi e previdenziali dei dipendenti delle ditte in appalto o sub-appalto, può essere applicato alla pubblica amministrazione, nella sua veste di committente. In conformità con quanto previsto dalla legge delega, l'esclusione della pubblica amministrazione riportata nel decreto legislativo deve essere letta sottintendendo «nella sua veste di datore di lavoro». (1)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) LA TUTELA DEL CREDITO DA LAVORO NEGLI APPALTI
CON IL COMMITTENTE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. — 3. I principi e i criteri fissati dalla legge n. 30/2003. — 4. L'art. 1676 cod. civ. come norma residuale. — 5. I principi enunciati nel Codice degli appalti. — 6. L'esclusione delle sole persone fisiche non svolgenti attività imprenditoriale o professionale. — 7. Elementi di sistema. — 8. Conclusioni.

1. — *Premessa* — La Corte d'Appello di Trento, Sezione di Bolzano, ha respinto l'appello proposto dal Commissariato del governo per la Provincia di Bolzano, ente pubblico con funzioni prefettizie, contro la sentenza del giudice di prime cure che condannava la p.a., quale committente, al pagamento dei crediti retributivi e previdenziali di due dipendenti di una cooperativa aggiudicatrice di un appalto per servizi di pulizia.

La Corte ha ritenuto che alla p.a. fosse applicabile la responsabilità passiva solidale del committente per crediti da lavoro prevista dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003.

Tra le prime Corti d'Appello in Italia, la Sezione di Bolzano ha confermato esplicitamente un orientamento della giurisprudenza di merito che risolve la questione, non ancora trattata dalla Corte di Cassazione, riguardante l'ambito di applicazione soggettivo dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 [Cfr.: Trib. Varese 19 gennaio 2012; Trib. Novara 3 marzo 2011; Trib. Bologna 8 giugno 2010, in *Rgl/News*, n. 1, 2011, p. 17; Trib. Busto Arsizio 29 marzo 2010 e Trib. Milano 22 gennaio 2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, n. 2, pp. 537 ss.; Trib. Milano 22 gennaio 2010, a sua volta in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, n. 4, pp. 890 ss.; Corte d'App. Torino 22 settembre 2009; Trib. Bolzano 6 novembre 2009, in *q. Riv.*, 2010, n. 1, pp. 140 ss.; Corte d'App. Milano 7 novembre 2008 (*obiter dictum*), in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 2, pp. 495 ss.; Trib. Milano 27 maggio 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 2, pp. 483 ss.; Trib. Milano 23 ottobre 2008; Trib. Milano 18 novembre 2008, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 1, p. 226; Trib. Ancona 13 giugno 2006; Trib. Pavia 29 aprile 2006, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, n. 2, pp. 539 ss.].

La norma prevede che i dipendenti di un appaltatore o di un subappaltatore possano agire contro il committente di un appalto di opere o servizi, co-obbligato in solido, per ottenere la corresponsione dei crediti retributivi e previdenziali non corrisposti dal proprio datore di lavoro.

Secondo la parte minoritaria della giurisprudenza (Trib. Bolzano 29 aprile 2011; Trib. Brescia 15 ottobre 2010), in linea con le indicazioni fornite dalla direzione generale per l'attività ispettiva del ministero del Lavoro (Interpello Istituto nazionale di Astrofisica n. 35/2009), l'art. 29, comma 2, non interesserebbe la p.a. in quanto esclusa dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. Tale ultimo articolo prevede, letteralmente, che l'intero d.lgs. n. 276/2003 non trova applicazione «per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale» (In tal senso anche parte della dottrina: L. Montesarchio, *Appalto, lavoro e responsabilità solidali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, n. 4, pp. 213 ss.; A. Mutarelli, *Per l'inapplicabilità dell'art. 29 del d.lgs. n. 276/2003 alla pubblica amministrazione quale stazione appaltante*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, n. 6, pp. 1215 ss.).

Come invece indicato dalla maggioritaria giurisprudenza di merito, confermata dalla decisione della Corte d'Appello di Trento - Sezione di Bolzano, il dettato letterale della norma di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, va letto alla luce dei principi e dei criteri direttivi contenuti nella legge n. 30/2003, oltre che in rapporto coerente con le altre disposizioni previste nel decreto legislativo, posto che l'art. 1 riguarda proprio l'ambito di applicazione dell'intero decreto.

Non includendo la p.a. nell'ambito di applicazione dell'art. 29, comma 2, il decreto sarebbe viziato da eccesso di delega poiché la legge n. 30/2003 non prevede una generale esclusione della p.a. Nella sentenza in commento, la Corte territoriale ha interpretato l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 in conformità con la legge delega, escludendo il solo personale pubblico, anziché la p.a. in generale, dagli istituti introdotti dal legislatore delegato in materia di occupazione e mercato del lavoro.

Secondo l'opposta corrente giurisprudenziale, la norma sarebbe censurabile per eccesso di delega solo «se la sua previsione non fosse stata confermata dall'art. 1, comma 911, legge n. 296/2006, che ha sostituito l'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003» (Trib. Brescia 15 ottobre 2010). Ciò significa che la novella normativa dovrebbe essere interpretata come un inserto spurio di fonte parlamentare nel contesto di un decreto legislativo.

È interessante notare come l'argomento della modifica dell'art. 29 viene utilizzato nella sentenza in commento, giungendo tuttavia a conclusioni di segno opposto. Secondo la Sezione di Bolzano della Corte d'Appello di Trento, la legge n. 296/2006, che ha omesso di introdurre una specifica esclusione della p.a., è *lex posterior*, e quindi potenzialmente derogatrice, rispetto all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003. La Corte afferma inoltre che, sotto il profilo genetico, l'art. 29 non è più, «nella dizione dell'art. 1, comma 2, una disposizione recata dal “presente decreto” delegato, ma da fonte diversa...».

2. — *L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003* — L'art. 12 delle preleggi prevede che nell'applicare la legge non si può a essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore.

Una norma può dunque essere compresa solo in seguito alla lettura integrale del testo normativo. Nel caso specifico di un articolo di un decreto legislativo, è necessario esaminare inoltre il contenuto della legge delega, al fine di evitare il vizio formale dell'eccesso di delega, lesivo dei rapporti tra Parlamento e governo. L'art. 76 Cost. prevede, infatti, precisi limiti per l'esercizio della funzione legislativa delegata, costituiti da principi e criteri direttivi, per tempo determinati e per oggetti definiti.

L'interpretazione costituzionalmente orientata risulta essere un onere imposto dall'ordinamento. Come indicato dalla Corte Costituzionale, il giudice ha l'onere di ricercare in primo luogo una lettura conforme ai principi fissati dalla Carta Costituzionale.

La stessa Consulta, secondo un orientamento costante, predilige un'interpretazione conforme alla Costituzione, anziché la declaratoria di illegittimità costituzionale (Corte Cost. 11 luglio 2003, n. 233).

Nel caso di dubbi interpretativi sul contenuto di una norma, è onere del giudice, parallelamente a quanto previsto nel caso di contrasto di norma interna con il diritto comunitario (Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 236), di verificare preliminarmente la possibilità di un'interpretazione coerente con la norma costituzionale.

3. — *I principi e i criteri fissati dalla legge n. 30/2003* — Come detto, la legge n. 30/2003 non esclude in generale la p.a. dal campo di applicazione delle norme delegate.

L'esclusione prevista dall'art. 6 della legge n. 30 riguarda solo il personale pubblico e dunque la p.a., quale datore di lavoro, che non potrà adottare tutte le forme contrattuali atipiche introdotte dal decreto legislativo in questione.

In parallelo, secondo la sentenza in commento, l'unica lettura possibile dell'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 è quella di interpretare il riferimento all'esclusione della p.a., sottintendendo, «nella sua veste di datore di lavoro».

Diverso è il caso della p.a. nella sua veste di committente in un appalto. L'esclusione in tal caso sarebbe costituzionalmente illegittima in quanto difetterebbe di delega parlamentare.

Interpretando in termini generali l'esclusione di cui all'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, detta norma non avrebbe inoltre nessuna logica coerenza con la restante parte del decreto, che vede la p.a. come soggetto attivo delle riforme introdotte dalla legge n. 30 (Cfr.: artt. 6 e 76, d.lgs. n. 276/2003).

Ulteriore e centrale aspetto è che l'art. 29, d.lgs. n. 276/2003, prevede, esso stesso, il proprio ambito di applicazione, stabilendo espressamente, al comma 3-ter, che le disposizioni in merito alla solidarietà passiva del committente non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale.

Come rilevato dalla Sezione di Bolzano, qualora il legislatore avesse voluto chiaramente escludere la p.a. dal campo d'azione dell'art. 29 lo avrebbe coerentemente espresso in tale contesto.

4. — *L'art. 1676 cod. civ. come norma residuale* — Come elementi di contorno, si noti che la responsabilità passiva del committente, come disciplinata dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, non è soggetta al rapporto di provvista tra committente e appaltatore, previsto invece dall'art. 1676 cod. civ., divenuto residuale. I lavoratori dipendenti che intendono agire nei confronti del committente per il recupero della retribuzione e dei contributi previdenziali dovuti, soggiacciono al solo limite temporale fissato in 2 anni dalla cessazione dell'appalto.

Ai fini della disciplina sulla solidarietà passiva di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, è sufficiente che sia intercorso un rapporto di appalto e che l'appaltatore sia inadempiente nei confronti dei dipendenti (Trib. Trento 1° febbraio 2011; Trib. Roma 16 gennaio 2008).

Si aggiunga che i crediti azionabili verso il committente riguardano sia la retribuzione nel suo complesso, non i minimi retributivi, sia gli importi dovuti a seguito di licenziamento illegittimo.

Tra committente e appaltatore non sussiste un litisconsorzio necessario. Il lavoratore potrà agire in giudizio nei confronti del solo committente (Per un approfondimento si rinvia al commento relativo a Trib. Bolzano 6 novembre 2009, in q. *Riv.*, 2010, n. 1, pp. 140 ss.).

5. — *I principi stabiliti dal Codice degli appalti* — L'interpretazione che considera il committente pubblico del tutto esonerato dalla responsabilità passiva per i crediti dei lavoratori degli appaltatori è da disattendere per ragioni di interesse pubblico e di conformità con il principio di uguaglianza.

L'applicazione della solidarietà passiva alle amministrazioni responsabilizza i funzionari pubblici in merito alle fondamentali e delicate scelte relative alla sele-

zione dell'appaltatore e alla vigilanza su quest'ultimo nel corso dell'esecuzione dell'opera o del servizio.

Difficile rinvenire tra le norme previste esclusivamente per gli appalti pubblici tutele sostanziali per i prestatori di lavoro negli appalti. In particolare, l'art. 118, comma 6, del Codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006), che prevede «L'affidatario è tenuto a osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni...», non fornisce nessuna specifica tutela per i lavoratori, limitandosi ad affermare un obbligo già previsto dall'ordinamento.

La norma sugli appalti pubblici risulta invece rilevante ai fini ermeneutici. L'art. 2, comma 1, del Codice degli appalti prevede che l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture «deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità...».

Il riferimento ai principi di parità di trattamento e non discriminazione suggerisce che la lettura fornita dalla Sezione di Bolzano della Corte d'Appello di Trento in merito all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, risulta essere conforme alla Carta costituzionale anche sotto un diverso profilo rispetto a quello sinora prospettato.

L'interpretazione che vede i lavoratori, occupati nell'ambito di appalti pubblici, subire un trattamento deteriore rispetto a lavoratori che prestano la propria attività per un committente privato costituirebbe una manifesta violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 Cost., dall'art. 14 Cedu, elevato dal Trattato di Lisbona a livello dei Trattati dell'Unione, riaffermato dall'art. 21 della Carta di Nizza, nonché rinvenibile nella comune tradizione costituzionale degli Stati membri.

L'esclusione della p.a. dall'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, introdurrebbe, nel contesto delle garanzie a difesa di un credito di natura alimentare, un'illegittima discriminazione.

La discriminazione risulta maggiormente evidente se, come nel caso di specie, il servizio oggetto dell'appalto è di tipo *labour intensive*, ovvero se la manodopera, dunque l'uomo, e non gli strumenti di lavoro, risulta essere l'elemento principale dell'attività economica organizzata.

6. — *L'esclusione delle sole persone fisiche non svolgenti attività imprenditoriale o professionale* — Si prospetta un ulteriore elemento in favore della solidarietà passiva del Pente pubblico committente.

La *ratio* sottesa all'art. 29, comma 2, è di bilanciare i benefici di risparmio e di specializzazione derivanti dalle esternalizzazioni con i principi di rango costituzionale afferenti alla tutela della dignità del lavoro espressi dall'art. 36 e dall'art. 41 Cost.

Si consideri che, per un ente pubblico, il vantaggio economico nell'utilizzo dello strumento dell'appalto risulta essere ingente.

L'ente, infatti, si sottrae ai vincoli costituzionali per l'accesso al lavoro nel pubblico impiego attraverso concorso, alle garanzie per la stabilità del lavoro previste dallo Statuto dei lavoratori, alle retribuzioni pubbliche, di norma più alte a parità di mansioni rispetto a quelle private dei lavoratori impiegati negli appalti.

Il bilanciamento prospettato dalla norma appare manifesto se si nota che dall'ambito di applicazione dell'art. 29 vengono escluse espressamente le persone fisiche che non esercitano attività di impresa o professionale, ovvero quei soggetti non organizzati professionalmente e non dotati di quelle garanzie richieste dall'ordinamento a chi esercita un'attività economica o persegue interessi pubblici.

7. — *Elementi di sistema* — Si segnalano inoltre due ulteriori fattori che avvalorano la lettura fornita dalla Sezione di Bolzano: il primo riferito alla normativa sul trasferimento d'azienda, e il secondo alla disciplina sugli appalti transnazionali.

Come indicato dalla Corte di Cassazione, l'art. 2112 cod. civ. trova applicazione anche quando nel trasferimento sono coinvolti soggetti pubblici.

La Suprema Corte ha stabilito che: «l'art. 2112, cod. civ., nel testo modificato dall'art. 47, legge n. 428 del 1990, che ha recepito la Direttiva comunitaria n. 77/187/Cee (successivamente modificato dall'art. 1, d.lgs. n. 18 del 2001), in applicazione del canone dell'interpretazione adeguatrice della norma di diritto nazionale alla norma di diritto comunitario, e in considerazione dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee con le sentenze 25 gennaio 2001, C-172/99, 26 settembre 2000, C-175/99 e 14 settembre 2000, C-343/98, deve ritenersi applicabile anche nei casi in cui il trasferimento dell'azienda non derivi dall'esistenza di un contratto tra cedente e cessionario, ma sia riconducibile a un atto autoritativo della pubblica amministrazione» (Cass. 8 novembre 2004, n. 21248).

Si noti che l'ultimo comma dell'art. 2112 cod. civ., per l'ipotesi di cessione di ramo di azienda con connesso contratto di appalto, richiama la disciplina della responsabilità solidale passiva.

Stabilisce l'ultimo comma dell'art. 2112 cod. civ.: «Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276».

Si rileva, per inciso, che l'art. 9, d.lgs. n. 251/2004, ha sostituito il riferimento all'art. 1676 cod. civ., riportato nell'abrogata versione dell'art. 2112 cod. civ., con l'attuale rinvio alla disciplina dell'art. 29, comma 2. La volontà del legislatore è stata dunque di sostituire l'originaria residuale disciplina, legata al rapporto di provvista tra committente e appaltatore, con l'istituto della solidarietà passiva illimitata.

Posto che la p.a. rientra nell'ambito di applicazione della disciplina codicistica sul trasferimento d'azienda, risulta evidente che anche l'ultimo comma dell'art. 2112 cod. civ. riguarda l'ente pubblico nella qualità di «alienante».

In sintesi, in un diverso contesto normativo rispetto al d.lgs. n. 276/2003, si ri-

tiene applicabile alla p.a. la disciplina della responsabilità passiva solidale del committente.

Il secondo elemento, rilevante ai fini interpretativi, riguarda la normativa sugli appalti transnazionali. Analogamente all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, l'art. 3 del d.lgs. n. 72/2000, attuativo della Direttiva n. 96/71/Ce relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, stabilisce che i committenti che appaltano un servizio a un appaltatore transnazionale «sono tenuti in solido con quest'ultimo a corrispondere ai lavoratori da esso dipendenti un trattamento minimo inderogabile retributivo e ad assicurare un trattamento normativo non inferiore a quelli spettanti ai lavoratori da loro dipendenti», a prescindere dai rapporti di credito-debito tra committente e appaltatore.

Nel Considerando 4 della Direttiva n. 96/71/Ce viene chiarito che «la prestazione di servizi può assumere la forma di esecuzione di lavori da parte di un'impresa, per conto proprio e sotto la sua direzione, nell'ambito di un contratto concluso da tale impresa con il destinatario della prestazione di servizi, oppure di cessione temporanea di lavoratori a un'impresa utilizzatrice nel quadro di un appalto pubblico o privato».

Anche in tale contesto, dunque, non viene operata dalla legislazione nessuna distinzione tra settore pubblico e settore privato in relazione alla responsabilità del committente.

L'importanza della responsabilità solidale nella catena degli appalti viene piuttosto evidenziata nel contesto comunitario. Nella recente proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici, si fa esplicito riferimento proprio a tale strumento di tutela (art. 62, C-2011/896 def., 20 dicembre 2011).

8. — *Conclusioni* — La funzione pivotale della responsabilità *ex art. 29*, comma 2, d.lgs. n. 276/2003, consente una breve riflessione in merito alle sue possibili estensioni nel contesto di altre tipologie di esternalizzazioni.

A tal fine, si possono ricomprendere contratti qualificati come *outsourcing*, subfornitura industriale, trasporto, concessione, *franchising* (Cfr. S. Monticelli, *I contratti per l'esternalizzazione dei servizi e le tutele*, in *Eur. dir. priv.*, n. 2, pp. 481 ss.).

Sono molteplici le modalità per applicare la responsabilità solidale a contratti non formalmente definiti dalle parti come contratto di appalto.

Una prima possibilità è contestare la qualificazione del contratto riconducendolo alla tipologia dell'appalto. Nel caso di un contratto qualificato come vendita, il giudice, superando il dato nominalistico, accerta la simulazione, considerando la prevalenza degli obblighi di *facere* riferibili all'appalto, anziché degli obblighi di *dare* riconducibili alla vendita (Trib. Milano 27 ottobre 2009, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, n. 4, pp. 1019), per poi applicare la responsabilità solidale passiva al formale compratore.

Una seconda possibilità è quella di rinvenire nel contratto formalizzato elementi dell'appalto (teoria dell'assorbimento o della prevalenza). Accertando la causa mista di un contratto, con aspetti prevalenti riferibili all'appalto, il giudice

potrà ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (Per un contratto formalmente inquadrato come sub-trasporto: Trib. Bolzano 29 aprile 2011; Trib. Bolzano 13 maggio 2011).

Una terza possibilità è di evitare ogni questione di natura qualificatoria, affidandosi alla relazione tra costi della manodopera e importo totale del contratto. In tal senso il Codice degli appalti, che all'art. 118 definisce il sub-appalto come «qualsiasi contratto avente a oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera [...] qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare».

Tali ultimi criteri applicativi, in connessione con l'interpretazione fornita dalla Corte d'Appello nella sentenza in commento, richiamano la necessità di introdurre forme di obbligazioni solidali *ex art.* 1292 cod. civ. nel contesto di un sistema produttivo e istituzionale frammentato in cui la cui tendenza è di trasferire sul lavoro i rischi legati alle attività economiche.

In particolare, nell'ambito di rapporti contrattuali endoaziendali, configuranti un'esternalizzazione di attività proprie dell'azienda o dell'ente, appare opportuno, al fine di tutelare il lavoro, valorizzare criteri come il rapporto di preposizione e di occasionalità necessaria, afferenti alla responsabilità di chi si avvale dell'opera di terzi, prevista dall'art. 1228 cod. civ. (Responsabilità nel contratto di sub-trasporto: Cass. 1° dicembre 2003, n. 18299) e dall'art. 2049 cod. civ. (Responsabilità del committente con l'appaltatore quale *nudus minister*: Cass. 12 luglio 2006, n. 15782; Cass. 2 marzo 2005, n. 4361; Cass. 21 giugno 2004, n. 11478).

Conclusivamente, rifacendosi a quanto dichiarato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (Causa C-60/03, *Wolff & Müller*), se è vero che il diritto alla retribuzione costituisce un elemento costitutivo della tutela dei lavoratori, allora le modalità procedurali che consentono di conseguire l'osservanza di tale diritto, come la responsabilità in qualità di garante, devono essere tali da assicurare una siffatta tutela. In sostanza, tracciando un parallelismo con un auspicio formulato nel 1979 in relazione al lavoro decentrato, si può oggi riaffermare la necessità di «ricostruire un segmento di “statuto” dei lavoratori marginali» (L. Mariucci, *Il lavoro decentrato. Discipline legislative e contrattuali*, Franco Angeli editore, Milano, 1979, p. 29).

Carlo Lanzinger

Avvocato in Bolzano, LL.M., Dottorando di ricerca in Diritto ed economia dell'impresa nell'Università di Verona

TRIBUNALE BRESCIA, 31 gennaio 2012, Sez. III, ord. – Est. Cassia – V.R.G., Asgi, Fondazione Guido Piccini Onlus (avv.ti Guariso, Zucca) c. Sezione cittadina della Lega Nord di Adro (avv. Borasio).

Discriminazioni – Molestia – Cartello contenente frasi umilianti e offensive – Soggetto non appartenente al gruppo tutelato – Pregresse attività di contrasto alla discriminazione su base razziale o etnica – Discriminazione per associazione – Sussistenza.

Discriminazioni – Risarcimento del danno da discriminazione a favore della vittima e delle associazioni iscritte all'elenco di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/2003 – Sussiste – Quantificazione.

L'esposizione di un cartello contenente frasi umilianti e offensive integra la fattispecie di molestia sulla base della razza o dell'origine etnica di cui all'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 215/2003, anche qualora il destinatario del comportamento non sia appartenente al gruppo protetto, laddove, sulla base di pregresse attività di quest'ultimo di contrasto alla discriminazione su base razziale o etnica, risulti possibile associarlo alla categoria protetta. (1)

Nel caso in cui sia accertata in giudizio la sussistenza di una discriminazione, hanno diritto al risarcimento del danno da discriminazione sia la vittima del comportamento discriminatorio sia le associazioni iscritte all'elenco di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 215/2003. Nel quantificare il danno, il giudice tiene conto delle peculiarità del caso concreto (contesto locale, durata del comportamento lesivo, posizione dei ricorrenti e del responsabile della lesione). (2)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-2) LA DISCRIMINAZIONE PER ASSOCIAZIONE E LE CONSEGUENZE DEL COMPORTAMENTO DISCRIMINATORIO

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. L'estensione della tutela contro le discriminazioni a soggetti non appartenenti alle categorie protette. — 2.1. *Segue*: L'applicazione (implicita) del principio fissato in *Coleman* con riferimento agli ulteriori motivi di discriminazione. — 2.2. *Segue*: La relazione con i soggetti appartenenti alla categoria protetta. — 3. Conseguenze dell'accertamento della discriminazione. Effettività, proporzionalità e dissuasività. — 3.1. *Segue*: il risarcimento del danno da discriminazione alle associazioni di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/2003. —

3.2. *Segue*: Criteri di liquidazione del danno non patrimoniale da discriminazione. — 4. Osservazioni finali.

1. — *Premessa* — «... tutte le controversie disciplinate dal diritto europeo, che non sono soggette alla giurisdizione della Corte di Giustizia, sono di competenza delle Corti nazionali che assumono pertanto lo status di Corti comunitarie di competenza generale». In questi termini, Kakouris, giudice alla Corte di Giustizia dal 1983 al 1997 (1), descrivendo la struttura giudiziaria di quella che allora era ancora la Comunità europea, individuava uno sdoppiamento funzionale del giudice nazionale, allo stesso tempo giudice del singolo Stato membro e, a tutti gli effetti, giudice europeo decentrato (2).

Il caso che si esamina mette perfettamente in evidenza questa sovrapposizione di funzioni del giudice nazionale, il quale, chiamato a dare applicazione al divieto di discriminazioni sulla base della razza e dell'origine etnica, deve inevitabilmente fare riferimento a un doppio livello di tutela, quello nazionale e quello europeo.

La controversia ha per oggetto l'esposizione sulla vetrina della sede locale della Lega Nord di Adro, parte convenuta in giudizio, di un cartello recante le seguenti frasi:

«Cara la me romana sono tutti bravi a fare i c... con il c... degli altri (tipico dei comunisti: quello che è tuo è mio e quello che è mio è mio) portatelo a casa il tuo beduino sfrattato (non paga l'affitto da due anni) noi nella casa del Comune ci mettiamo gente anziana e bisognosa di Adro. Prima i nostri e poi anche gli altri! W la Lega Nord. W Bossi».

La sig.ra Romana Gandossi, segretaria dello Spi-Cgil di Adro, e le associazioni (3) per conto delle quali quest'ultima aveva svolto documentata attività di appoggio a iniziative, anche giudiziarie (4), a garanzia della parità di trattamento tra italiani e stranieri, proponevano azione civile contro la discriminazione (5), lamentando la natura discriminatoria sulla base della razza e dell'origine etnica del con-

(1) C.N. Kakouris, *Do the Member States possess Judicial Procedural «Autonomy»?», in *Common Market Law Review*, n. 34, 1997, p. 1393.*

(2) Al ruolo del giudice nazionale nel sistema giudiziario europeo fa riferimento anche la Risoluzione del Parlamento del 9 luglio 2008 adottata in seguito a un'inchiesta effettuata nel corso del 2007, la quale metteva in evidenza, tra gli altri aspetti, la necessità di intensificare il dialogo fra i giudici nazionali e la Corte di Giustizia. Il diritto comunitario, si legge nella Risoluzione, resta lettera morta se non viene debitamente applicato negli Stati membri, anche dai giudici nazionali, i quali sono pertanto l'elemento centrale del sistema giudiziario dell'Unione europea e svolgono un ruolo fondamentale e imprescindibile per la creazione di un ordinamento giuridico unico europeo.

(3) Sono parte della vicenda giudiziaria che si riporta Asgi, Associazione studi giuridici sull'immigrazione e Fondazione Guido Piccini Onlus, entrambe iscritte nell'elenco delle associazioni legittimate ad agire in giudizio contro le discriminazioni ai sensi dell'art. 5, d.lgs. n. 215/2003.

(4) In merito, si rinvia a Trib. Brescia 22 luglio 2010, ord., *I.H. et al c. Comune di Adro*, confermata in sede di reclamo da Trib. Brescia, 15 ottobre 2010, ord. Entrambe le ordinanze sono reperibili all'indirizzo www.asgi.it.

(5) Si segnala che, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2011, l'azione è introdotta ai sensi dell'art. 702-*bis* cod. proc. civ.

tenuto del cartello. Si chiedeva pertanto al giudice di accertare la sussistenza di una molestia ai sensi dell'art. 2, comma 3, del d.lgs. n. 215/2003 e di statuire in merito al risarcimento del danno alla luce dei requisiti fissati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in proposito.

Le questioni giuridiche poste al giudice di Brescia sono sostanzialmente due.

La prima riguarda la nozione stessa di discriminazione: è possibile interpretare la nozione di molestia facendo rientrare nell'ambito della tutela contro le discriminazioni anche un soggetto che, pur essendo privo della caratteristica soggettiva riconducibile al motivo vietato – in questo caso l'appartenenza a una determinata «razza» od origine etnica –, sia ricollegabile al gruppo protetto?

La seconda questione, invece, riguarda le sanzioni e i rimedi conseguenti l'accertamento di una discriminazione nei termini di cui sopra. Con riferimento a entrambe le questioni sollevate nel caso in esame è intervenuta la Corte di Giustizia, rispettivamente nel caso *Coleman* (6) e nel caso *Firma Feryn NV* (7).

Lo scopo del presente lavoro è quello di ripercorrere l'iter argomentativo seguito dal giudice raffrontandolo con quanto stabilito dalla Corte di Giustizia in materia di «discriminazione per associazione» e risarcimento del danno da discriminazione, posto che le decisioni della Corte di Giustizia costituiscono parte integrante del diritto dell'Unione.

2. — *L'estensione della tutela contro le discriminazioni a soggetti non appartenenti alle categorie protette* — Dopo aver considerato «l'evidente portata diffamatoria del messaggio oggetto di censura», nonché l'idoneità del comportamento contestato a essere inquadrato nella fattispecie della molestia di cui all'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 215/2003 (8), in quanto posto in essere «allo scopo [...] di violare la dignità di una persona e di creare un clima intimidatorio ostile, degradante, umiliante e offensivo» (9), nell'ordinanza in commento si afferma che: «... i soggetti passivi della molestia disciplinata alla suddetta disposizione possano essere non solo le persone appartenenti alla razza oggetto del comportamento molesto e dunque discriminatorio [...] ma altresì soggetti che vengono presi di mira non in quanto appartenenti a una razza od origine etnica, bensì accomunati agli appartenenti alle categorie protette...».

Per quanto nelle argomentazioni a sostegno della conclusione di cui sopra

(6) Corte di Giustizia 17 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, in *Racc.*, p. 5603.

(7) Corte di Giustizia 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, in *Racc.*, 2008, p. 5187.

(8) Per un'analisi della nozione di molestia si rinvia a M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto del antidiscriminatorio comunitario*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, pp. 409 ss.; P. Chieco, *Una fattispecie dai contorni sfuggenti: la molestia nei rapporti di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, I, pp. 65 ss.

(9) In materia di accertamento della sussistenza di una molestia si segnalano Trib. Brescia 29 novembre 2011, ord., *Cgil, Flc-Cgil Brescia c. Comune di Adro*, confermata in sede di reclamo da Trib. Brescia 7 febbraio 2011, ord., in q. *Riv.*, 2011, II, p. 403, e Trib. Milano 22 marzo 2011, *XX c. Extrabanca*, ord., reperibile su www.asgi.it.

manchi un qualsivoglia accenno al caso *Coleman*, la soluzione adottata dal giudice, seppure in modo implicito, si rifà al principio ivi elaborato.

Il caso *Coleman* – portato all'attenzione della Corte di Giustizia a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dall'*Employment Tribunal London South* del Regno Unito – aveva a oggetto il problema dell'estensione dell'ambito soggettivo di tutela garantito dalla Direttiva n. 2000/78/Ce. Nel caso di specie, infatti, la signora Coleman lamentava di aver subito una discriminazione non in quanto portatrice in prima persona della caratteristica protetta, bensì, indirettamente, in ragione della sua parentela con un soggetto disabile (il figlio) cui essa prestava la parte essenziale delle cure (10). A tale proposito, l'Avvocato Generale Poiares Maduro, nelle sue conclusioni sul caso *Coleman*, affermava che, al fine di determinare che cosa il principio di uguaglianza impone, in ogni caso di specie «vale la pena ricordare i valori stessi a esso sottesi». Identificando nella tutela della dignità umana e dell'autonomia degli appartenenti alle categorie sospette lo scopo perseguito dall'art. 13 TCe e dalla direttiva, l'Avvocato Generale osservava che «prendere di mira direttamente una persona avente una particolare caratteristica non è l'unico modo di discriminare, ve ne sono altri più sottili e meno ovvi. Un modo di ledere la dignità e l'autonomia delle persone appartenenti a un certo gruppo è quello di prendere di mira non loro, ma terzi che siano con essi in stretto rapporto pur non appartenendo essi stessi al gruppo». Considerato, pertanto, il rischio connesso a tali ipotesi, si invitava la Corte ad adottare una «concezione solida dell'uguaglianza» tale da includere anche queste forme di discriminazione, «in quanto anche esse danneggiano le persone appartenenti alle categorie sospette» (11). In adesione alle conclusioni dell'Avvocato Generale, la Corte ha ritenuto che alla luce dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, ossia quello di combattere tutte le forme di discriminazione sulla base della disabilità in materia di occupazione e lavoro, il divieto di discriminazione dovesse applicarsi «non in relazione a una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1» (12). Tenuto conto di tale obiettivo, si legge nella sentenza, «un'interpretazione della Direttiva n. 2000/78 che ne limiti l'applicazione solo alle persone esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e di ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire» (13).

2.1. — Segue: *L'applicazione (implicita) del principio fissato in Coleman con riferimento agli ulteriori motivi di discriminazione* — In seguito alla pubblicazione della decisione *Coleman*, la questione più dibattuta in dottrina ha avuto per oggetto la possibilità di estendere il principio elaborato dalla Corte con riferimento agli altri motivi di discriminazione menzionati dalle Direttive n. 78 e n. 43 del 2000 e n. 54 del 2006.

(10) *Employment Tribunal London South*, caso n. 2303745/2005, 17 febbraio 2006, reperibile all'indirizzo: http://www.bvblp.com/Files/Articles/Employment_Tribunal_Judgment.pdf.

(11) Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro presentate il 31 gennaio 2008.

(12) Par. 38.

(13) Par. 51.

Come è stato già riferito, la sig.ra Coleman prestava al figlio la parte essenziale delle cure. Ci si è chiesti pertanto se il livello di tutela riconosciuto dalla Corte fosse giustificabile esclusivamente in considerazione della peculiare relazione tra la sig.ra Coleman e il figlio disabile, e più in generale della natura della relazione tra una persona disabile e i cd. *primary care givers*. Se si dovesse aderire a questa lettura si potrebbe legittimamente concludere che non tutti i livelli di associazione sono meritevoli di pari tutela, limitando di conseguenza la portata del principio affermato ai casi di discriminazioni in ragione della disabilità (14).

Tale lettura pare tuttavia potersi escludere sulla base di almeno due argomenti diversi: i continui e ripetuti riferimenti sia da parte della Corte sia da parte dell'Avvocato Generale all'art. 13 TCE e l'utilizzo di una definizione di discriminazione diretta e di molestia comune a tutti i fattori di discriminazione (15).

Proprio in base al «dato letterale» delle definizioni delle singole fattispecie discriminatorie, giacché in quella relativa alla molestia non viene esplicitato il riferimento alla razza o all'origine della persona oggetto del comportamento illegittimo – ma, si precisa, lo stesso vale per la nozione di discriminazione diretta –, il Tribunale di Brescia accoglie il ricorso presentato dalle ricorrenti.

Si segnala, tra l'altro, che la stessa soluzione è stata fatta propria anche da una recente pronuncia del *London Employment Appeal Tribunal*. Ci si riferisce al caso *Saini v. All Saints Haque Centre, Bungay and Paul* (16). La Corte d'Appello londinese ha stabilito che il ricorrente aveva subito uno svantaggio basato sulla religione per essersi rifiutato di fornire ai datori di lavoro informazioni strumentali al licenziamento del proprio collega di religione hindu. Ha pertanto riformato la pronuncia di primo grado, la quale aveva escluso la sussistenza di una discriminazione per associazione basata sulla religione e le convinzioni personali proprio in considerazione del fatto che il ricorrente non fosse esso stesso di religione hindu.

Se quindi la relazione tra madre e figlio disabile non è tale da limitare la tutela contro le discriminazioni associate al motivo della disabilità, nei confronti di chi si può legittimamente estendere la tutela in un caso di discriminazione sulla base della razza e dell'origine etnica? In altre parole: che tipo di relazione deve sussistere tra l'asserita vittima e il gruppo tutelato?

(14) L. Waddington, *Case C-303/06, S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law, Judgment of the Grand Chamber of the Court of Justice of 17 July 2008*, in *Common Market Law Review*, 2009, n. 46, p. 672; M. Pilgerstorfer, S. Forshaw, *Trasferred Discrimination in European Law. Case Coleman v. Attridge Law and Steve Law*, in *Industrial Law Journal*, 2008, n. 37, p. 390.

(15) L. Waddington, *op. ult. cit.*, p. 673; L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia «associata», il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettivo della Direttiva n. 2000/78*, in *Giurisprudenza nazionale e comunitaria*, 2008, n. 4, p. 1172.

(16) *Employment Appeal Tribunal, Appeal, n. 0227/2008*, 24 ottobre 2008, reperibile all'indirizzo: http://www.bailii.org/uk/cases/UKCAT/2008/0227_08_2410.html. Per il quadro evolutivo della giurisprudenza britannica in seguito al caso *Coleman*, G. Andrews, *Plotting the Boundaries of Associative Discrimination*, in *European Business Law Review*, 2010, n. 21, p. 574.

2.2. — Segue: *La relazione con i soggetti appartenenti alla categoria protetta* — Il Tribunale identifica una pluralità di elementi che permettono di ricostruire l'esistenza di un legame tra la ricorrente e il gruppo protetto, facendo scattare a favore della prima la tutela antidiscriminatoria.

Si riconosce rilevanza, in primo luogo, al ruolo istituzionale rivestito dalla ricorrente quale segretaria dello Spi-Cgil di Adro, alle pregresse vicende giudiziarie documentate in atti e che vedono la ricorrente contrapporsi alle scelte dell'amministrazione comunale tese a escludere dall'accesso a benefici di natura assistenziale i cittadini di nazionalità straniera residenti nel Comune di Adro, nonché al fatto che all'interno della comunità cittadina la stessa fosse comunemente riconosciuta per le sue attività di contrasto alla politica del «prima i nostri e poi gli altri».

Agli elementi qui elencati si aggiunge l'analisi letterale di quanto contenuto nel cartello contestato. Non vi è dubbio, si afferma, che «le espressioni utilizzate si riferiscano a un episodio in cui la ricorrente si è schierata a favore della posizione di un soggetto extracomunitario». Il riferimento al cittadino straniero non in quanto inquilino moroso ma in quanto «extracomunitario usurpatore di taluni diritti» diviene la chiave di lettura del cartello, confermando ulteriormente l'esistenza di una connessione tra comportamento molesto e pregresse attività della ricorrente a sostegno degli stranieri residenti ad Adro.

La questione concernente la natura della relazione tra terzo e categoria tutelata si ricollega a un altro argomento affrontato nel caso *Coleman*: l'adattamento dell'onere della prova. Ribadendo la parziale inversione dell'onere della prova a favore della parte ricorrente di cui all'art. 10 della Direttiva n. 78/2000, la Corte di Giustizia ha affermato che chi si ritiene vittima di una discriminazione «per associazione» dovrà essere in grado di dimostrare in giudizio «fatti dai quali si possa presumere l'esistenza di una discriminazione fondata sulla disabilità», e pertanto anche fatti idonei a creare una presunzione circa l'esistenza di una relazione con una delle categorie tutelate che permetta di invocare l'applicazione della normativa antidiscriminatoria (17).

In quest'ottica, l'ordinanza in commento chiarisce che la qualità di sindacalista della ricorrente e la documentazione relativa a pregresse attività a tutela della non discriminazione su base razziale o etnica siano sufficienti, nel caso di specie, ad assolvere l'onere a carico di parte ricorrente sull'esistenza di una relazione tra quest'ultima e la categoria tutelata. Di conseguenza, spetterà al convenuto dimostrare che il trattamento sfavorevole sia dovuto a ragioni estranee al fattore tutelato. Infine, nessuna indicazione può essere fornita dalla lettura dell'ordinanza del Tribunale di Brescia in merito alla prova a cui è tenuto quest'ultimo, posto che nessuna prova è stata introdotta in giudizio in tale senso.

(17) L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia «associata»*, cit., p. 1171. Nel primo caso italiano deciso sulla base della sentenza *Coleman*, il Tribunale ha ritenuto che il collegamento con la situazione di disabilità del figlio fosse insito nella natura dei permessi di cui alla legge n. 53/2000. Trib. Pavia, 19 settembre 2009, ord. — Est. Ferrari —, in *Riv. crit. dir. lav.* 2009, n. 3, p. 770, con nota di S. Russi, *Divieto di discriminazione del parente disabile: una prima applicazione della sentenza Coleman*.

3. — *Conseguenze dell'accertamento della discriminazione. Effettività, proporzionalità e dissuasività* — Com'è stato anticipato, la seconda questione di rilievo affrontata nell'ordinanza in commento riguarda la determinazione dei rimedi conseguenti l'accertamento della natura discriminatoria del comportamento contestato.

Le ricorrenti, oltre a richiedere al giudice di accertare la natura discriminatoria del comportamento tenuto dalla Sezione cittadina della Lega Nord, e di conseguenza di ordinarne la cessazione, presentavano ai sensi dell'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 215/03, domanda di risarcimento del danno non patrimoniale.

Il Tribunale, dopo avere considerato che il risarcimento del danno non patrimoniale richiesto dovesse essere «dissuasivo, proporzionale ed effettivo, come da tempo chiarito dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia», ha ritenuto che, considerate le peculiarità del caso di specie, lo stesso dovesse contenersi nella misura di 2.500 euro in favore di ciascun ricorrente.

A livello europeo, l'art. 15 della Direttiva n. 2000/43/Ce, pur lasciando agli Stati membri la libertà di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva, pone una triplice condizione: i rimedi e le sanzioni «che possono prevedere un risarcimento dei danni» devono essere «effettivi, proporzionati e dissuasivi». Nel caso *Feryn* (18), la Corte di Giustizia ha poi ribadito che l'art. 15 della Direttiva «impone agli Stati membri l'obbligo di prendere nel loro ordinamento giuridico provvedimenti adeguati, idonei a raggiungere lo scopo della direttiva, e di garantire che tali provvedimenti possano effettivamente essere invocati dinanzi ai giudici nazionali in modo che la tutela giurisdizionale sia effettiva ed efficace» (19).

Il legislatore italiano, nel disciplinare l'azione civile contro la discriminazione (20), oltre alla possibilità di ordinare la cessazione del comportamento discriminatorio, ove ancora sussistente, nonché di adottare un piano di rimozione, ha previsto espressamente all'art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 215/03 la possibilità di condannare l'autore della condotta discriminatoria a risarcire il danno non patrimoniale individuando, secondo la dottrina, nella violazione del divieto di discriminare la lesione di un diritto soggettivo di rilevanza costituzionale: il diritto proprio di

(18) Corte di Giustizia 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn c. Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*, in *Racc.*, p. 5187. Vedi D. Izzi, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Il divieto di discriminazioni razziali preso sul serio*, in *q. Riv.*, 2008, II, p. 765.

(19) I tradizionali criteri di proporzionalità, dissuasività ed effettività, utilizzati da prima dal legislatore europeo con riferimento alle discriminazioni di genere e in seguito con riferimento agli ulteriori fattori di discriminazione individuati nelle direttive di seconda generazione, comportano in sintesi l'obbligo per gli Stati membri di approntare rimedi idonei a raggiungere lo scopo delle direttive in grado di riflettere la gravità, la natura e la misura della lesione, nonché idonei a prevenire per il futuro il verificarsi di comportamenti discriminatori; vd. B. Cohen, *Remedies and sanctions for discrimination in working life under the EC anti-discrimination directives*, in Janet Cormack (a cura di), *Discrimination in Working Life, Remedies and Enforcement – Report of the 4th specialized equality bodies experts' meeting*, reperibile all'indirizzo: <http://migpolgroup.com/publications/default.asp?action=publication&pubid=139>.

(20) La previsione sul risarcimento del danno non patrimoniale attualmente vigente si trova all'art. 28, commi 5 e 6, d.lgs. n. 150/2011.

ciascun individuo a non subire pregiudizi di alcun tipo in ragione di caratteristiche identitarie specificamente individuate dal legislatore (21).

3.1. — Segue: *il risarcimento del danno da discriminazione alle associazioni di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/2003* — Quella che si commenta è probabilmente la prima decisione a livello nazionale che riconosce il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale alle associazioni che svolgono attività di contrasto alle discriminazioni. Il giudice di Brescia, come indicato dalla Corte di Giustizia nel caso *Feryn* (22), condanna il convenuto a risarcire il danno non patrimoniale anche a favore delle associazioni ricorrenti (23).

Se, con riferimento alle persone fisiche, il risarcimento del danno è dovuto in ragione della violazione di un diritto soggettivo a non subire discriminazioni, in cosa consiste la lesione che comporta il risarcimento del danno non patrimoniale alle associazioni ricorrenti?

L'ordinanza del Tribunale di Brescia pare allinearsi a quanto stabilito dalla Corte di Cassazione in un caso che verteva in materia di risarcimento del danno non patrimoniale alla Consigliera di parità: un'altra ipotesi di soggetto legittimato ad agire diverso dalla persona fisica (24).

Il giudice di merito, ha affermato la Cassazione, ha correttamente riconosciuto alla Consigliera di parità la *legittimatio ad causam* in ragione degli scopi istituzionali di intervento che l'ordinamento riconosce alla Consigliera di parità: in particolare, «la

(21) Così A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 598 ss. La posizione dell'Autore trova conferma nella ricostruzione operata dalle Sezioni Unite della Cassazione civile con sentenza del 11 novembre 2008 n. 26972 – Pres. Carbone, Est. Preden – *A.L. c. S.F.*, in *Mass. giust. civ.*, 2008, n. 11, p. 1607. La Cassazione, riferendosi all'espressa previsione legislativa del danno non patrimoniale di cui all'art. 44, comma 7, d.lgs. n. 286/1998, in ragione dell'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi, ricollega il risarcimento del danno non patrimoniale alla lesione del diritto inviolabile della persona a non subire discriminazioni.

(22) Par. 39 della sentenza.

(23) Nonostante nell'ordinanza in commento il giudice qualifichi il danno liquidato alle ricorrenti come danno morale, in verità, se si considera, da un lato, la ricostruzione operata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del danno non patrimoniale da discriminazione (vd. nota 21) e, dall'altro, il fatto che giudice ha condannato a risarcire il danno non solo a favore della ricorrente persona fisica ma anche delle associazioni (vd., in proposito, Cass. n. 2367/2000, in *Danno e resp.* 2000, p. 490, con nota di V. Carbone, *Il pregiudizio all'immagine e alla credibilità di una Spa costituisce danno non patrimoniale e non danno morale*), deve ritenersi che con «danno morale» il giudice abbia inteso riferirsi non al «danno morale soggettivo», ma al «danno non patrimoniale».

(24) Cass. pen., Sez. VI, 16 aprile 2009, n. 16031, in *Dir. rel. ind.*, 2009, n. 2, p. 269, con nota di M. Cunati, *Discriminazioni di genere e tutela giurisdizionale: la legittimazione ad agire della consigliera di parità in sede penale*. Vd. R. Lamacchia, *Relazione del 14 maggio 2010*, reperibile all'indirizzo: http://files.giuristidemocratici.it/giuristi/Zfiles/ggdd_20100531183805.pdf. Vd. inoltre M.D. Brancadoro, C. Manassero, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi nei processi per molestie sessuali e il ruolo della Consigliera regionale di parità contro le discriminazioni di genere*, in *Giur. merito*, 2010, n. 2, p. 292.

tutela della promozione dei principi di pari opportunità e di non discriminazione sessuale».

«La *legitimatio ad causam* della Consigliera o del Consigliere regionale della parità», prosegue la Corte, «non è altro che la pretesa volta a ottenere il risarcimento del danno non patrimoniale che l'art. 37, commi 1 e 2, d.lgs. n. 198 del 2006, “codice delle pari opportunità”, espressamente riconosce loro, mediante il ricorso al Tribunale in funzione del giudice del lavoro o al Tribunale amministrativo regionale competenti per territorio nell'ipotesi in cui sia rilevata “... l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori diretti o indiretti di carattere collettivo”».

Alla luce di queste osservazioni, la Cassazione, facendo espressamente riferimento alla nota sentenza delle Sezioni Unite dell'11 novembre 2008 n. 26972, afferma che la Consigliera di parità ha il diritto di «ottenere il risarcimento del danno *iure proprio* [...] per la realizzazione di diritti e interessi che la legge espressamente le riconosce».

Alla stessa stregua, in ragione della espressa previsione da parte del legislatore della legittimazione ad agire con riferimento alle associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/03, nonché del fatto che queste vengono individuate proprio sulla base delle loro finalità programmatiche di contrasto alle discriminazioni e della continuità di azione, si deve concludere nel senso dell'esistenza di un diritto proprio a vedersi risarcire il danno non patrimoniale anche in capo a queste ultime (25).

3.2. — Segue: *Criteri di liquidazione del danno non patrimoniale da discriminazione* — Quanto ai criteri di liquidazione del danno, il giudice ai fini della quantificazione fa riferimento a una serie di circostanze: «[del]l'episodio in sé, il contesto locale in cui è maturato, la durata del comportamento lesivo nonché, la posizione dei ricorrenti che si propongono tutti quali soggetti animati principalmente da ragioni di principio oltre che di giustizia sostanziale», «la posizione del responsabile della lesione, ossia la piccola sede locale di un partito, retta da un segretario che difende le ragioni della stessa in forma sgrammaticata...».

La tutela contro le discriminazioni, si è già avuto modo di affermare, ha per oggetto il diritto di ogni persona a non subire uno svantaggio in ragione di una propria caratteristica identitaria. La previsione riguardante il risarcimento del danno rappresenta pertanto un'ipotesi selezionata a livello legislativo, di risarcimento del danno da lesione di diritti inviolabili. In relazione ai criteri di liquidazione, la dottrina sostiene che, ai fini della quantificazione in via equitativa del danno non patrimoniale da violazione di diritti inviolabili, il superamento di una funzione af-

(25) Ad analoghe conclusioni è giunta peraltro la giurisprudenza in merito alla costituzione di parte civile delle organizzazioni sindacali non solo in qualità di portatori di interessi diffusi, ma anche *iure proprio*, in ragione degli obiettivi dagli stessi perseguiti. Ci si limita a segnalare le recenti decisioni sul caso *Thyssenkerupp*, Corte d'Assise di Torino, 14 novembre 2011, sulla quale vedi i commenti di F. Curi e R. Rivero, in q. *Riv.*, 2012, II, rispettivamente pp. 181 ss. e 203 ss.

flittiva del risarcimento comporta l'esclusione di quegli indici non direttamente connessi al danno recato, quali l'intensità dell'elemento soggettivo dell'illecito o la gravità della condotta tenuta dal soggetto danneggiante, o la diversità delle condizioni economiche dei soggetti coinvolti, o il vantaggio eventualmente tratto dal danneggiante (26).

Si deve, tuttavia, riconoscere che il diritto antidiscriminatorio costituisce un sottosistema normativo caratterizzato da forti tratti di specialità (27). In modo particolare, con riferimento al risarcimento del danno, va ricordato che il legislatore europeo annovera il risarcimento del danno tra le sanzioni e indica quale requisito necessario il suo carattere dissuasivo (28). Ciò trova conferma testuale all'art. 4, comma 5, il quale prevede che, ai fini della liquidazione del danno, il giudice tenga conto dell'eventuale carattere ritorsivo del comportamento contestato con finalità evidentemente punitive.

Le specificità individuate si ritiene possano, in definitiva, giustificare, con riferimento al danno non patrimoniale da discriminazione, il recupero della finalità afflittiva propria del danno morale in senso soggettivo (29). Tornando al caso in esame, il giudice, riconoscendo rilevanza a una serie di circostanze inerenti la sfera del soggetto danneggiante, parrebbe aderire a quest'ultimo orientamento. In particolare, il riferimento al livello di scolarizzazione del convenuto sembrerebbe rilevare, nel ragionamento seguito dal giudice, quale indice dell'intensità dell'elemento soggettivo dell'illecito. Deve osservarsi, tuttavia, che è quantomeno dubbio che sia possibile, ai fini della quantificazione del danno da discriminazione, riconoscere rilevanza all'intensità dell'elemento soggettivo dell'autore, posto che la fattispecie discriminatoria sancisce la totale irrilevanza dell'intenzione di discriminare. Diversa e ulteriore è la considerazione, dagli esiti poco condivisibili, del livello di scolarizzazione del convenuto quale elemento a sostegno di una minore consapevolezza da parte di quest'ultimo circa la natura discriminatoria del suo comportamento.

4. — *Osservazioni finali* — L'ordinanza del Tribunale di Brescia ha sicuramente il merito, nell'ottica di una «concezione solida di uguaglianza», di aver esteso alla ricorrente l'applicabilità del divieto di discriminazioni sulla base della razza o del-

(26) G. Pedrazzi, *Il danno non patrimoniale da lesione di diritti inviolabili*, in G. Ponzanelli, *Il nuovo danno non patrimoniale*, 2003, pp. 128 ss. Sulla centralità del parametro della gravità dell'offesa subita dalla vittima anche D. Maffei, *Libertà contrattuale e divieto di discriminazioni*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, n. 2, pp. 401 ss.

(27) F. Malzani, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, in *q. Riv.*, 2011, I, p. 235.

(28) A. Guariso, *I provvedimenti del giudice*, cit., pp. 598 ss.; nonostante la decisione della Corte di Cassazione 19 gennaio 2007, n. 1183 (in *Resp. civ. prev.* 2008, n. 1, p. 188, con nota di G. Miotto, *La funzione del risarcimento dei danni non patrimoniali nel sistema di responsabilità civile*) abbia espressamente escluso l'ammissibilità del danno punitivo nel nostro sistema di responsabilità civile, l'Autore ritiene tale posizione sia smentita dalla previsione di legge di cui all'art. 4, comma 5, d.lgs. n. 215/2003.

(29) F. Malzani, *Danno non patrimoniale...*, cit., p. 235.

L'origine etnica, recependo pertanto la *ratio* sottesa alla decisione *Coleman*. Nonostante il mancato riferimento da parte del giudice al precedente della Corte di Giustizia è chiaro che l'affermazione circa l'esistenza di una molestia basata sulla razza e l'origine etnica indipendentemente dal fatto che la ricorrente fosse priva del fattore tutelato non possa essere letta disgiuntamente dal precedente della Corte di Giustizia.

L'ulteriore aspetto rilevante riguarda il riconoscimento del risarcimento del danno alle associazioni ricorrenti, in adesione a quanto affermato dalla Corte di Giustizia, nel caso *Feryn*. Quanto ai criteri di liquidazione del danno, il Tribunale, nell'ottica di garantire il carattere dissuasivo del risarcimento, in ossequio a quanto stabilito dalle direttive europee e ribadito nel caso *Feryn* dalla Corte di Giustizia, pare riconoscere la natura, oltreché riparatoria, sanzionatoria del risarcimento del danno da discriminazione. Tornando a quanto si è detto nelle prime righe di questo commento, alla luce di quanto fin qui esposto non si può negare l'esistenza di un dialogo, se pur timido, tra giudice nazionale e Corte di Giustizia.

Venera Protopapa
*Cultrice della materia di Diritto del lavoro e Diritto antidiscriminatorio
nell'Università di Brescia*

TRIBUNALE VERONA, 2 dicembre 2011, Sez. lav. – Est. Gesumunno – Consigliera di parità della Provincia di Verona, A.G. (avv. Fanini) c. Fondazione Arena di Verona (avv. Belligoli).

Parità di trattamento – Discriminazioni in ragione del sesso – Età pensionabile delle ballerine – Pensione.

Parità di trattamento – Discriminazioni in ragione del sesso – Età pensionabile delle ballerine – Pensione – Disapplicazione da parte del giudice nazionale.

Non è conforme al diritto dell'Unione europea, il trattamento differenziato sulla base del sesso in ordine al limite massimo di pensionamento previsto per i lavoratori dello spettacolo appartenenti alle categorie dei tescorei e dei ballerini (art. 4, comma 4, d.lgs. n. 182/1997, come modificato dall'art. 3, comma 7, d.l. n. 64/2010), in quanto contrario al principio generale di non discriminazione in base al sesso del lavoratore che deve essere garantito a tutti i soggetti, nell'ambito di competenza dell'ordinamento comunitario. (1)

L'applicazione diretta del principio di non discriminazione, mediante la disapplicazione della norma interna non conforme da parte del giudice nazionale, produce come effetto necessario e automatico, l'equiparazione dei lavoratori e delle lavoratrici per quanto concerne il limite massimo dell'età lavorativa. (2)

Il testo della sentenza è pubblicato in *www.ediesseonline.it/riviste/rgl*.

(1-2) ETÀ PENSIONABILE DELLE BALLERINE
E DISCRIMINAZIONE SULLA BASE DEL SESSO

Una lavoratrice dello spettacolo, appartenente alla categoria dei ballerini, è stata licenziata in base all'art. 4, comma 4, d.lgs. n. 182/1997, come modificato dall'art. 3, comma 7, d.l. n. 64/2010 (convertito in legge n. 100/2010).

Questa ultima disposizione ha unificato l'età pensionabile di donne e uomini appartenenti alla categoria dei tescorei e ballerini al raggiungimento del quarantunesimo anno d'età.

Anteriormente all'entrata in vigore della recente novella, l'età pensionabile dei tescorei e ballerini era disciplinata dall'art. 4 del d.lgs. n. 182/1997, il quale prevedeva che, «a decorrere dal 1° gennaio 1998 per i lavoratori dello spettacolo appartenenti alla categoria dei tescorei e ballerini già iscritti alla data del 31 dicembre 1995 l'età pensionabile è gradualmente elevata in ragione di un anno ana-

grafico ogni 30 mesi fino a raggiungere l'età di 52 anni per gli uomini e 47 per le donne».

La novella del 2010 stabilisce – con una disposizione transitoria – che, per i due anni successivi alla data della sua entrata in vigore, ai lavoratori che hanno raggiunto l'età pensionabile è data facoltà di esercitare l'opzione per rimanere in servizio, fermo restando «il limite massimo di pensionamento di vecchiaia di anni quarantasette per le donne e di anni quarantadue per gli uomini».

La ricorrente, prima del compimento del quarantasettesimo anno di età, ha presentato alla Fondazione domanda per rimanere in servizio fino al cinquantesimo anno in forza della combinazione delle due norme da ultimo citate.

Tuttavia, la ricorrente è stata licenziata al compimento del quarantasettesimo anno sulla base della nuova disciplina.

Il licenziamento della lavoratrice è stato impugnato con ricorso d'urgenza dalla Consigliera di parità nelle forme previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 198/2006, e deciso in senso favorevole alla lavoratrice con la sentenza qui annotata.

Nel caso in esame, il Tribunale di Verona, verificata la sussistenza di una discriminazione diretta basata sul sesso, ha disapplicato la norma nazionale contrastante col diritto sovranazionale [Su quest'ultimo strumento giuridico in chiave di tutela dei *fundamental rights*, G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di Giustizia*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, pp. 863 ss. (e anche Idem, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *q. Riv.*, 2012, pp. 53 ss.), e L. Zoppoli, *I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali europei*, in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, W.P. Csdl «Massimo D'Antona». *Collective volumes*, n. 1/2011, pp. 70 ss.]

La disapplicazione è stata motivata dall'impossibilità di procedere all'interpretazione conforme del diritto interno al diritto comunitario.

Il Tribunale ritiene che, nel caso in esame, la disapplicazione della norma possa avvenire senza necessità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 234 TCE, ora art. 267 TFEU), poiché trattasi di una disposizione la quale, vista la portata generale e primaria del principio più volte richiamato, non comporta ulteriori o complessi problemi interpretativi: in altre parole «il giudice nazionale può essere tenuto a disapplicare il diritto nazionale contrastante con un principio antidiscriminatorio, anche se quel divieto non è stato interamente recepito dal diritto nazionale, ma si rinviene in modo sufficientemente preciso nel diritto dell'Unione europea» (L. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 74).

La conseguenza di tale disapplicazione implica che la ricorrente, avendo esercitato tempestivamente l'opzione per rimanere in servizio, abbia diritto a proseguire l'attività lavorativa sino al limite massimo previsto in via transitoria per i colleghi di sesso maschile (in concreto sino a 52 anni).

Nel caso in esame, il giudice si trova simbolicamente (e giuridicamente) a ricercare un *trait d'union* tra la cd. «regina delle discriminazioni», come è stata definita la discriminazione in base al genere [L. Guaglione, *Le discriminazioni basate sul genere*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, Milano, 2007,

pp. 247 ss.], e la cd. «Cenerentola» (D. Izzi, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Jovene, Napoli, 2005, pp. 388 ss.), ovvero la discriminazione in base all'età.

Invero la questione inerente alla tutela dei lavoratori e delle lavoratrici indipendentemente dal sesso ha radici comunitarie molto risalenti (rispetto agli altri fattori di rischio), a partire dal Trattato di Roma (artt. 117 ss. TCe) limitato inizialmente alle dinamiche retributive (in chiave anti *dumping*), ma arricchitosi attraverso costanti pronunce giurisprudenziali e con una netta evoluzione mediante il Trattato di Maastricht, che ha reso possibile l'introduzione di misure differenziate finalizzate al raggiungimento di una eguaglianza sostanziale tra donne e uomini nel mondo del lavoro (art. 141 TCe, ora artt. 157 ss. TfUE). Questo percorso normativo si è ulteriormente concretizzato con l'emanazione di una serie di direttive (dalla Direttiva n. 76/207/Cee alla recente Direttiva n. 2006/54/Ce), trasposte in modo più o meno effettivo in disposizioni nazionali [Per una più ampia ricostruzione si rinvia a O. La Tegola, *Sui divieti di discriminazione per motivi di genere*, in *q. Riv.*, 2011, 1, pp. 177 ss., e L. Calafà, *Il diritto antidiscriminatorio nazionale «instabile»*. *Cronologia degli interventi legislativi recenti e procedure di infrazione in corso*, in L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009, pp. 55 ss., e D. Gottardi, *Lo stato di avanzamento dei lavori a livello di istituzioni europee sulla parità di genere*, *ivi*, pp. 21 ss.]. Successivamente, con la vincolatività della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a seguito del perfezionamento delle ratifiche al Trattato di Lisbona, è stato sancito espressamente sia il principio di parità uomo-donna (art. 23) che il divieto di discriminazione (art. 21), ricomprendendo in quest'ultimo non solo il fattore di rischio «sesso», ma tutti gli altri fattori di rischio che avevano trovato la loro (in)compiuta attuazione mediante le direttive e le loro trasposizioni all'interno dei contesti nazionali via via succedutesi [Cfr. G. Bronzini, *Happy Birthday, Il primo anno di obbligatorietà della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali...*, *cit.*, pp. 26 ss.; per una rassegna giurisprudenziale in ordine all'applicabilità della Carta si rinvia a F. Amici, V. Papa, E. Saccà, *Le Corti e la Carta di Nizza. Tecniche di argomentazione e attività interpretativa*, 2009, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm].

Il principio di non discriminazione assurge, quindi, a principio generale dell'ordinamento europeo, che trova la propria concretizzazione in una serie di sentenze della Corte di Giustizia, le quali focalizzano l'attenzione sull'applicabilità diretta nei rapporti interprivati del suddetto principio, anche oltre il genere, superando le non banali resistenze a quest'apertura (Da ultimo, si rinvia, in ordine all'estensione del principio di parità di trattamento, a L. Calafà, O. Bonardi, *I contratti di assicurazione alla prova della parità di genere: il caso Test Achats alla Corte di Giustizia Ue*, in *St. Iuris*, 7, 2012, in corso di pubblicazione, e O. Bonardi, *La nuova linfa dell'uguaglianza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, pp. 848 ss.).

Sul punto, la sentenza *Kücükdeveci* (19 gennaio 2010, C-555/07), in ordine al fattore di rischio di più recente (ma dirompente) tutela, chiudendo un percorso argomentativo iniziato con il caso *Mangold* (22 novembre 2005, C-144/04), specifica senza bizantinismi che «il principio di non discriminazione in base all'età è

un principio generale del diritto dell'Unione, in quanto rappresenta un'applicazione specifica del principio generale della parità di trattamento» (punto 50; nello stesso senso la sentenza *Mangold*, punti 74-76), con la sottesa implicazione che, mentre qualora si tratti di diritto derivato (direttive *in primis*) si potrebbe porre il problema della diretta applicabilità, ciò non accade, invece, nel caso in cui si verta su principi generali dei quali le direttive costituiscono una specificazione, con la conseguente disapplicabilità delle norme nazionali contrastanti da parte del giudice interno: «la necessità di garantire piena efficacia al principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente nella Direttiva n. 2000/78, comporta che il giudice nazionale, in presenza di una norma nazionale, rientrando nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, che ritenga incompatibile con tale principio e per la quale risulti impossibile un'interpretazione conforme a quest'ultimo, deve disapplicare detta disposizione, senza che gli sia imposto né gli sia vietato di sottoporre alla Corte una domanda di pronuncia pregiudiziale» (punto 53) (Per un'esauritiva lettura di questo processo argomentativo in chiave evolutiva si rinvia a L. Calafà, *Le discriminazioni fondate sull'età: sequenza giurisprudenziale recente del fattore di rischio «emergente»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, pp. 993 ss., e M. Peruzzi, *Ritorno a Mangold nell'epoca del Trattato di Lisbona*, in *q. Riv.*, 2011, II, pp. 139 ss.).

Allo stesso modo, la tutela degli altri fattori di rischio si è articolata sovente sulla base del medesimo presupposto, ovvero che, al di là della specifica e puntuale applicazione delle direttive o delle singole norme europee e nazionali, vi sono principi – come quello di non discriminazione – che assurgono a *fundamental rights*, e in quanto tali hanno una diretta incidenza negli ordinamenti nazionali [Sul divieto di discriminazione come *grundnorm* europea vedi M.G. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 3 Cost.; art. 20 e art. 21 Carta di Nizza)*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona»*, IT, n. 77/2010, pp. 38 ss.].

La recente sentenza *Romer* (10 maggio 2011, C-147/08, in *q. Riv.*, 2012, II, pp. 287 ss., con nota di F.R. Guarnieri), inerente alla discriminazione in materia pensionistica tra coppie dello stesso sesso e coppie di sesso diverso, chiarisce ulteriormente che «la Direttiva n. 2000/78 [...] non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro – l'origine del quale si rinviene in vari strumenti internazionali nonché nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri –, bensì mira unicamente a istituire, nelle suddette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi [...] tra i quali rientrano le tendenze sessuali» (punto 59), ciò con il chiaro significato che il generale divieto di discriminazione orienta, ma in ogni caso trascende, gli strumenti normativi di derivazione europea (Cfr. M. Winkler, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione europea: il caso Romer*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 10, pp. 1180 ss., e M. Borzaga, *Unioni civili, trattamenti pensionistici e discriminazioni fondate sull'orientamento sessuale: fin dove può spingersi il diritto comunitario del lavoro?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, pp. 215 ss.).

Tornando alla sentenza in commento, il giudice scaligero ripercorre l'evoluzione delle fonti del principio di non discriminazione, verificando la sua estrema pre-

gnanza, nell'ambito delle competenze europee, in quanto espressione di un diritto fondamentale, riscontrando come nella questione in esame vi sia una palese discriminazione in base al sesso, che non può in alcun modo essere «giustificata» o «derogata» da questioni di diversità di genere attinenti all'usura fisica alla quale sono sottoposti questi lavoratori (motivo proposto da parte resistente, ritenuto valido in sede d'urgenza, ma scardinato in sede di opposizione).

La discriminazione diretta, della quale il giudice constata l'esistenza, non solo è vietata dai principi generali di cui sopra, ma altresì dalla Direttiva n. 2006/54/Ce dei quali è concretizzazione; infatti, tra le varie ipotesi di illegittima differenziazione uomo-donna, l'art. 9, lett. f, della Direttiva citata prevede, a titolo esemplificativo, lo «stabilire limiti di età differenti per il collocamento a riposo»; situazione che trova un interessante parallelismo con quanto deciso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Kleist* (18 novembre 2010, C-356/09).

In tale ultima vicenda giudiziaria, infatti, la sig.ra Kleist lamentava che, a causa di una disposizione prevista dal contratto collettivo di settore – atta a favorire l'ingresso al lavoro delle nuove generazioni –, si era prevista la disapplicazione della tutela rafforzata contro il licenziamento a partire dal momento in cui l'interessato/a avesse raggiunto i requisiti per poter accedere alle prestazioni pensionistiche (ovvero, nel caso della legge austriaca, 60 anni per le donne e 65 per gli uomini); conseguentemente il datore di lavoro della ricorrente aveva provveduto a intimare il licenziamento, indipendentemente dall'esercizio dell'opzione di restare in servizio sino ai 65 anni, nei confronti di tutti i soggetti che avevano maturato «anagraficamente» il diritto alla pensione, tra i quali appunto la sig.ra Kleist.

La Corte di Giustizia, quindi, si è trovata ad affrontare il caso di una discriminazione multipla in quanto fondata, da un lato, sul sesso e, dall'altro, sull'età della lavoratrice, e si è soffermata in via principale, mediante un'interpretazione restrittiva della possibilità di porre eccezioni al divieto di discriminazione diretta da parte del legislatore nazionale, sulla legittimità della differenziazione in base al genere (Conformemente al proprio risalente orientamento: cfr. Corte di Giustizia 26 febbraio 1986, C-152/84, *Marshall*, punto 36; 21 luglio 2005, C-207/04, *Vergani*, punto 33; 27 aprile 2006, C-423/04, *Richards*, punto 36).

Infatti, inquadrando la fattispecie nella prospettiva del licenziamento, a nulla vale indicare come giustificazione per il trattamento differenziato l'obiettivo di favorire il ricambio generazionale, in quanto il recesso anticipato si traduce in una misura svantaggiosa nei confronti delle donne trattate palesemente in modo meno favorevole dei colleghi maschi (Per un primo commento si rinvia a S. Scarponi, *Discriminazione per età, ricambio generazionale, discriminazione di genere nei recenti orientamenti della Corte di Giustizia Ue*, in *q. Riv.*, 2011, I, pp. 552 ss.; M.T. Corotti, *Alcune riflessioni in tema di età pensionabile differenziata e parità di genere in materia di occupazione e lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 1, pp. 235 ss.; L. Scarano, *Inderogabilità e riflessi del divieto di discriminazione diretta di genere nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, n. 3, pp. 994 ss.; per una valutazione integrata di più ampio respiro vedi M. V. Ballestrero, *Pensionati recalcitranti e discriminazione fondata sull'età*, in *Lav. dir.*, 2011, pp. 169 ss.).

In sintesi, il trattamento differenziato tra donne e uomini in relazione all'età massima pensionabile è riconducibile a una discriminazione diretta basata sul sesso, quindi vietata dall'ordinamento comunitario, diversamente da quanto invece si sarebbe potuto prospettare (come sostenuto dal datore di lavoro), inquadrando la fattispecie nei termini di una discriminazione indiretta, poiché in tal caso, al di là del giudizio sulla necessità e appropriatezza dei mezzi utilizzati, si sarebbe potuta invocare, a sostegno della giustificabilità del trattamento differenziato, la finalità legittima dell'ingresso dei giovani nel mondo del lavoro (A un risultato analogo, in assenza di una diversificazione dell'età pensionabile basata sul genere, si sarebbe potuti arrivare laddove si fosse ricostruita la vicenda nell'esclusiva prospettiva della discriminazione basata sull'età come nella sentenza 12 ottobre 2010, C-45/09, *Rosenbladt*; cfr. M. Mocella, *Età pensionabile e discriminazioni in ragione dell'età*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 515 ss).

Dato questo contesto, sarebbe interessante (ma forse con ricadute metagiuridiche) capire quali siano state le motivazioni che hanno indotto il legislatore a introdurre discipline palesemente discriminatorie, come quella in oggetto, non solo in relazione al diritto europeo ma bensì in relazione a un'ampia e consolidata giurisprudenza costituzionale che, a partire dagli anni ottanta (*ex multis*, Corte Cost. 18 giugno 1986, n. 137), ha ritenuto non più giustificabile la differenziazione dell'età pensionabile sulla base del genere in quanto costituente violazione di una molteplicità di precetti costituzionali – il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), il diritto al lavoro (artt. 4 e 35 Cost.) e il principio di parità tra uomo e donna in materia di lavoro (art. 37 Cost.) – superando quelle concezioni vetuste e paternalistiche che vedevano nella donna una differente «attitudine» lavorativa rispetto all'uomo (Corte Cost. 17 luglio 1969, n. 123) (Per un'interessante ricostruzione E. Ales, *Il modello sessuato di ruolo sociale e i suoi antidoti: l'adult worker model nell'ordinamento italiano*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 533 ss.).

Uno dei punti nodali di questa tematica si ritrova nel progressivo superamento della concezione della diversa età di pensionamento come rimedio per «indennizzare» le donne lavoratrici che oltre alle proprie mansioni professionali dovevano (e sovente tuttora devono), con una sorta di *a priori* esistenziale, dedicarsi ai lavori domestici e di cura familiare: sistema dimostratosi progressivamente inadeguato per porre rimedio agli svantaggi lavorativi che le donne possono subire durante la loro carriera in ragione del sesso [Cfr. G. De Simone, *Conciliare lavori e famiglie. Differenze virtuose e differenze perniciose in tema di tassazione dei redditi da lavoro e di sistemi pensionistici*, in *Lav. dir.*, 2009, pp. 255 ss., e R. Veneziano, *La nozione di azione positiva nel dibattito italiano*, in M.G. Garofalo (a cura di), *Lavoro delle donne e azioni positive*, Cacucci, Bari, 2002, pp. 253 ss.].

Il legislatore italiano, quindi, dovrebbe, in sintonia con gli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia e dalla Corte Costituzionale, tentare di garantire la parità tra uomo e donna in quest'ambito e, *de iure condendo*, modificare tutte le normative a ciò non conformi.

In materia, non si può non sottolineare come vi sia stato un recente e alquanto discutibile intervento, nato da una procedura di infrazione (*rectius*, ricorso per ina-

dempimento ai sensi dell'art. 226 TCe, ora art. 258 TfUE, presentato il 1° febbraio 2007), sfociata in una famosa sentenza (13 novembre 2008, C-46/07, *Commissione c. Italia*) che, richiamando i consolidati principi di parità retributiva dei lavoratori indipendentemente dal genere, ha riscontrato un'illegittima discriminazione all'interno del solo settore pubblico, avente a oggetto la diversa età pensionabile tra donne e uomini [Si rinvia a F. Ravelli, *Età pensionabile e discriminazioni di sesso secondo la Corte di Giustizia (C-46/07)*, in L. Calafà, D. Gottardi (a cura di), *Il diritto antidiscriminatorio...*, cit., pp. 141 ss., e A. Mazziotti, *La problematica della diversa età pensionabile per i lavoratori e le lavoratrici tra ambiguità legislative ed equivoci: una discutibile sentenza della Corte di Giustizia*, in *q. Riv.*, 2009, II, pp. 223 ss.]; come detto, alla sentenza di condanna dell'Italia ha fatto seguito un mirato intervento legislativo (legge n. 122/2010) che ha «imposto» la parificazione dei termini di collocamento a riposo (similmente a quanto accaduto in Grecia a seguito della sentenza 26 marzo 2009, C-559/07, *Commissione c. Grecia*).

Tale intervento aveva creato un netto dualismo nel sistema pensionistico tra settore pubblico e settore privato, in quanto in quest'ultimo permaneva la differente età di pensionamento (seppur virtualmente livellata attraverso i meccanismi di opzione per la permanenza in servizio), riconciliato oggi, in modo repentino, dalla riforma cd. Fornero (art. 24, d.l. n. 201/2011, convertito, con modificazione, nella legge n. 214/2011) attraverso un meccanismo di parificazione scalare che si dovrebbe concludere nel 2020, arrivando alla convergenza dell'età pensionabile di uomini e donne nei settori pubblico e privato (Per un'analisi critica della riforma si rinvia a O. Bonardi, *Non è un paese per vecchie. La riforma delle pensioni e i suoi effetti di genere*, in *Riv. dir. sic. soc.*, in corso di pubblicazione).

In ultima analisi, e in attesa di ulteriori sviluppi giurisprudenziali e legislativi, si può aggiungere soltanto che la sentenza in esame segue un *iter* logico-giuridico estremamente corretto e lineare che dovrebbe essere la regola, e non l'eccezione, nei casi in cui si verta in materia di diritti fondamentali come quello di non discriminazione.

Giorgio Desto

Dottorando di ricerca in Diritto ed economia dell'impresa nell'Università di Verona

TRIBUNALE BARI, 9 giugno 2011, ord. — Est. Calia — S.M. c. Global Service Spa.

**Licenziamento individuale – Art. 669-duodecies cod. proc. civ. –
Reintegrazione nel posto di lavoro – Accesso ai locali aziendali
– Assegnazione nel posto di lavoro.**

L'obbligo di reintegrazione è suscettibile di esecuzione forzata nei limiti delle sottoprestazioni fungibili individuabili al suo interno. In attuazione del provvedimento cautelare di reintegra, pertanto, può esser disposta l'iscrizione nel libro paga e matricola (oggi Libro unico sul lavoro) con tutte le conseguenze retributivo-previdenziali, nonché l'accesso ai locali aziendali con autorizzazione, in caso di rifiuto, a farsi assistere da un ufficiale giudiziario e occorrendo dalla forza pubblica. (1)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) MODALITÀ DI APPLICAZIONE DEL PROVVEDIMENTO D'URGENZA

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Reintegrazione: tra ineseguibilità in forma coattiva degli obblighi di fare infungibili e sottoprestazioni fungibili. — 3. L'accesso ai locali aziendali mediante ausilio della forza pubblica. — 4. L'assegnazione del ricorrente nel posto di lavoro.

1. — *Il caso* — Con ordinanza ex art. 669-duodecies cod. proc. civ., il Tribunale di Bari si pronuncia sulle modalità di attuazione di una sua precedente ordinanza cautelare ex art. 700 cod. proc. civ., mai eseguita, con cui ha disposto la reintegrazione in servizio del ricorrente, illegittimamente licenziato, presso la società resistente.

Il tema è, dunque, quello dell'effettività della tutela reintegratoria nel posto di lavoro.

2. — *Reintegrazione: tra ineseguibilità in forma coattiva degli obblighi di fare infungibili e sottoprestazioni fungibili* — In apertura d'ordinanza, subito dopo la riproduzione testuale della formulazione dell'art. 669-duodecies cod. proc. civ., il Tribunale afferma che l'ordine di reintegra non è eseguibile in forma specifica (sia a seguito di una sentenza ex art. 18, legge n. 300 del 1970, che nell'ambito di un procedimento cautelare). L'assegnazione delle mansioni al lavoratore e la concreta utilizzazione delle prestazioni dello stesso, oggetto della tutela, rientrano nella più generale ineseguibilità in forma coattiva degli obblighi di fare infungibili (Vd.: M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, 1979, pp. 189 ss.; E. Ghera, *Le tecniche di tutela: Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Dir. rel. ind.*, 1991, pp. 635 ss.; in giurisprudenza: Trib. Lecce 31 luglio 1984, in *Foro it.*, 1985, I, p. 2430; Cass. 13

aprile 1985, n. 2458, in *Riv. it. dir. lav.*, 1986, II, p. 210; Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in *Foro it.*, 1990, I, p. 2908; Trib. Venezia 12 marzo 2002, in *Foro it.*, 2002, I, p. 2914; Cass. 12 maggio 2004, n. 9031, in *Foro it.*, 2004, I, p. 2033).

Ne segue che l'adibizione alle mansioni e la concreta utilizzazione della prestazione di lavoro non possono prescindere da una collaborazione attiva da parte del datore, e la loro realizzazione a opera di terzi finirebbe per configurare una vera e propria ingerenza nelle prerogative datoriali, con la conseguenza che il lavoratore si ritroverebbe a collaborare non più alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, ma di altri [In proposito, V. Speciale, *Statuizioni delle parti e tutela in forma specifica del rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica del diritto nel rapporto di lavoro*, M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), Milano, 2004, pp. 99 ss.; G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, I, pp. 157 ss.; in giurisprudenza: Cass. 4 settembre 1990, n. 9125, in *Mass. giur. lav.*, 1990, p. 599; Cass. 11 gennaio 1990, n. 46, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 947; Trib. Milano 1° dicembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p. 154].

L'infungibilità risiede, dunque, nell'autonomia del debitore (datore di lavoro), che è libertà di impresa ex art. 41 Cost. (Si v. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra «principi» costituzionali*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, IV, pp. 593 ss.).

E tuttavia, come evidenziato nella stessa pronuncia in esame, tali premesse non impediscono a parte della dottrina e della giurisprudenza di ritenere che, nell'ambito dell'ordine di reintegrazione, possano esser isolate delle sottoprestazioni, dei comportamenti del datore perfettamente fungibili e, dunque, suscettibili di esecuzione in forma specifica (Vedi: E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2011, p. 211, nota 57; M. Taruffo, voce *Reintegrazione nel posto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1996, p. 3; V. Speciale, *op. cit.*, p. 99; in giurisprudenza: Trib. Latina 5 dicembre 1997, in *Foro it.*, 1999, I, p. 2117; *contra*: Trib. Milano 1° dicembre 2006, in *Orient. giur. lav.*, 2007, I, p. 155; Cass. 13 aprile 1985, n. 2458, in *Mass. giur. lav.*, 1985, p. 437).

Proprio questa è la strada seguita dal Tribunale di Bari, secondo cui è incoercibile il risultato finale della tutela offerta al lavoratore attraverso la reintegrazione, cioè la ripresa di una durevole collaborazione tra le parti, ma non anche i comportamenti strumentali alla realizzazione della reintegra nel posto di lavoro (In tal senso, M. D'Antona, voce *Tutela reale del posto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1994, p. 9; in senso critico, G. Cannati, *op. cit.*: «non è con la timbratura del cartellino che si realizza il bene protetto dall'art. 18 Stat. lav., se poi non vi potrà essere la ripresa dell'attività lavorativa»; ancora A. Vallebona, in *Mass. giur. lav.*, 2010, fasc. 11, pp. 776 ss., secondo cui la funzione dell'esecuzione non può essere l'aggressione della sfera del debitore affinché, prima o poi, adempia).

Il Tribunale recepisce i principi espressi in altre ordinanze citate nel provvedimento, ammettendo che l'ordine di reintegra è suscettibile di esecuzione frazionata, con riferimento, ad esempio, all'iscrizione nel libro paga e matricole (oggi Libro unico del lavoro a seguito del d.l. n. 112 del 2008, convertito in legge n. 133 del 2008), al rilascio del cartellino, all'accesso alla mensa aziendale e al pagamento

delle retribuzioni, alla ricostruzione della posizione contributiva, previdenziale e assicurativa, all'ingresso del lavoratore in azienda: cioè a tutte quelle prestazioni che non rientrano nell'esercizio di poteri discrezionali e che in alcuni casi si configurano come un mero *patis* per il datore (Cfr. Trib. Ravenna 25 luglio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, II, p. 998; Trib. Bologna 8 ottobre 2006, inedita a quanto consta; Trib. Roma 13 dicembre 1996, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 77; Pret. Catanzaro 19 marzo 1999, in q. *Riv.*, 2000, II, p. 315).

Il dogma dell'assoluta ineseguibilità dell'ordine di reintegra, a detta del Tribunale, viene superato dalla possibilità di provvedere all'esecuzione nei limiti in cui risulti possibile l'imposizione di una semplice soggezione al datore di lavoro oppure tramite la sua sostituzione a opera di persone diverse.

Quest'ultima espressione rischia di essere equivocata, se non viene letta alla luce della idea che la reintegrazione può essere suddivisa per fasi, alcune delle quali, perfettamente fungibili e dunque realizzabili anche a opera di soggetti diversi dal datore stesso.

Ciò perché, a fronte dell'intrinseca incoercibilità dell'ordine di reintegra, non bisogna rinunciare alla ricerca di una tutela specifica in grado di produrre effetti soddisfattivi per il lavoratore anche sul piano esecutivo, indipendentemente dalla volontà dell'obbligato (Vd. Trib. Ravenna, cit.; *contra*, Trib. Milano, cit.).

3. — *L'accesso ai locali aziendali mediante ausilio della forza pubblica* — Riconosciuta la possibilità di scissione in più fasi dell'obbligo di reintegrazione e la conseguente coercibilità di quelle fungibili, il Tribunale di Bari conclude la sua pronuncia non solo ordinando la corresponsione del trattamento retributivo a decorrere dalla reintegra e in misura pari a quello percepito al momento del licenziamento, ma disponendo, altresì, l'accesso del ricorrente ai locali aziendali con l'autorizzazione a farsi assistere, in caso di rifiuto, da un ufficiale giudiziario e, occorrendo, dalla forza pubblica.

Il Tribunale configura l'ingresso del lavoratore in azienda come un diritto del lavoratore, prodromico alla prestazione di lavoro, e in quanto tale, atto iniziale di attuazione dell'ordine di reintegra.

Più precisamente, la presenza del lavoratore configura per il datore un mero *patis*, e da ciò ne deriva l'eseguibilità coattiva (così, riportandosi un passo di Trib. Bologna 8 ottobre 2006, cit.) priva di sanzione penale.

Da evidenziare che, benché sia tradizionalmente esclusa dalla giurisprudenza la possibilità di ricorso alla sanzione indiretta *ex art.* 388 cod. pen. per garantire l'esecuzione dell'ordine di reintegra, quand'anche ne sia stata riconosciuta l'applicabilità, i giudici della Corte di Cassazione hanno sempre ritenuto abnorme l'ordine del giudice penale, in applicazione dell'art. 219 cod. proc. pen., di riammissione nel posto di lavoro con la forza pubblica [In tal senso: Cass. pen. 24 novembre 1982, in *Cass. pen.*, 1984, p. 358; Cass. pen. 2 luglio 1983, in *Not. giur. lav.*, 1984, p. 118; sulla inapplicabilità dell'art. 388 cod. proc. pen. per garantire l'esecuzione dell'ordine di reintegra: Cass. 30 gennaio 1979, in *Cass. pen.*, 1980, p. 1305; Pret. Milano 22 luglio 1983, in *Foro it.*, 1984, II, p. 7; Trib. Ascoli Piceno 14 marzo 2003,

in *Corti March.*, 2003, I, p. 83; *contra*: Cass. 8 ottobre 2003, n. 42438, in *Dir. prat. lav.*, 2003, p. 3175; Trib. Milano 30 luglio 2002, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 1055; per una disamina sull'art. 388 cod. pen. in relazione all'obbligo di reintegra vd. D. Buoncristiani, *L'omessa reintegrazione come illecito penale*, in *La tutela reale, profili processuali*, in O. Mazzotta (a cura di), *I licenziamenti collettivi*, commentario, Milano, 1999; sulle possibili prospettive di applicabilità dell'art. 388 cod. pen., comma 2, alla luce dell'interpretazione data alla norma dalla sentenza Cass., Ss.Uu., 27 settembre 2007, n. 36692, in *Cass. pen.*, 2008, II, p. 500, vd. G. Cannati, *cit.*, pp. 142 ss.].

In considerazione di ciò, e *a fortiori* per la mancanza di un qualsivoglia richiamo a norme penalistiche, la previsione dell'ordinanza in commento sull'accompagnamento con la forza pubblica del lavoratore reintegrato appare un eccesso di tutela.

4. — *L'assegnazione del ricorrente nel posto di lavoro* — Nelle righe conclusive dell'ordinanza, il Tribunale dispone l'assegnazione del ricorrente nel posto di lavoro precedentemente ricoperto presso la società datrice, con qualifica e mansioni identiche ovvero equivalenti rispetto alle ultime assegnate.

Si tratta di una conclusione in apparente contrasto con quanto espresso nel testo in ordine all'ineseguitabilità coattiva dell'obbligo di reintegrazione, inteso quale concreta adibizione alle mansioni e utilizzazione delle prestazioni di lavoro.

A ben vedere, è lo stesso Tribunale a specificare che la concreta attribuzione delle mansioni rientra nell'esercizio del potere (direttivo) del datore di lavoro.

L'idea sottostante l'espressione utilizzata («assegnazione del ricorrente nel posto di lavoro») sembra più che altro avvicinarsi a quella ricostruzione dottrinarica secondo la quale la riammissione del lavoratore in azienda configura un obbligo diverso da quello derivante dalla violazione dell'obbligo primario di mettere il lavoratore in condizione di svolgere la prestazione lavorativa assegnandogli specifiche mansioni [In tal senso: M. D'Antona, *La reintegrazione e il risarcimento del danno*, in M. De Luca, M. D'Antona, A. Proto Pisani, C.M. Barone, O. Fanelli, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali (legge 11 maggio 1990, n. 108)*, in *Foro it.*, 1990, V, p. 356; I. Pagni, *La tutela del lavoratore illegittimamente licenziato: un'occasione per alcune considerazioni sull'attuazione dei rapporti di lavoro*, in *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, p. 102].

La riammissione del lavoratore, in questi termini, sembra configurare per il Tribunale di Bari un riposizionamento indietro delle lancette dell'orologio al momento dell'estromissione del lavoratore.

A ogni modo, la realtà continua a dimostrare che la reintegrazione nel posto di lavoro, intesa come effettiva adibizione allo svolgimento delle mansioni, rimane inattuata.

Basti pensare, da ultimo, al caso dei tre lavoratori iscritti alla Fiom (due dei quali membri delle Rsu) dello stabilimento della Sata Spa di Melfi (appartenente al gruppo Fiat), illegittimamente licenziati e non ancora reintegrati nel loro posto di lavoro a dispetto sia del decreto *ex art.* 28 Stat. lav. emesso dal Tribunale di Melfi il 9 agosto 2010, con il quale è stata dichiarata l'antisindacalità della condotta e disposta la reintegrazione, sia della recente sentenza della Corte d'Appello di Poten-

za del 23 febbraio 2012, che, ribaltando la pronuncia di primo grado emessa nel luglio 2011, ha rigettato l'opposizione proposta dalla Sata Spa avverso il decreto del 9 agosto 2010, confermandone il contenuto.

A seguito del decreto del 2010, ai lavoratori è stato concesso soltanto il pagamento delle retribuzioni e l'esercizio dell'attività sindacale (Sul carattere satisfattivo del decreto rispetto agli interessi collettivi della Fiom si vd. G. Dondi, *Brevi note sul caso «Melfi»*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, fasc. 11, p. 773).

Milena Talarico

Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nella «Sapienza» Università di Roma

TRIBUNALE TORINO, 23 gennaio 2012 – Est. Denaro – Plastic Components (avv.ti Bonamico, De Luca Tamajo, Dirutigliano, Ropolo) c. Filctem-Cgil (avv.ti Angiolini, Ingegneri e Poli).

Contratto collettivo – Contratto specifico di primo livello – Deroga al contratto nazionale ex art. 8 della legge n. 148/2011 – Efficacia sostitutiva dei preesistenti contratti collettivi di categoria – Sussiste.

Il contratto collettivo specifico di primo livello è idoneo a sostituire la regolamentazione di uno o più contratti collettivi nazionali di categoria vigenti in quanto qualificabile come contratto di prossimità ex art. 8, legge n. 148/2011, e, perciò, efficace nei confronti di tutti i dipendenti dell'impresa. (1)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) ART. 8 DELLA LEGGE N. 148/2011 E QUESTIONI
GIURISPRUDENZIALI SULL'AZIENDALIZZAZIONE
(a proposito di deroghe e sostituzioni del contratto nazionale)

SOMMARIO: 1. La questione dal fatto al diritto. — 2. L'efficacia temporale e il rapporto fra contratti collettivi. — 3. La qualificazione giuridica del livello «specifico» di contrattazione. — 4. Deroga o sostituzione del contratto nazionale? — 5. Art. 8 e fenomeni giurisprudenziali di «aziendalizzazione».

1. — *La questione dal fatto al diritto* — La decisione del Tribunale di Torino del 22 gennaio 2012 (giudice Denaro) – confermata con la sentenza del medesimo Tribunale in data 12 maggio 2012 (giudice Ciocchetti) – offre un'occasione preziosa per una prima osservazione degli effetti dell'art. 8 della legge n. 148/2011 nell'applicazione giurisprudenziale, e li rende, perciò, non più solo potenziali. Come si avrà modo di argomentare in questo commento, a quanto risulta, questa pronuncia del Tribunale di Torino non è la sola che abbia fatto ricorso all'art. 8

nella propria argomentazione giuridica (1). Merita attenzione la parte dell'argomentazione del giudice di merito che fa riferimento all'art. 8 della legge n. 148/2011, pur senza che questa norma sia oggetto della *causa petendi*; infatti, il richiamo di questa norma lascia intravedere una prospettiva del sistema giuridico di contrattazione collettiva e di relazioni industriali tracciata proprio dall'art. 8.

Per questa ragione, il fatto in giudizio rappresenta un caso di studio da prendere utile a pretesto anche per arricchire il già nutrito dibattito dottrinale sul contratto collettivo di prossimità *ex art. 8* della legge n. 148/2011 (2).

Il caso va collocato nell'arcipelago giudiziario della vertenza Fiat: un'impresa del Gruppo, nella quale venivano applicati due diversi contratti collettivi nazionali di lavoro in base alle caratteristiche degli stabilimenti (a una parte dei lavoratori il contratto nazionale dei metalmeccanici; all'altra parte il contratto nazionale gomma-

(1) Tribunale di Bari 20 aprile 2012 (giudice Paziienza); Tribunale di Larino 23 aprile 2012 (giudice Aceto); Tribunale di Modena 4 giugno 2012 (giudice Ponterio) richiamano l'art. 8, ma con riferimento all'interpretazione dell'art. 19 Stat. lav. correlata alla configurazione del criterio maggioritario necessario a dare efficacia generale ai contratti in deroga.

(2) Accettando il rischio di dimenticare qualche Autore, sul tema rinvio agli studi di F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1137; M. Corti, *La lunga estate calda del diritto del lavoro: dall'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011 all'art. 8, d.l. n. 138/2011*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, p. 359; R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'articolo 8 della legge n. 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 11, e Idem, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 19; M. Del Conte, *La riforma della contrattazione decentrata: dissoluzione o evoluzione del diritto del lavoro?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 24; R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa (su art. 8, legge n. 148/2011, e dintorni)*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 31; G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8 del decreto n. 138/2011*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1249; L. Galantino, *Contrattazione di secondo livello: efficacia e requisiti*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, n. 1, p. 14; A. Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 31; A. Lassandari, *Dopo l'Accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della legge n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 55; V. Lecce, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, Relazione al XVII Congresso nazionale Aidlass su «Il diritto del lavoro al tempo della crisi», Pisa, 7-9 giugno 2012; M. Magnani, *L'articolo 8 della legge n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1; M. Marazza, *La contrattazione di prossimità nell'articolo 8 della manovra 2011: i primi passi della dottrina giuslavoristica*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 41; A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 16; O. Mazzotta, *«Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 19; R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 537; Idem, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57; C. Pisani, *Una ricetta della Bce per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 67; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8, d.l. n. 138/2011, conv. con modifiche in legge n. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1224; M. Tiraboschi, *L'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138: una prima attuazione dello Statuto dei lavori di Marco Biagi*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 78; A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgetola l'idolo dell'uniformità oppressiva*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, p. 682; G. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 109.

plastica). Il fatto portato in giudizio (come giudizio di antisindacalità *ex art.* 28 Stat. lav.) ha richiesto la valutazione di legittimità della *sostituzione* unilaterale da parte dell'azienda dei due contratti nazionali (Ccnl) con il contratto collettivo specifico di primo livello (Ccs) del Gruppo Fiat firmato per la prima volta il 29 dicembre 2010.

La questione dei contratti collettivi del gruppo Fiat per come si è evoluta a partire dal contratto di Pomigliano d'Arco è tanto nota al dibattito giuslavoristico che non occorre tornarvi (3). Il fatto nuovo è la sostituzione (e i suoi effetti) di tutti i contratti collettivi vigenti con il nuovo contratto: secondo la strategia messa in atto da Fiat, non solo le *new company* che hanno rilevato gli stabilimenti dell'area di Pomigliano o di Mirafiori, ma tutti gli stabilimenti del gruppo devono applicare il contratto collettivo unico Fiat. Cosicché, nel caso in esame (4), l'impresa convenuta ha comunicato alle organizzazioni sindacali la disdetta dei due Ccnl vigenti e l'applicazione integrale ed esclusiva del Ccs Fiat.

A prescindere dalla questione di antisindacalità, le questioni evocate dal Tribunale di Torino sono inquadrabili in due temi di fondo: da una parte, c'è la questione dei rapporti fra contratti collettivi di diverso livello intrecciata alla questione della loro efficacia temporale (par. 2); dall'altra – ed è ciò che segnala il decreto in epigrafe –, la qualificazione giuridica del «contratto collettivo specifico di primo livello» come «contratto di prossimità» *ex art.* 8, legge n. 148/11. In altre parole, la questione atiene non solo al significato giuridico da attribuire a questi due nuovi livelli di contrattazione collettiva (quello *specifico* e quello di *prossimità*), ma anche alla profondità e ampiezza delle deroghe consentite dall'art. 8 onde verificare se si può legittimare una vera e propria sostituzione del contratto di livello superiore (parr. 3 e 4).

2. — *L'efficacia temporale e il rapporto fra contratti collettivi* — Riguardo al primo tema, la questione è stata già scrutinata in giurisprudenza e, successivamente, valutata in dottrina in occasione della vertenza italiana nel settore metalmeccanico (vertenza intrecciata a quella Fiat) nelle ormai numerose decisioni che hanno affermato la possibile «coesistenza» di due contratti collettivi nazionali nelle imprese che applicano il Ccnl Federmeccanica (5).

(3) Rinvio, per tutti, ai lavori pubblicati nelle sezioni monografiche dedicate al caso Fiat delle riviste *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, nn. 1 e 2, e *Lav. dir.*, n. 2/2011, oltre a quelli pubblicati in F. Carinci (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia*, Wolter Kluwer, Milano, 2011.

(4) V. anche un caso identico e più recente sul quale v. Tribunale Torino 5 giugno 2012 (giudice Salvatori), a quanto consta ancora inedita.

(5) Trib. Torino 18 aprile 2011; Trib. Modena 22 aprile 2011; Trib. Torino 26 aprile 2011; Trib. Torino 2 maggio 2011; Trib. Tolmezzo 18 maggio 2011, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, pp. 636 ss., con commenti di R. Del Punta, *Gli accordi «separati» sono antisindacali? Il sistema sindacale «di fatto» nell'era della disunità sindacale*, F. Liso, *Un primo commento ai decreti ex articolo 28 Stat. lav. sull'applicazione del Ccnl separato dei metalmeccanici del 2009*, e L. Zoppoli, *Pluralità di contratti collettivi nazionali, condotta antisindacale e trattamenti discriminatori*. Nello stesso senso – e sulla medesima vicenda giudiziaria – v. anche Trib. Torino 20 maggio 2011; Trib. Reggio Emilia 31 maggio 2011; Trib. Ivrea 1° giugno 2011; Trib. Bologna 3 giugno 2011 (tutte inedite), sulle quali mi permetto di rinviare a V. Bavaro, *Le relazioni industriali nell'industria metalmeccanica e la giurisprudenza del 2011: note di metodo*, in *Questione Giustizia*, 2011, n. 5, p. 67. La tesi della «coesistenza»

Nel caso in esame, la questione della coesistenza riguarda non due contratti del medesimo livello e settore produttivo, ma due Ccnl di categorie diverse (metalmeccanici e gomma-plastica) rispetto a un Ccsl. Secondo il giudice torinese: «si potrebbe affermare, come talora sostenuto, una possibile coesistenza di due contratti», ma ha ritenuto di non dover seguire questo orientamento perché il nuovo regime giuridico statuito dall'art. 8, legge n. 148/2011, «ha escluso la possibilità [...] di coesistenza di più contratti collettivi operanti presso uno stesso comparto aziendale, di gruppo o territoriale che sia, apprezzato come unitario dai rappresentanti dei lavoratori interessati...».

Il caso ha una replica sulla quale si è pronunciato il Tribunale di Torino del 5 giugno 2012 (ma con un altro giudice), che, invece, ha ritenuto di prescindere dall'art. 8, in quanto «... ritiene questo giudice che il ricorso debba essere accolto per ragioni che attengono innanzitutto alla normativa generale in materia di contratti...»; in altre parole, questo secondo giudice ritiene di affrontare il problema della pluralità di contratti collettivi col diritto comune dei contratti. In questa prospettiva, un contratto collettivo di durata determinata non può essere disdetto in anticipo senza il consenso di tutte le parti; solo nei contratti a tempo indeterminato le parti possono farne cessare l'efficacia mediante «disdetta» (6). Se, dunque, un contratto collettivo a termine non può essere recesso *ante tempus* senza il consenso di tutte le parti firmatarie, il nuovo contratto collettivo che si vorrebbe applicare è efficace solo quando il precedente venga a scadere e se ne dia disdetta; in tutti gli altri casi vi è coesistenza di contratti nell'ambito delimitato dall'efficacia soggettiva privatistica dei contratti collettivi di diritto comune.

Il perimetro delimitato dall'efficacia soggettiva resta valido anche quando si tratta di coesistenza di contratti collettivi di diverso livello, allorché quello di livello inferiore sia in deroga (*rectius*, in contrasto) col contratto di livello superiore. Questa è la prospettiva in cui si colloca la decisione del Tribunale di Torino in commento: il caso è risolto inquadrandolo nell'ambito della disciplina dei rapporti fra contratti collettivi di diverso livello, e perciò ricorrendo all'art. 8, legge n. 148/2011.

Orbene, prima di analizzare questa prospettiva occorre ricordare che, sul piano del diritto comune dei contratti, la giurisprudenza largamente maggioritaria attribuisce autonomia funzionale ai contratti collettivi e, soprattutto, alle parti, sicché quando un contratto di secondo livello risulta effettivamente voluto dalle parti, ancorché in deroga al contratto nazionale, è pienamente legittimo ed efficace (7). Tuttavia, proprio nella prospettiva del diritto comune, resta aperto il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo in deroga: sebbene l'ordinamento giuridico legittimi tali contratti sulla base della volontà delle parti, questo stesso canone di inter-

fu sostenuta per la prima volta da Trib. Monza 6 ottobre 2009 e Corte d'Appello Brescia, 7 marzo 2009 (pubblicate in massima redazionale in q. *Riv.*, 2010, II, pp. 188 ss., con nota di F. Aiello, *Accordi separati: casi di prevalenza della precedente disciplina unitaria*).

(6) Vd. Cass. 20 agosto 2009, n. 18548; Cass. 18 settembre 2007, n. 19351; Cass. 18 dicembre 2006, n. 27031; Cass. 20 giugno 2001, n. 8429.

(7) Ricorda la questione, di recente, G. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011...*, cit., pp. 115-116.

pretazione ostacola l'applicazione generale di un contratto aziendale in deroga proprio sulla base della natura privatistica del contratto collettivo (8).

Non a caso l'ordinamento intersindacale, con l'Accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011, ambisce – in linea con la vocazione genetica di questo ordinamento – a depotenziare gli effetti del diritto privato sui contratti collettivi istituendo un sistema di «efficacia generale» di natura intersindacale dei contratti in deroga (9). Insomma, laddove non arriva il diritto privato tenta di arrivarci il diritto intersindacale, risolvendo il problema sul piano della effettività intersindacale.

Nel nuovo contesto delineato dall'art. 8, il Tribunale di Torino in epigrafe ha potuto trovare una diversa soluzione del caso. Ritengo che sia stato corretto inquadrare la questione nell'ambito del rapporto conflittuale fra contratti collettivi di diverso livello, anziché sul piano dell'efficacia temporale dei contratti vigenti (come ha fatto, invece, Trib. Torino del 5 giugno 2012); tuttavia, occorre preliminarmente definire i livelli contrattuali in contrasto e, successivamente, quale potestà normativa in deroga è consentita dall'art. 8.

Siamo così al secondo tema evocato dalla pronuncia in esame.

3. — *La qualificazione giuridica del livello «specifico» di contrattazione* — Il Tribunale di Torino ritiene di equiparare il «contratto collettivo *specifico di primo livello*» al «contratto collettivo *di prossimità*» ex art. 8, e così legittimamente sostituire il contratto collettivo nazionale di categoria. Ecco il punto preliminare da chiarire: cosa si deve intendere per livello di «prossimità» e cosa per livello «specifico»?

Riguardo al livello di prossimità sappiamo che si tratta del livello aziendale e territoriale. Assumiamo per ora la questione come se fosse risolta. Che dire del livello specifico?

Non abbiamo riferimenti sufficienti, poiché si tratta di un caso finora unico in Italia, in quanto limitato al gruppo Fiat; o meglio, solo Fiat ha deciso di stipulare un contratto valido per tutte le imprese del gruppo e definirlo «specifico di primo livello».

Sulla questione abbiamo però a disposizione un'altra sentenza, ancora del Tribunale di Torino, 14 settembre 2011 (giudice Ciocchetti) (10), che mi sembra utile richiamare ai nostri fini. Ebbene, secondo Trib. Torino del 2011, il livello specifico di contrattazione costituito dal Contratto Fiat sarebbe equiparabile a un contratto collettivo nazionale di categoria. In quella occasione, la tesi è sostenuta per arrivare ad affermare che, quand'anche nel caso di Pomigliano e Mirafiori fosse in

(8) La questione dell'efficacia soggettiva privatistica dei contratti collettivi è ripresa da V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi...*, cit., con riferimento all'art. 8, legge n. 148/2011.

(9) Rinvio all'articolo di M. Ricci, *L'Accordo interconfederale 28 giugno 2011: un'inversione di tendenza nel sistema di relazioni industriali*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, pp. 43 ss., che è quello pubblicato più di recente sull'Accordo interconfederale del 28 giugno 2011.

(10) In q. *Riv.*, 2012, II, p. 18, preceduta dal commento di A. Lassandari, *Il giudice «equilibrista» e il rebus del sistema sindacale italiano: osservazioni sulla controversia tra Fiom e Fiat*. V. anche il commento di R. Del Punta, *Del gioco e delle sue regole. Note sulla sentenza «Fiat»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, pp. 1421 ss. Accenna al caso senza nutrire dubbi sulla equiparazione fra livello nazionale e livello specifico F. Carinci, *Al capozzale del sistema contrattuale...*, cit., p. 1147.

atto un trasferimento d'azienda *ex art. 2112 cod. civ.*, il nuovo contratto specifico sostituisce il vigente contratto nazionale di categoria ai sensi del comma 3 perché contratti del «medesimo livello».

Nel nostro ordinamento giuridico non abbiamo una definizione legale di categoria. Eppure, nel sistema di relazioni industriali, quando si parla di livelli contrattuali ci si riferisce a quello nazionale di categoria ovvero al secondo livello, aziendale o territoriale. Naturalmente, il livello aziendale non indica soltanto il livello di stabilimento: d'altronde esiste consolidata la prassi dei contratti di Gruppo che poi si articolano per ciascuno stabilimento. Nello stesso senso, il livello territoriale non significa solo provincia, ma anche area metropolitana oppure livelli innovativi di contrattazione – per il vero finora solo enunciati e pochissimo praticati –, come il distretto produttivo, la filiera, o ambiti territoriali vari come il contratto di rete (11).

Non si può sostenere che un contratto specifico è equiparabile a un contratto nazionale di categoria perché dotato di una regolazione completa della parte normativa, perché nulla impedisce a un contratto di stabilimento di scrivere tutta la disciplina del rapporto di lavoro senza perciò cambiare ambito d'applicazione (12). Soprattutto, un contratto è nazionale non tanto perché ha un'applicazione in diversi stabilimenti dislocati in varie parti d'Italia, ma perché è l'agente negoziale datoriale (prima ancora che quello sindacale) a rappresentare le imprese di un settore produttivo nell'ambito del territorio nazionale, perché, vale la pena di notarlo, i livelli contrattuali sono determinati dai soggetti che firmano i contratti e non il contrario: la differenza fra contratto *specifico* e contratto *nazionale* sta nella parte datoriale che lo sottoscrive.

Per queste ragioni, condividere la tesi del Tribunale di Torino del 2011 (13) significa non solo trascurare che il sistema delle relazioni industriali – seppur soggetto a trasformazione – non riconosce come nazionale il contratto di una sola azienda, ma anche non considerare le conseguenze di un sistema deregolato. Il rischio grosso è di avere tanti contratti nazionali quante sono le imprese con stabilimenti dislocati sul territorio nazionale. Per fare alcuni esempi pratici: possono bastare due stabilimenti, uno al Nord e uno al Sud, per poter consentire a una impresa di stipulare un contratto di primo livello? Le decine di contratti collettivi di Gruppo oggi vigenti in Italia dovrebbero essere tutti qualificati come equivalenti ai contratti nazionali di categoria? Come non accorgersi del potenziale destrutturante del sistema contrattuale e normativo, se pensiamo, per esempio, alle funzioni in deroga che la legge affida solo ai contratti collettivi nazionali di categoria?

A ogni modo, equiparato il livello «specifico» a un contratto nazionale, resta aperto il problema dell'efficacia soggettiva e della validità generale delle norme in deroga.

(11) T. Treu, *Trasformazioni delle imprese: reti di imprese e regolazione del lavoro*, in *Merc. conc. reg.*, 2012, pp. 7 ss.

(12) Tanto più – come avviene nel caso di Fiat – che la stragrande maggioranza delle clausole della parte normativa del contratto *specifico* riproducono quelle del Contratto nazionale unitario del 2008. Cfr. M.G. Garofalo e M. Roccella (a cura di), *Commentario al contratto nazionale dei metalmeccanici*, Cacucci, Bari, 2010.

(13) Sul punto, mi sembra che R. Del Punta, *Del gioco e delle sue regole...*, cit., condivida il ragionamento del Tribunale.

La decisione del Tribunale di Torino in commento, invece, opera in senso opposto sulla base di un'esigenza diversa da quella dell'art. 2112 cod. civ., ma sulla base dell'esigenza di risolvere – appunto – il problema dell'efficacia soggettiva. Perciò equipara il livello «specifico» al livello di «prossimità» ex art. 8, legge n. 148/11. Questo giudice qualifica il contratto *specifico* come un contratto di secondo livello, sicché la «specificità» diventa sinonimo di «prossimità».

Naturalmente, la «specificità» di un contratto di Gruppo rispetto al contratto nazionale potrebbe porre anche il problema della specificità di un accordo di stabilimento rispetto al contratto di Gruppo: in altre parole, quale efficacia per un contratto di stabilimento in deroga al contratto di Gruppo (che, a sua volta fosse in deroga a un contratto nazionale di categoria)? Sulla scia di questa specificità progressiva, si potrebbe allora collocare anche la corrispondente prossimità di stabilimento rispetto al Gruppo? Questi interrogativi pongono il problema della configurazione giuridica dell'Impresa, che finora è stato sollevato nel giuslavorismo solo con riferimento alla disciplina dei rapporti individuali nell'ambito dei gruppi d'impresе o della disciplina del trasferimento d'azienda, ovvero del distacco fra imprese di un medesimo gruppo. Oggi, in più, emerge il problema di definire il perimetro dell'impresa anche con riferimento ai rapporti collettivi di lavoro e alle relazioni industriali.

4. — *Deroga o sostituzione del contratto nazionale?* — L'efficacia sostitutiva del contratto specifico rispetto ai contratti nazionali non fa coincidere il livello «specifico» col livello «nazionale di categoria», ma opera un'autentica sovrapposizione logico-normativa fra la «sostituzione» del contratto nazionale da parte del contratto «specifico» di «prossimità» e la «deroga» che il secondo può effettuare rispetto al primo. Il punto di maggiore potenzialità applicativa dell'art. 8 della tesi del giudice torinese è considerare efficace *erga omnes* il contratto di prossimità che non si limita a derogare le disposizioni del contratto nazionale (o della legge) ma le sostituisce interamente.

Questo orientamento è stato già contrastato da una successiva pronuncia di merito che ha escluso che i contratti aziendali ex art. 8, legge n. 148/11, possano integralmente sostituirsi ai contratti nazionali applicabili nell'impresa (14). Effettivamente, si tratta di un punto estremamente delicato e che investe uno degli aspetti più controversi nel dibattito dottrinale sull'art. 8. Tuttavia, le analisi e i dubbi di costituzionalità sull'art. 8 finora proposti, con riferimento alla facoltà derogatoria attribuita ai contratti di prossimità, si sono concentrati soprattutto sulle deroghe alla legge (15) piuttosto che sul contratto nazionale. Anzi, taluni hanno anche sostenuto che l'art. 8 non ha fatto altro che consentire ciò che la giurispru-

(14) Vd. Trib. Larino 23 aprile 2012 (giudice Aceto), inedita.

(15) Cfr., per tutti, A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la Rivoluzione di agosto del diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 132/2011; F. Carinci, *Al capezzale del sistema contrattuale...*, cit., in particolare pp. 1200 ss.; A. Garilli, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 nel sistema delle relazioni sindacali...*, cit., p. 41; G. Ferraro, *Il contratto collettivo dopo l'art. 8...*, cit., pp. 1271-1277. *Contra*, v., per tutti, R. Del Punta, *Cronache da una transizione confusa...*, cit., p. 46.

denza già riconosceva nell'ambito del concorso-conflitto fra contratti collettivi di diverso livello (16).

Ci sono però due considerazioni da fare: intanto, non si può sottovalutare la differenza fra i contratti in deroga in regime privatistico e quelli in regime di art. 8, tenuto conto del fatto che questi secondi accordi hanno efficacia generale (pur prescindendo dalle diverse questioni di costituzionalità sollevate in dottrina) (17). Ma poi, la questione torna ancora al punto di partenza: derogare può significare sostituire?

Possiamo distinguere due ipotesi: quella in cui il contratto nazionale sia scaduto e – senza clausola di ultrattività – non venga rinnovato; l'altra ipotesi, invece, in cui risulta vigente e applicabile un contratto nazionale.

Nel primo caso, siamo di fronte a una vacanza contrattuale rispetto alla quale il contratto «di prossimità» non costituisce deroga, essendo l'unica fonte contrattuale applicata. Potremmo parlare di sostituzione nel senso di *subentro* di un nuovo contratto collettivo al posto di un contratto la cui efficacia è cessata. Non si può escludere che questa situazione possa riproporre all'attenzione del dibattito la questione dell'ultrattività dei contratti nazionali e dell'applicazione dell'art. 2074 cod. civ. ai contratti di diritto comune, come ha fatto una recente giurisprudenza di Cassazione, rivitalizzando l'ultrattività in controtendenza all'orientamento largamente maggioritario della Cassazione (18). Ma a prescindere da questo aspetto, l'art. 8 sembra presupporre l'applicazione di un contratto nazionale da derogare.

In tale situazione, si aprono due scenari, entrambi problematici: primo, la vacanza contrattuale nazionale evoca una situazione di stallo della contrattazione nazionale di categoria, più simile a un abbandono di questo livello di contrattazione che a un governo del decentramento contrattuale; secondo, un'autonomia dell'impresa dal sistema contrattuale conquistata mediante l'uscita dal sistema di relazioni industriali nazionale, sul modello Fiat. In entrambi gli scenari, saremmo di fronte a una erosione del sistema di relazioni industriali favorita dall'art. 8 (19).

Invece, nell'ipotesi in cui l'impresa stipuli un contratto in deroga sostituendo la disciplina vigente del contratto nazionale richiede uno scrutinio di legittimità in ordine all'interpretazione dell'art. 8.

Innanzitutto va detto che è stato osservato – riferendosi proprio al decreto in epigrafe – che «lo stesso concetto di “deroga” (coniugato, appunto, con una limitazione oggettiva delle materie su cui la deroga al Ccnl può esercitarsi) esclude

(16) Cfr., per tutti, R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva sull'art. 8 della manovra bis...*, cit., p. 545.

(17) V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi...*, cit.; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148...*, cit.; E. Ales, *Dal «caso Fiat» al «caso Italia». Il diritto del lavoro «di prossimità», le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 134/2011.

(18) Cass. 22 novembre 2010, n. 23614, in q. *Riv.*, 2011, II, p. 236, con nota di G. Canali, *Contratto collettivo a tempo indeterminato e libertà di recesso. La Cassazione cambia orientamento*, che limita la piena libera recedibilità di un contratto collettivo a tempo indeterminato.

(19) Scrisse efficacemente di «erosione» riferita al sistema di relazioni industriali tedesco A. Hassel, *The Erosion of the German System of Industrial Relations*, in *British Journal of Industrial Relations*, 1999, n. 37, p. 484.

certamente che un contratto aziendale possa disporre o giustificare – ai sensi della norma in questione – una mera e secca disapplicazione di un Ccnl vigente e applicato in azienda» (20). Certamente è così nel caso di sostituzione di un contratto nazionale di una categoria con un altro contratto di prossimità, non fosse altro che l'art. 8 non presuppone – almeno non esplicitamente – un mutamento del sistema contrattuale di riferimento con effetti – per esempio – anche sul piano delle relazioni sindacali, potendo così cambiare interlocutore sindacale.

Riguardo invece alla sostituzione «di fatto» del contratto nazionale col contratto di prossimità, i limiti da applicare sono quelli relativi alle finalità, alle materie e alla congruità delle deroghe rispetto alla finalità. Il punto è che la vaghezza dei limiti dell'una e dell'altra portata rendono di fatto estremamente difficile questo scrutinio di legittimità.

Alcuni commentatori hanno puntualizzato che il controllo giudiziario sui contratti in deroga dovrebbe limitarsi al sindacato di conformità delle deroghe ai limiti costituzionali e comunitari (21); altri hanno sollevato dubbi di costituzionalità in ordine alla vaghezza di tali limiti (22), sia in ordine all'estensione delle materie derogabili sia alla intensità della deroga, potendo – secondo alcuni – arrivare fino alla disponibilità del tipo contrattuale (23), fermi restando i limiti dei principi costituzionali e comunitari.

Riguardo ai dubbi di costituzionalità sull'ampiezza delle deroghe, va detto che, per quanto vago e potenzialmente gravido di contenzioso interpretativo, il vincolo del rispetto della Costituzione e del diritto comunitario e internazionale del lavoro è pur sempre un limite, perlomeno raffrontato ai casi di deroghe alla legge finora devolute alla contrattazione collettiva: prendiamo ad esempio la disciplina delle clausole elastiche e flessibili nel *part-time*, rispetto alle quali, nonostante una sentenza della Corte Costituzionale (n. 210/1992) abbia esplicitamente sancito l'illegittimità costituzionale delle clausole elastiche, la legge ha autorizzato la contrattazione collettiva a disciplinarle senza porre alcun vincolo esplicito.

Riguardo all'ampiezza delle materie derogabili che, di fatto, corrispondono a tutto lo statuto giuridico del lavoro subordinato, sono forti le obiezioni di costituzionalità. È anche vero, però, che se tutte le materie fossero state spaccettate in un numero di leggi pari alle materie derogabili, l'effetto apparirebbe diverso pur avendo la stessa sostanza. Quello che si vuol dire è che è vero che esiste un problema costituzionale riguardante la derogabilità della legge da parte della contrattazione collettiva, ma questo problema esiste anche da prima dell'art. 8, seppur questa norma agisce come il dito nell'occhio rispetto al delicato sistema di decentramento della fonte normativa. Peraltro – e veniamo al punto che ci preme sottolineare – questo discorso dei limiti alle deroghe non riguarda le deroghe ai contratti nazionali, rispetto ai quali, se esiste un problema di costituzionalità, riguarda soprattutto l'altro tema dell'efficacia generale (24).

(20) V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi...*, cit., nota 69.

(21) C. Pisani, *Una ricetta della Bce per l'occupazione: regole specifiche aziendali*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 72.

(22) R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva...*, cit., p. 62.

(23) O. Mazzotta, *«Apocalittici» e «integrati» alle prese con l'art. 8 della legge n. 148 del 2011: il problema della disponibilità del tipo...*, cit.; R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva sull'art. 8 della manovra bis...*, cit., pp. 550 ss.

(24) Sul quale rinvio ancora a V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi...*, cit.

Perciò, tralasciando questa ulteriore eccezione di costituzionalità, quali limiti sussistono alle deroghe al contratto nazionale?

Forse, solo in materia retributiva – grazie all'interpretazione pressoché unanime della giurisprudenza – si può fare appello al valore costituzionale della disciplina prevista dal contratto nazionale *ex art. 36 Cost.* In tutte le altre materie la profondità della deroga al contratto nazionale non ha alcun limite, tranne – beninteso – quelli eventualmente rinvenibili nell'essere funzionali alle finalità che la legge indica come giustificative delle deroghe. Ma abbiamo già detto dell'ampiezza (*rectius* vaghezza) di questo limite.

Né limiti si scorgono nella disciplina dell'autonomia collettiva: la clausola di uscita del contratto nazionale chimico-farmaceutico, sin dal 2006, prevede che gli accordi in deroga non comporteranno interventi sui minimi contrattuali e sui diritti individuali irrinunciabili. Cosa debba intendersi per «diritti individuali irrinunciabili» non è chiaro, potendo significare *tutto* (*ex art. 2113, comma 1, cod. civ.* l'irrinunciabilità è un attributo che caratterizza tutti i diritti posti da norme del contratto collettivo) e *niente* (la categoria dei superdiritti è tutt'altro che pacifica in dottrina). A leggere l'Accordo interconfederale Confindustria del 28 giugno 2011 (o l'Accordo quadro «separato» del 2009) non emergono vincoli del genere; qualche limitazione (ma relativa al perimetro delle deroghe e non alla profondità) è presente in alcuni contratti nazionali che finora hanno introdotto la clausola d'uscita. Si tratta, d'altronde, di una scelta necessaria per i contratti nazionali onde evitare l'autocondanna all'estinzione, dato che la clausola d'uscita, se non limitata, si trasforma, appunto, in una *clausola sostitutiva*.

Nondimeno, l'effetto sostitutivo ed *erga omnes* (questo è il punto) del contratto di prossimità sul contratto nazionale prodotto dall'art. 8 non risulta depotenziato. Sicché, seppure non tutte le imprese italiane potranno intraprendere una contesa politico-associativa con le proprie associazioni di rappresentanza, come ha fatto Fiat, tutte le imprese – iscritte o non iscritte alle associazioni d'impresa –, pur applicando formalmente il contratto nazionale, potranno sostituire quella regolamentazione contrattuale con una «di prossimità».

5. — *Art. 8 e fenomeni giurisprudenziali di «aziendalizzazione»* — Il caso in esame, come si è cercato di mostrare, è emblematico della potenziale trasformazione del sistema contrattuale e di relazioni industriali insito nell'art. 8, legge n. 148/11. Vero è che i primi e pochi casi giurisprudenziali di cui si ha notizia gravitano tutti nell'orbita Fiat, che certo è un caso unico nel panorama nazionale; eppure, i primi segnali sono già presenti nelle relazioni industriali e, oggi, si può dire anche in giurisprudenza, dimostrando che, sebbene Fiat sia unica, l'art. 8 è norma generale.

Si tratta di fenomeni annidati nell'art. 8 e che danno il segno di una tendenza; fenomeni ascrivibili a un'«aziendalizzazione» del sistema di regolazione giuridica del lavoro e che, naturalmente, esige un ben più compiuto approfondimento che esorbita i limiti di questo commento. Tuttavia, quanto scritto in queste pagine permette di dire che l'«aziendalizzazione», intanto, può indicare un *processo di sostituzione del contratto nazionale col contratto di prossimità*. Questa sostituzione, peraltro,

rischia di essere un processo sempre più disarticolato, dal momento che, senza una ridefinizione del perimetro dell'«impresa» o del «territorio», esiste la possibilità di un sistema di deroghe delle deroghe, che a oggi non ha ancora una compiuta regolazione, che trovano sostegno nell'art. 8.

Gli effetti di questa aziendalizzazione si manifestano nell'argomentazione del Tribunale di Torino: da una parte, un processo di parcellizzazione dello statuto giuridico del lavoro subordinato; dall'altra parte, l'erosione del sistema contrattuale nazionale.

Sul primo versante, quand'anche non si volesse condividere la critica d'incostituzionalità dell'art. 8, quella fondata sull'indisponibilità del tipo, non può essere contestato che questo sistema, finanche nei soli limiti delle deroghe al contratto nazionale (senza contare le deroghe alla legge), innesca un processo che possiamo definire «feudalizzazione» (25) del sistema giuridico del lavoro, laddove il feudo è il perimetro di «prossimità».

Sul secondo versante, questi fenomeni ci fanno dire che riporre fiducia nella capacità del sistema di relazioni industriali di governare dal centro l'uscita dal contratto nazionale rischia di impattare con un processo reale di erosione del sistema contrattuale che è già in atto (26), a cominciare dall'erosione della rappresentanza generale degli interessi, come insegna l'esperienza tedesca degli ultimi quindici anni (27). L'equivoco è nella necessità di articolare e specializzare la funzione normativa; ma un conto è un sistema contrattuale basato sulle deleghe di funzioni; altro è un sistema basato sulle deroghe alla disciplina generale (28).

Vincenzo Bavaro

Professore aggregato di Diritto del lavoro nell'Università di Bari

(25) Avevo utilizzato questa metafora in *Le trasformazioni in atto nel sistema contrattuale italiano. La rifeudalizzazione delle relazioni industriali*, relazione al seminario «Il lavoro. La fabbrica. I diritti», organizzato da Magistratura Democratica, Torino, 20 maggio 2011, prendendola a prestito da A. Supiot, *La riforma del contratto collettivo in Francia. Riflessioni sulle trasformazioni del diritto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, in particolare p. 173. A fronte di una serrata critica, anche con tonalità canzonatorie, che mi è stata mossa da B. Caruso, *La rappresentanza negoziale irrisolta. Il caso Fiat tra teoria, ideologia, tecnica... e cronaca*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, III, pp. 277-278, cito a mio sostegno un recente intervento di U. Romagnoli, *Il neofeudalesimo del lavoro*, in *il Manifesto*, 24 agosto 2011.

(26) Sono già stati stipulati numerosi contratti in deroga; alcuni noti, ma la maggior parte ancora non disponibili.

(27) A. Hassel, *The Erosion of the German System of Industrial Relations...*, cit.; T. Haipeter, «Unbound» employers' associations and derogations: erosion and renewal of collective bargaining in the German metalworking industry, in *Industrial Relations Journal*, 2011, n. 42, p. 174. V., in senso critico, T. Klikauer, *Stability in Germany's Industrial Relations: A Critique on Hassel's Erosion Thesis*, in *British Journal of Industrial Relations*, 2002, n. 40, p. 295.

(28) G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8, d.l. n. 138/2011...*, cit., p. 1239, osserva che «l'art. 8 stabilisce una perfetta coincidenza tra materie delegate e materie derogate, mentre per l'Accordo interconfederale tale coincidenza non sussiste».

TRIBUNALE VELLETRI, 27 settembre 2011, Sez. lav. – Est. Marrani – Flc Cgil R.S. (avv. Aiello) c. D.I. (Avv. Stato).

Condotta antisindacale – Comparto scuola – Contrattazione collettiva integrativa nelle istituzioni scolastiche – Applicazione del d.lgs. n. 150/2009 – Atti di gestione e determinazioni organizzative ex art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 – Mancata consultazione delle organizzazioni sindacali nelle materie di cui all'art. 6, lett. h, i e m, Ccnl scuola 2006/2009 – Antisindacalità della condotta – Sussiste.

È antisindacale il comportamento del dirigente scolastico che rifiuta il confronto con le organizzazioni sindacali nelle materie di cui all'art. 6, lett. h, i e m del Ccnl 2006/2009, che egli ritiene rientranti nell'alveo di quelle organizzative per le quali l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, prevede, al massimo, la sola informazione ai sindacati, ove stabilito dai contratti collettivi, posto che, le predette materie, riguardando i criteri generali di scelta del personale da assegnare ai plessi, e non l'organizzazione in senso stretto, e incidendo sui diritti e gli obblighi pertinenti al rapporto di lavoro, sono rimesse alla contrattazione integrativa, ai sensi dell'art. 40, d.lgs. n. 165/2001, a nulla rilevando l'interpretazione autentica fornita dall'art. 5, d.lgs. n. 141/2011, sul regime transitorio di cui all'art. 65, d.lgs. n. 150/2009. (1)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA LE FONTI REGOLATIVE
DEL RAPPORTO DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLA P.A.
DOPO LA RIFORMA BRUNETTA

Come noto, la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche ha conosciuto negli ultimi venti anni dei radicali mutamenti, dovuti al susseguirsi di molteplici interventi legislativi (1), con lo scopo di realizzarne la cd. «privatizzazione», mediante la progressiva applicazione delle regole

(1) Ci si riferisce, principalmente, alla legge delega, 23 ottobre 1992, n. 421, attuata con d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, cui ha fatto seguito la legge 17 marzo 1997, n. 59, seguita, a sua volta, dal d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396, dal d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e dal d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, confluite nel d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, concepito come un T.U., nonché, da ultimo, alla legge delega, 4 marzo 2009, n. 15, attuata con il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, conosciuta anche come riforma Brunetta.

proprie del diritto civile e delle leggi che disciplinano il rapporto di lavoro alle dipendenze delle imprese (2).

Le varie modifiche al d.lgs. n. 29/93, susseguitesi nel corso degli anni novanta, sono confluite nel d.lgs. n. 165/01, concepito dal legislatore come un T.U., la cui norma chiave è, e resta, l'art. 2, sulle «Fonti», ove viene distinto l'aspetto propriamente organizzativo degli uffici della p.a., affidato, come tale, dal comma 1 dell'art. 2, cit., alle disposizioni di legge e agli atti organizzativi, da improntarsi a efficienza, efficacia, economicità, imparzialità e trasparenza, da quello regolativo dei rapporti di lavoro, demandato, dai commi 2 e 3, dello stesso articolo, tendenzialmente, alla contrattazione collettiva, oltre che al complesso di norme, regolanti il rapporto di lavoro nell'impresa, salvo quanto previsto nello stesso d.lgs. n. 165/01 (3).

A delineare la separazione tra l'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro, marcadone i confini, soccorrono l'art. 5, sul «potere di organizzazione», e l'art. 40, sui «contratti collettivi nazionali e integrativi», del d.lgs. n. 165/01, ove si ripartiscono le materie di competenza della legge e quelle di competenza della contrattazione collettiva (4).

In particolare, l'art. 5, d.lgs. n. 165/01, completa e integra l'assetto delle fonti di cui all'art. 2, stabilendo una concreta ripartizione, in materia di organizzazione dei pubblici uffici, tra regime pubblicistico e regime privatistico, laddove al comma 1 si dispone che le amministrazioni hanno la possibilità di assumere ogni determinazione organizzativa, al fine di assicurare l'attuazione dei principi di cui al-

(2) Senza pretesa di completezza, essendo numerosissimi i contributi dottrinari in materia, si segnalano: G. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 2011; U. Carabelli e M.T. Carinci, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro pubblico in Italia*, a cura di U. Carabelli e M.T. Carinci, Bari, 2010; F. Carinci, *Una riforma aperta: tra contrattazione e legge. Dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega*, in F. Carinci (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. I contratti collettivi di comparto*, Milano, 1997, pp. 19 ss.; F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge n. 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2008, p. 961; M. D'Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 4, 1997, pp. 35 ss.; F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di F. Carinci e M. D'Antona, Milano, 2000; L. Zoppoli, *La riforma del lavoro pubblico dalla deregulation alla meritocrazia: quale continuità*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, diretto da L. Zoppoli, Napoli, 2009.

(3) Proprio la distinzione tra aspetto organizzativo della p.a. e rapporto di lavoro con i suoi dipendenti, attuata, per la prima volta, dal d.lgs. n. 29/93, ha rappresentato l'aspetto fondamentale che ha consentito di «costituzionalizzare» l'intera riforma, in coerenza con i principi di cui all'art. 97 Cost., attraverso quello che è stato definito un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici: così Corte Cost. 30 luglio 1993, n. 359, 18 luglio 1996, n. 313, 14 ottobre 1997, n. 309; L. Fiorillo, *op. cit.*, pp. 63 ss.

(4) Rispetto alla prima stagione della privatizzazione, avviata con la legge delega, 23 ottobre 1992, n. 421, nella cd. seconda privatizzazione, avviata con la legge delega, 17 marzo 1997, n. 59, vengono privatizzati anche i poteri di gestione dell'organizzazione, restringendo, così, la tradizionale area pubblicistica ai rami alti dell'organizzazione: v. L. Fiorillo, *ivi*, pp. 61 ss.

l'art. 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa, mentre il comma 2 precisa che, sempre nell'ambito degli stessi principi di cui all'art. 2, cit., le determinazioni per l'organizzazione degli uffici inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte «in via esclusiva» dagli organi preposti alla gestione «con la capacità e poteri del privato datore di lavoro».

È stato osservato che, con la predetta norma, il legislatore ha collocato nell'alveo del diritto privato non soltanto la gestione da parte della p.a. dei rapporti di lavoro con il personale dipendente, ma anche quella parte dell'organizzazione cd. bassa dei pubblici uffici o anche atti di micro-organizzazione (5).

In sostanza, dal predetto assetto normativo emergono due distinti regimi giuridici all'interno dell'attività organizzativa della p.a., tali per cui le determinazioni essenziali o sovrastrutturali, cd. di macro-organizzazione, sono rimesse al regime proprio delle fonti pubblicistiche, mentre le determinazioni operative e gestionali, da adottarsi nell'ambito dei principi fissati dalle prime, sono soggette al regime degli atti posti in essere dal privato datore di lavoro (6).

L'attribuzione alla p.a. dei poteri del privato datore di lavoro va, però, interpretata non già come un'assoluta riconducibilità degli stessi al settore privato, posto che la norma dell'art. 5, comma 2, colloca quegli stessi poteri nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, così che, mentre nel settore privato la sfera del datore di lavoro risulta liberamente comprimibile dalla contrattazione, essendo coinvolti solo interessi privatistici, nel lavoro pubblico le prerogative manageriali riconosciute alla p.a. non sono altrettanto disponibili, in quanto il legislatore ha voluto comunque salvaguardare determinati assetti organizzativi, in applicazione del principio di cui all'art. 97 Cost., sia sul piano della legge che delle determinazioni unilaterali (7).

L'art. 40, d.lgs. n. 165/01, invece, affida alla contrattazione collettiva il compito di «determinare i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali» (8), secondo le modifiche apportate dall'art. 54, d.lgs. n. 150/09.

Con la legge delega 4 marzo 2009, n. 15, finalizzata all'«ottimizzazione del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni», è stato, infatti, rivisitato il sistema delle fonti dei rapporti di impiego pubblico, attraverso una serie di modifiche, in controtendenza rispetto all'impianto riformato-

(5) Vd. A. Orsi Battaglini e A. Corpaci, *Sub art. 4, commi 1 e 3, d.lgs. n. 29 del 1993*, in *La Riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ.*, 1999, pp. 1096 ss.

(6) *Idem*, pp. 1097 ss.

(7) Vd. F. Liso, *op. cit.*, pp. 235 ss.

(8) Uno dei problemi sui quali si è più dibattuto in dottrina è stato quello sulla definizione della natura giuridica dei contratti collettivi applicati nel settore pubblico, non potendo essere equiparati ai contratti collettivi cd. di diritto comune, ma neppure a delle fonti di diritto obiettivo, al pari della legge: v. V. Luciani e C. Lombardo, in A. Amoroso, V. Di Cerbo, L. Fiorillo, A. Maresca, *op. cit.*, pp. 631 ss.

re che era culminato nel T.U. del 2001 (9), di guisa che, pur restando il rapporto di lavoro pubblico assoggettato al diritto comune, lo spazio regolativo della contrattazione collettiva ne è risultato notevolmente ridimensionato (10).

In particolare, uno degli interventi più significativi si è registrato a sostegno dell'autonomia decisionale del dirigente, nella sua qualità di datore di lavoro, per arginare l'espansione della contrattazione collettiva, che, in vigenza della precedente disciplina, aveva condotto a un fenomeno di sostanziale negoziazione del potere dirigenziale, in tema di organizzazione degli uffici e del lavoro (11).

In questo senso, l'intervento del 2009 ha coinvolto: l'art. 2, d.lgs. n. 165/01, con l'introduzione, nel comma 3-*bis*, del meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali nulle per difformità con le norme imperative o con i limiti fissati dalla contrattazione collettiva, *ex* artt. 1339 e 1419 cod. civ.; l'art. 5, comma 2, ove è stato precisato, come visto, che le determinazioni sull'organizzazione degli uffici e del lavoro sono assunte «in via esclusiva» dagli organi preposti alla gestione, con il solo obbligo di informativa alle Oo.Ss., ove previsto dalla contrattazione collettiva, rientrando nei poteri dirigenziali «le misure inerenti la gestione delle risorse umane [...], nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici»; l'art. 9 e l'art. 40, d.lgs. cit., che, come sopra evidenziato, nel definire le materie oggetto della contrattazione collettiva, ribadisce che ne sono escluse quelle «attinenti all'organizzazione degli uffici e le prerogative dirigenziali ai sensi dell'art. 5, comma 2» (12).

Si è osservato che la nuova previsione dell'art. 40, d.lgs. n. 165/01, crea non pochi problemi interpretativi sul significato da conferire ai termini: «determinare» i diritti e gli obblighi, «direttamente pertinenti» al rapporto di lavoro; sembrando delle espressioni pleonastiche, posto che nella versione precedente alla novella del 2009 la contrattazione collettiva poteva comunque svolgersi, come in effetti è avvenuto, su tutte le materie relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali (13).

Invero, come si evince, poi, dalla successiva enumerazione delle materie escluse dalla contrattazione collettiva – tra le quali figurano quelle attinenti all'organizzazione degli uffici, oltre che quelle afferenti alle prerogative dirigenziali, ai sensi dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01 novellato, che vi annovera, come visto, le «determinazioni per l'organizzazione degli uffici» e «le misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro», per le quali, se prevista, può svolgersi semmai una consultazione sindacale –, la norma andrebbe letta, senz'altro, in modo da conferire un significato più restrittivo alle nuove espressioni utilizzate dal legislatore, rispetto a quanto si poteva evincere dall'originaria formulazione (14).

(9) Vd. F. Carinci, *L'Accordo quadro 22 gennaio 2009 sulla riforma degli assetti contrattuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2009, p. 177; N. De Marinis, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: dalla riforma alla controriforma. Il sistema delle fonti*, in *Mass. giur. lav.*, 2011, pp. 127 ss.

(10) Vd. U. Carabelli e M.T. Carinci, *op. cit.*, p. 55.

(11) Vd. *Idem*, p. 93.

(12) *Idem*, p. 94.

(13) Vedi V. Luciani, C. Lombardo, *op. cit.*, p. 638.

(14) *Ibidem*.

Se questo è vero, il principale problema che si è posto all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/09 è stato proprio quello dell'efficacia delle nuove disposizioni normative e del loro impatto sui contratti collettivi vigenti, atteso che l'impostazione generale dell'intervento riformatore del 2009 è stata quella di operare una vera e propria revisione della gerarchia delle fonti, capovolgendo quella linea di tendenza che si era andata a consolidare nel corso degli anni novanta, in base alla quale si era riconosciuta una posizione di preminenza alla contrattazione collettiva rispetto alla legge (15).

Al generale principio della derogabilità della legge a opera del contratto collettivo si è, infatti, sostituito, per effetto della riforma del 2009, quello della inderogabilità della legge, salvo espressa previsione contraria (16).

In tale ambito, il legame tra la contrattazione integrativa decentrata e il miglioramento dei servizi erogati all'utenza è stato ancor più rafforzato, collegandolo agli aumenti di produttività, in funzione premiale, sia pure nell'ambito delle materie e dei limiti assegnati dal contratto collettivo nazionale, secondo un modello che è stato definito di «decentramento centralizzato» (17), così come risultante dall'art. 40, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 165/09, tale per cui viene ribadita e imposta una subordinazione gerarchica della contrattazione di secondo livello rispetto a quella di livello nazionale.

Il d.lgs. n. 150/09, con una norma, l'art. 65, per la verità non molto chiara nella sua formulazione, ha imposto l'adeguamento della contrattazione integrativa ai nuovi precetti normativi, entro la data del 31 dicembre 2010, con riferimento alle disposizioni riguardanti gli ambiti riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge, nonché le disposizioni del Titolo III sul «merito e premi», pena l'inefficacia degli stessi a decorrere dal 1° gennaio 2011, mentre, all'ultimo comma dell'art. 65, cit., ha stabilito che le disposizioni riguardanti la contrattazione nazionale si applicano dalla tornata successiva a quella in corso.

Tale disposizione, fino all'interpretazione autentica, intervenuta con l'art. 5 del d.lgs. 1° agosto 2011, n. 141 – con il quale si è precisato che «le disposizioni che si applicano alla tornata contrattuale successiva a quella in corso al momento dell'entrata in vigore dello stesso d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, sono esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi nazionali» –, ha generato un nutrito contenzioso giudiziale, per repressione della condotta antisindacale, ex art. 28, legge n. 300/70, nell'alveo del quale si colloca anche la pronuncia in commento.

In particolare, nel caso in esame, l'organismo locale della Cgil aveva adito il giudice del lavoro perché fosse rimossa la condotta antisindacale del dirigente scolastico di un Istituto di Velletri, che aveva ritenuto di non ammettere, ai sensi del novellato art. 5, comma 2, d.lgs. n. 150/09, tra le materie oggetto della contrattazione integrativa di Istituto, quelle che il Ccnl di comparto 2006/2009, al-

(15) Vd. U. Carabelli, M.T. Carinci, *op. cit.*, p. 74.

(16) Vd. N. De Marinis, *op. cit.*, pp. 127 ss.

(17) Vedi V. Luciani, C. Lombardo, *op. cit.*, p. 645.

l'art. 6, lett. *b*, *i* e *m*, aveva demandato, invece, fino a quel momento, proprio alla stessa contrattazione integrativa; riguardando, queste ultime, tra l'altro, le modalità di utilizzazione del personale docente in rapporto al piano dell'offerta formativa, i criteri per l'assegnazione del personale docente, educativo e Ata alle sezioni distaccate e ai plessi, i criteri e le modalità relativi all'organizzazione del lavoro e all'articolazione dell'orario del personale docente, educativo e Ata.

Per giungere alla decisione, il Tribunale di Velletri affronta la questione sotto un duplice profilo: quello dell'immediata efficacia della riforma Brunetta sui contratti collettivi vigenti e quello sulla natura delle materie, disciplinate dall'art. 6, lett. *b*, *i* e *m* del Ccnl 2006/2009, comparto scuola, per determinare se rientrano o non in quegli atti di micro-organizzazione di esclusiva competenza del dirigente pubblico, secondo quanto previsto dal novellato art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01.

Ebbene, il primo aspetto della questione, come già in precedenza accennato, ha rappresentato, sin da subito, il principale problema affrontato dalla giurisprudenza, che si è trovata a dover conferire un'interpretazione logica e coerente all'art. 65, d.lgs. n. 150/09, malgrado l'apparente contraddizione di imporre, al comma 1, l'immediato adeguamento della contrattazione integrativa, non oltre il 31 dicembre 2010, differendolo, invece, all'ultimo comma, per la contrattazione nazionale, alla tornata successiva all'entrata in vigore della legge, peraltro, in presenza dell'art. 9, d.l. n. 78/10.

In sostanza, si è osservato che in un sistema ove il contratto integrativo è strettamente subordinato a quello nazionale (18), quanto a limiti e materie di competenza, buona parte delle disposizioni del d.lgs. n. 150/09 appaiono insuscettibili di applicazione diretta da parte della contrattazione integrativa, postulando l'intervento della contrattazione nazionale, in considerazione anche del fatto che tutto il sistema premiale degli incentivi risulterebbe comunque bloccato dall'art. 9, d.l. n. 78/10, convertito nella legge n. 122/10 (19).

Tale impostazione è stata fatta propria dalle Oo.Ss. e ha trovato un positivo riscontro, almeno fino all'interpretazione autentica dell'art. 65, d.lgs. n. 150/09, intervenuta a opera dell'art. 5, d.lgs. n. 141/11, in una parte della giurisprudenza di merito, che ha ritenuto contraddittorio sostenere che le nuove regole di contrattazione integrativa, individuate nel d.lgs. n. 150/09, sarebbero già pienamente operative, sebbene non siano stati stipulati i nuovi contratti collettivi nazionali: e ciò, sia per l'ambigua formulazione dell'art. 65, d.lgs. cit., che avrebbe condotto a un adeguamento delle fonti negoziali secondarie, mentre quelle primarie sarebbero rimaste in vigore, anche in virtù del «congelamento» operato dall'art. 9, d.l. n. 78/10, sia per lo stravolgimento del sistema di gerarchia delle fonti che ne sarebbe conseguito, tale per cui, mentre il contratto integrativo si sarebbe dovuto imme-

(18) Il riferimento è in particolare all'art. 40, commi 3-*bis* e *quinquies*, d.lgs. n. 165/01: v. V. Luciani, C. Lombardo, *op. cit.*, pp. 649 ss.

(19) Si tratta, come noto, di misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria, adottate allo scopo di contenere la spesa pubblica, mediante un sostanziale congelamento delle retribuzioni al 2010.

diatamente conformare al nuovo dettato normativo, senza un Ccnl adeguato, la contrattazione nazionale avrebbe dovuto attendere la nuova tornata (20).

Un altro orientamento giurisprudenziale, di contro, non ha ritenuto di ravvisare l'antisindacalità della condotta della dirigenza pubblica, ove abbia escluso talune materie cd. «gestionali» dalla contrattazione integrativa, ritenendo che il novellato art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, trovasse immediata applicazione.

In questo senso, gli argomenti a sostegno dell'immediata applicazione della riforma del 2009 sono stati: in primo luogo, la considerazione che, se la contrattazione integrativa non può derogare alla contrattazione nazionale, la perdurante vigenza dei contratti nazionali non avrebbe consentito alla contrattazione integrativa di adeguarsi alla nuova disciplina normativa, se non a condizione di ritenere tale ultima disciplina immediatamente efficace anche nei confronti dei contratti nazionali; in secondo luogo, il meccanismo di sostituzione automatica, ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ. – introdotto all'art. 2, comma 3-bis, d.lgs. n. 165/01 –, delle clausole contrattuali difformi dalle disposizioni di legge, che imporrebbe un'immediata applicazione della riforma del 2009, con conseguente nullità sopravvenuta delle clausole contrattuali difformi (21).

Come detto, a dirimere definitivamente ogni incertezza interpretativa sull'art. 65, d.lgs. n. 150/09, è intervenuto l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 141/11, in vigore dal 6 settembre 2011, ove si è precisato che le disposizioni che trovano applicazione alla contrattazione nazionale, dalla tornata successiva all'entrata in vigore della riforma, sono soltanto quelle relative alle procedure negoziali di approvazione dei contratti collettivi nazionali (22).

In linea con tale ultimo orientamento, la sentenza in commento, dopo aver ripercorso il dibattito giurisprudenziale sull'interpretazione dell'art. 65, d.lgs. n. 150/09, risolto con l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 141/11, afferma di aderire comunque alla tesi dell'immediata applicazione, ai contratti vigenti, anche di quelle nor-

(20) Vd. Trib. Torino 2 aprile 2010, in q. *Riv.*, 2010, II, p. 527, con nota di G. D'Auria; Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1330, che riguarda, però, il periodo antecedente al 31 dicembre 2010; Trib. Torino 21 settembre 2010, in *Foro it.*, 2011, I, 901, con nota di G. Ricci; Trib. Roma 7 gennaio 2011, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1328; Trib. Oristano, 10 maggio 2011, inedita a quel che consta; Trib. Lucca 14 luglio 2011, inedita a quel che consta.

(21) Vd. Trib. Pesaro 2 dicembre 2010, *Foro it.*, 2011, I, 901, con nota di G. Ricci; Trib. Venezia 12 marzo 2011, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1327; Trib. Catanzaro 22 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1561, con nota di G. Ricci; Trib. Catanzaro 12 aprile 2011, in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1327; Trib. Frosinone 11 aprile 2011, inedita a quel che consta; Trib. Messina 10 maggio 2011, inedita a quel che consta; Trib. Genova 19 maggio 2011, inedita a quel che consta; Trib. Genova 6 giugno 2011, inedita a quel che consta; Trib. Cagliari 15 giugno 2011, inedita a quel che consta; Trib. Roma 22 giugno 2011, inedita a quel che consta; Trib. Roma 1° luglio 2011, inedita a quel che consta; Trib. Tivoli 12 agosto 2011, inedita a quel che consta.

(22) Dopo l'entrata in vigore dell'art. 5, d.l. n. 141/1: v. Trib. Napoli 28 novembre 2011, inedita a quel che consta; Trib. Nuoro 20 dicembre 2011, inedita a quel che consta; Trib. Oristano 13 gennaio 2012, inedita a quel che consta.

me della riforma Brunetta che, pur non andando a incidere direttamente sulla disciplina dei rapporti di lavoro, vanno, invece, a determinare i diversi ambiti di intervento del contratto collettivo, senza dover necessariamente attendere la tornata dei rinnovi, successiva all'entrata in vigore della legge stessa.

Ciò in quanto, pur in assenza di un esplicito strumento caducatorio delle norme contrattuali difformi dalla legge – osserva il Tribunale di Velletri – comunque, il contrasto con le norme legali produrrebbe una nullità sopravvenuta delle singole clausole, con una conseguente etero-integrazione delle stesse, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1419, comma 2, e 1339 cod. civ., stante anche l'esplicito richiamo, contenuto nel novellato art. 2, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 165/01, e in considerazione anche della estrema contraddittorietà di prevedere l'immediato adeguamento della contrattazione integrativa entro il 31 dicembre 2010, per poi, invece, continuare ad avere una contrattazione nazionale difforme dalle nuove disposizioni legislative.

Peraltro, secondo il Tribunale, l'immediata applicazione della riforma Brunetta, definitivamente sancita dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 141/11, neppure integra gli estremi di una possibile illegittimità costituzionale della predetta norma, per violazione dei criteri direttivi indicati al Governo nella legge delega, posto che tali criteri erano volti a disciplinare gli ambiti della disciplina del rapporto di lavoro pubblico, riservati rispettivamente alla contrattazione collettiva e alla legge, prevedendo l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. 1339 e 1419, comma 2, cod. civ., anche funzionalmente alla definizione dei predetti ambiti.

Il secondo aspetto della questione, affrontato dalla sentenza in esame, non solo è peculiare del comparto scuola, ma è anche assorbente rispetto a ogni altra questione di applicazione immediata e/o differita della riforma Brunetta, riguardando la definizione della natura delle materie, che l'art. 6, lett. *h*, *i* e *m*, Ccnl comparto scuola 2006/2009, riserva alla contrattazione integrativa di istituto.

Una volta, infatti, risolta la questione dell'efficacia della riforma del 2009, il problema tuttora sottoposto agli interpreti è quello di determinare se «le modalità di utilizzazione del personale docente in rapporto al piano dell'offerta formativa e al piano delle attività e modalità di utilizzazione del personale Ata...», di cui alla lett. *h*, art. 6, Ccnl cit., «i criteri riguardanti le assegnazioni del personale docente, educativo e Ata alle sezioni distaccate e ai plessi...», di cui alla lett. *i*, art. 6, Ccnl cit., nonché «i criteri e le modalità relativi all'organizzazione del lavoro e all'articolazione dell'orario del personale docente, educativo e Ata...», di cui alla lett. *m*, art. 6, Ccnl cit., rientrano o non in quelle «determinazioni per l'organizzazione degli uffici e alle misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro» di esclusiva competenza degli organi preposti alla gestione, *ex* art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, o se, invece, a norma dell'art. 40 dello stesso decreto, attengono a quei diritti e obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, come tali, riservati alla contrattazione collettiva.

Una parte della giurisprudenza ha ritenuto che tali materie abbiano natura organizzativa e perciò rientrino nelle prerogative dirigenziali, giacché, altrimenti, sarebbe contraddittorio ritenere che, mentre il legislatore ha attribuito in via esclusi-

va alla p.a. il potere organizzativo degli uffici, le imponga al contempo la consultazione con i sindacati, con un'evidente compromissione delle prerogative datoriali in materia organizzativa (23).

Inoltre, non sarebbe neppure accoglibile la tesi, secondo la quale le materie di cui alle lett. *b*, *i* e *m*, art. 6, Ccnl comparto scuola, sarebbero parificabili, quanto agli effetti giuridici, a quelle di cui alle lett. *j*, *k* e *l* dello stesso articolo, in quanto si tratterebbe di materie tipicamente al confine tra l'ambito di organizzazione e l'effetto che le scelte organizzative esercitano sulle condizioni di lavoro, come tali rimesse, secondo la nuova formulazione dell'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, alle scelte esclusive della p.a., potendo semmai formare oggetto di sola informativa in sede sindacale (24).

In particolare, la lett. *m*, art. 6, Ccnl scuola, cit., conterrebbe il riferimento ai criteri relativi alla «organizzazione del lavoro e all'articolazione dell'orario del personale docente, educativo e Ata», ma non alla durata settimanale della prestazione lavorativa, rimesso alla contrattazione nazionale, con la conseguenza che anche tale materia rivestirebbe carattere organizzativo, essendo rimessa alle prerogative datoriali (25).

Un'altra parte della giurisprudenza ha, invece, ritenuto che le materie di cui alle lett. *b*, *i* e *m*, art. 6, Ccnl scuola, cit., anche dopo la riforma Brunetta, non potrebbero essere escluse dal momento negoziale, con riferimento all'individuazione dei criteri e delle modalità di attuazione di decisioni organizzative ricadenti sulle condizioni di lavoro (26).

Il Tribunale di Velletri, nella sentenza in commento, confermando un proprio precedente analogo (27), ha escluso che le materie in esame possano rientrare tra quelle demandate, dall'art. 34, d.lgs. n. 150/09, al potere di definizione unilaterale degli organi di gestione della p.a.

Si perviene a tale conclusione, partendo dal dato del mancato intervento del legislatore del 2009 sul testo dell'art. 6, d.lgs. n. 165/01, secondo cui «l'organizzazione e la disciplina degli uffici, nonché la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità indicate all'art. 1, comma 1, previa verifica degli effettivi fabbisogni e previa consultazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'art. 9», che consentirebbe di ritenere che l'attuale art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, non sarebbe di ostacolo alla consultazione sindacale su materie organizzative e di gestione del personale, essendo materie tipicamente di confine, se considerate nel caso concreto nei loro aspetti definitivi generali e astratti.

Di conseguenza, poiché la lett. *i*, art. 6, Ccnl scuola, cit. – riguardante i criteri di assegnazione del personale alle sezioni distaccate e ai plessi –, non involgerebbe

(23) Vd. Trib. Napoli 28 novembre 2011, cit.; Trib. Nuoro 20 dicembre 2011, cit.

(24) Vd. Trib. Catanzaro 12 aprile 2011, cit.

(25) Vd. Trib. Genova 19 maggio 2011, cit.

(26) Vd. Trib. Bologna 21 marzo 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 1561, con nota di G. Ricci.

(27) Vd. Trib. Velletri 14 luglio 2011, inedita, a quel che consta.

L'organizzazione strettamente intesa ma i criteri generali di scelta del personale da assegnare ai plessi, mentre le lett. *b* e *m* – incidendo direttamente sui diritti e gli obblighi pertinenti al rapporto di lavoro – sarebbero rimesse alla contrattazione collettiva, *ex* art. 40, d.lgs. n. 165/01, la loro esclusione dalla contrattazione integrativa, a opera del dirigente preposto, costituisce condotta antisindacale, passibile di essere censurata *ex* art. 28, legge n. 300/70.

Va ricordato, in proposito, che il dipartimento della Funzione pubblica, con circolare 13 maggio 2010, n. 7, aveva disposto che, in recepimento dei principi sanciti dalla riforma Brunetta, le materie relative ai criteri di organizzazione del lavoro, essendo divenute di competenza esclusiva del dirigente scolastico, non potevano più formare oggetto di contrattazione integrativa d'istituto per l'anno scolastico 2010/2011, a pena di nullità delle clausole che fossero state stipulate in violazione delle nuove norme imperative di legge.

Tale impostazione era stata smentita successivamente da una nota del direttore generale del ministero dell'Istruzione, del 8 febbraio 2011, che, invece, aveva affermato la tesi della perdurante efficacia dell'art. 6, Ccnl comparto scuola, anche in considerazione del fatto che l'anno scolastico si trovava oramai in stato avanzato; nota che, a sua volta, è stata smentita dalla lettera circolare del 5 aprile 2011, n. 7, del dipartimento della Funzione pubblica, che, invece, ha riaffermato quanto già aveva disposto nel 2010.

Come si vede, persistono tuttora dei forti dubbi interpretativi, sia da parte della giurisprudenza, sia da parte della stesa p.a., sull'applicazione del novellato art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, in relazione all'art. 40, stessa legge, posto che, se il problema dell'efficacia immediata della riforma Brunetta sembra essere stato definitivamente risolto con l'interpretazione autentica, fornita dall'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 141/11, in ordine all'art. 65, d.lgs. n. 150/11, appare ancora alquanto difficile riuscire a distinguere le determinazioni organizzative di pertinenza esclusiva della dirigenza della p.a. da quelle materie che, invece, determinano i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, di competenza della contrattazione collettiva.

Appare, infatti, fin troppo scontato che dei provvedimenti gestionali che incidono sul rapporto di lavoro, quali possono essere, ad esempio, i distacchi e/o i trasferimenti, conseguenti all'organizzazione degli uffici, siano comunque destinati a determinare i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro.

Di tal che, fin tanto che non verranno adeguati i nuovi contratti collettivi nazionali, un possibile criterio per poter interpretare le vecchie clausole, come quelle contenute nell'art. 6, lett. *b*, *i* e *m*, Ccnl comparto scuola 2006/2009, al fine di collocarle nella giusta area di competenza, potrebbe essere quello di avere riguardo alla funzionalizzazione, ai criteri di cui all'art. 97 Cost., degli atti della p.a., ivi inclusi quelli di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01.

In questo senso, si è già visto (28) che l'attribuzione alla p.a. dei poteri del pri-

(28) Cfr. nota 7.

vato datore di lavoro andrebbe interpretata nel senso di una loro non assoluta riconducibilità al settore privato, posto che l'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, colloca i poteri organizzativi del dirigente preposto «nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1» (29).

Se questo è vero, l'indisponibilità dei poteri di micro-organizzazione, che rivestono comunque natura privatistica, tanto da essere affidati alla competenza del giudice ordinario a differenza degli atti di macro-organizzazione, può soccorrere per discernere quali sono quelle «determinazioni per l'organizzazione degli uffici di esclusiva pertinenza della dirigenza pubblica», presumendosi tali solo quelli che sono volti al raggiungimento degli obiettivi d'imparzialità e buon andamento, ex art. 97 Cost., e che, come tali, il legislatore del 2009 ha voluto sottrarre alla negoziazione, cui è affidata, invece, la disciplina dei «diritti e degli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», cioè a dire solo quelle materie legate strettamente al sinallagma contrattuale.

Certo è che, come condivisibilmente osservato dalla giurisprudenza sopra richiamata, la mancata modifica dell'art. 6, d.lgs. n. 165/01, ove l'organizzazione e la disciplina degli uffici e la variazione delle dotazioni organiche sono ancora rimesse alla consultazione sindacale, pone dei precisi limiti alle determinazioni unilaterali di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. cit., a meno di non voler «declassare» la consultazione a mera informazione, a dispetto del chiaro dettato letterale.

Sicché, per evitare ulteriori incertezze, che finiscono per pesare non poco sul buon andamento della p.a. e, quindi, in definitiva dell'intera collettività, sarebbe auspicabile un ulteriore efficace intervento chiarificatore da parte del legislatore, per fornire dei chiari punti di orientamento in un sistema necessariamente complesso e articolato, quale è quello delle fonti del rapporto lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Enrico Maria Terenzio
Avvocato in Roma

(29) Vd. F. Liso, *op. cit.*, p. 235; L. Fiorillo, *op. cit.*, pp. 129 ss.

SICUREZZA SOCIALE

CORTE COSTITUZIONALE, 10 maggio 2012, n. 119 – Pres. Quaranta, Rel. Silvestri – F.R. (avv. R. Russo Valentini) c. Inpdap (avv. D. Marinuzzi).

Previdenza – Dipendenti pubblici – Direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitaria di azienda sanitaria – Indennità premio di servizio – Modalità di calcolo – Asserita irragionevole differenza di trattamento previdenziale a favore di una categoria di soggetti rispetto alla generalità dei dipendenti pubblici – Insussistenza – Non fondatezza della questione.

Deve essere dichiarata l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale relativa alla disciplina del trattamento assistenziale e previdenziale dei dipendenti pubblici e privati nominati direttore generale di unità sanitarie locali e aziende ospedaliere. Infatti, la norma censurata non istituisce un'irragionevole differenza di trattamento previdenziale – con riferimento all'indennità premio di servizio – a favore di una categoria di soggetti, bensì prevede una base di calcolo unitaria per tutti coloro che si trovino a esercitare determinate funzioni alla fine della loro carriera. Il punto di riferimento non sono quindi le qualità soggettive dei dipendenti presi in considerazione, ma le funzioni di direttore generale, amministrativo o sanitario di Usl. (1)

Il testo della sentenza è pubblicato in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1) IN TEMA DI RETRIBUZIONE UTILE AI FINI DEL PREMIO DI SERVIZIO
(DEI DIRETTORI GENERALI ASL)

1. — La fattispecie affrontata dalla Consulta concerne il caso di un dirigente amministrativo di un'Azienda ospedaliera collocato in aspettativa, ai sensi dell'art. 3-bis del d.lgs. n. 502 del 1992, perché chiamato a svolgere l'incarico di direttore generale di un'Azienda sanitaria.

L'Inpdap, a cui ora è succeduto l'Inps ai sensi dell'art. 21, comma 1, del d.l. n. 201 del 6 dicembre 2011, al momento del collocamento a riposo, provvedeva alla liquidazione della cd. indennità premio di servizio, prevista e disciplinata dalla legge 8 marzo 1968, n. 152, in relazione all'ultimo trattamento economico percepito in qualità di lavoratore subordinato, ovvero prima del collocamento in aspettativa.

Il ricorrente contestava tale operato dell'Ente, e conseguentemente adiva il Tribunale civile di Monza al fine di ottenere la declaratoria del proprio diritto alla riliquidazione della indennità premio di servizio, con il computo di tutti i compensi percepiti negli ultimi dodici mesi lavorativi in forza dell'incarico di direzione generale.

Il giudice di prime cure accoglieva la eccezione pregiudiziale sollevata dalla difesa dell'Ente, dichiarando rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale delle disposizioni richiamate in epigrafe, in relazione all'art. 3 della Costituzione.

Per una migliore comprensione della vicenda, va premesso che la normativa scrutinata consente a lavoratori subordinati, chiamati a svolgere, prima di essere collocati a riposo, incarichi di direzione generale, di ottenere un notevole aumento della base di calcolo del proprio trattamento di fine servizio.

Ciò in quanto quest'ultimo, ai sensi dell'art. 4 della citata legge n. 152 del 1968, viene computato sulla base della retribuzione percepita negli ultimi dodici mesi, moltiplicata per tutti gli anni di servizio, e non, viceversa, in relazione a tutti i contributi versati nell'arco della intera vita lavorativa, come accade ora per tutti i nuovi assunti alle dipendenze della p.a., soggetti alle diverse norme, assai più restrittive, in tema di trattamento di fine rapporto.

La difesa dell'Ente previdenziale aveva anche evidenziato, in giudizio, la irrazionalità della normativa di riferimento, sia sotto un profilo sistematico, e ciò in quanto la natura autonoma dell'incarico di direzione generale mal si concilia con il trattamento di fine servizio, spettante ai soli lavoratori subordinati, sia in relazione alla esigenza di contenimento della spesa pubblica previdenziale, che, come noto, ha connotato tutti gli interventi legislativi recenti in tema previdenziale.

Il giudice rimettente, poi, aveva individuato una irragionevole discriminazione anche all'interno della ristretta categoria di lavoratori chiamati a svolgere un incarico di direzione generale, in particolare a danno di coloro che, dopo la cessazione dell'incarico, non sono collocati a riposo, ma proseguono il servizio presso la amministrazione di appartenenza percependo una indennità premio di servizio di importo assai più contenuto, perché parametrata ai minori emolumenti spettanti in forza del rapporto di lavoro subordinato.

La decisione in rassegna – dopo essersi soffermata sulla sentenza n. 351 del 2010, con la quale la Consulta aveva già respinto la questione di costituzionalità dell'art. 3 del d.lgs. n. 229 del 1999, sollevata dalla Corte d'Appello di Ancona, con ordinanza del 9 aprile 2009, in relazione all'art. 76 della Costituzione – ha dichiarato costituzionalmente legittima la normativa in questione.

Ad avviso della Corte Costituzionale, infatti, non risulta violato alcun principio di uguaglianza proprio perché, nella fattispecie, la normativa speciale consente

comunque di commisurare la prestazione previdenziale all'ultima retribuzione annua percepita, così come disposto dall'art. 4 della citata legge n. 152 del 1968.

Diversamente opinando, si realizzerebbe uno squilibrio tra il trattamento pensionistico, nel quale gli emolumenti percepiti in forza dell'incarico di direzione sono ritenuti utili, e l'indennità premio di servizio, la quale ha pur sempre finalità previdenziale.

Anche all'interno della categoria dei lavoratori chiamati a svolgere un incarico di direzione, la Consulta non ravvisa alcuna posizione di svantaggio nei confronti di coloro che rientrano nei ruoli di appartenenza, proprio perché operano mere scelte individuali che non rilevano ai fini della valutazione della legittimità costituzionale.

Da ultimo, viene chiarito che le valutazioni di politica economica sono riservate al legislatore, non potendo la Corte disporre interventi per così dire riduttivi della spesa previdenziale, pena un rovesciamento dei ruoli, così come erroneamente suggerito dal giudice rimettente.

I

CORTE COSTITUZIONALE, 26 aprile 2012, n. 107 – Pres. Quaranta, Rel. Grossi – C.P. e L.E. c. ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e Regione Marche.

Salute – Danni irreversibili da somministrazione di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia – Diritto all’indennizzo ex art. 1 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 – Mancata previsione – Questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, legge n. 210 – Fondatezza.

È fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella parte in cui non prevede il diritto a un indennizzo, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla medesima legge, nei confronti di coloro i quali abbiano subito le conseguenze previste dallo stesso articolo 1, comma 1, a seguito di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia. (1)

II

TRIBUNALE RIMINI, 15 marzo 2012, n. 148 – Est. Ardigò – B.M. (avv. Ventaloro) c. ministero della Salute (Avvocatura distrettuale dello Stato).

Salute – Danni irreversibili da somministrazione di vaccinazione raccomandata contro morbillo, rosolia e parotite – Autismo – Nesso di causalità – Sussiste – Indennizzo ex art. 1, legge n. 210/1992 – Spetta.

Non vi è ragione di differenziare il caso in cui il trattamento sanitario sia imposto per legge da quello in cui esso sia, in base a una legge, promosso dalla pubblica autorità in vista della sua diffusione capillare.

Nel caso in cui sia accertato il nesso di derivazione causale della sindrome autistica dalla somministrazione del vaccino raccomandato contro il morbillo, la rosolia e la parotite spetta l’indennizzo di cui all’art. 1, legge n. 210/1992. (2)

I testi delle sentenze sono pubblicati in www.ediesseonline.it/riviste/rgl.

(1-2) L'INDENNIZZO DELLE CONSEGUENZE IRREVERSIBILI
DA VACCINAZIONI NON OBBLIGATORIE

La sentenza n. 107/2012 della Corte Costituzionale ritorna sul problema della indennizzabilità dei danni derivanti da vaccinazioni fuori dallo stretto ambito dell'obbligo vaccinale.

Oggetto di vaglio costituzionale è la legge 25 febbraio 1992, n. 210, più volte modificata nel corso della sua vigenza e più volte sottoposta al giudizio di congruità costituzionale, che ha istituito un apposito trattamento indennitario in favore dei soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie (l'indennizzo si riferisce inoltre alle conseguenze irreversibili causate da trasfusioni e dalla somministrazione di emoderivati).

Il punto preso in considerazione in questa pronuncia è proprio il riferimento contenuto nella rubrica della legge alle sole vaccinazioni obbligatorie, facendo presumere che dal suo ambito di tutela sarebbero esclusi tutti gli altri casi in cui il vaccino è somministrato senza alcuna imposizione da parte dell'autorità.

La Corte Costituzionale, a fronte di questo dato formale, ha affrontato la questione della possibilità di estendere alle vaccinazioni raccomandate gli stessi strumenti di tutela assistenziale previsti per quelle obbligatorie, verificando in particolare se vi può essere un'assimilazione tra le due categorie di misure di profilassi.

Prima di esaminare le conclusioni cui è giunta la Corte e di vagliare le relative motivazioni, è necessario fare una premessa di carattere generale.

Tradizionalmente il problema della vaccinazione è stato studiato nella prospettiva del binomio autorità-libertà; esso è stato incluso nell'ambito della categoria dei trattamenti imposti il cui fondamento è rinvenibile nell'art. 32, comma 2, Cost., applicabile alla molteplicità differenziata dei trattamenti sanitari obbligatori.

Il principio fondamentale in materia di tutela della salute è quello della volontarietà dei trattamenti sanitari: ne è prova tutta la problematica in materia di essenzialità del consenso (espresso soprattutto in termini di scelta consapevole: cd. consenso informato).

L'obbligatorietà, dunque, costituisce una eccezione alla regola generale della libertà (art. 13 Cost.) ed è subordinata alla riserva di legge, peraltro rinforzata dall'ulteriore limite del rispetto della dignità della persona.

Nell'art. 32 Cost., la salute nel contempo è oggetto di un diritto soggettivo e di un dovere di solidarietà (che legittima la limitazione alla libertà individuale): esso sicuramente è prima di tutto un diritto fondamentale dell'individuo primario e assoluto, come detto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 88/1979; ma quando la salute rileva come bene collettivo e non più come bene individuale, possono essere imposti comportamenti di salvaguarda della collettività; in questi casi il dissenso è superato dalla imposizione per legge del trattamento indispensabile diretto a soddisfare l'esigenza dell'intera comunità in ragione del prevalente interesse pubblico su quello privato (pur con i limiti desumibili dallo stesso art. 32 Cost.).

La delicatezza degli interessi in gioco e la loro possibile contrapposizione, tuttavia, non può sempre portare alla prevalenza dell'interesse generale con l'imposi-

zione del trattamento anche contro la volontà del soggetto; l'inquadramento della problematica nella cornice dell'art. 2 Cost., e non più esclusivamente dell'art. 32 Cost., conduce alla trasformazione del sistema impositivo e d'obbligo in un sistema di partecipazione consapevole, laddove la volontaria adesione dell'individuo è ugualmente una forma di adempimento del dovere di solidarietà sociale, imposto però non più sul piano giuridico, bensì su quello etico.

In questo modo, anche il trattamento che potrebbe essere reso obbligatorio dalla legge finisce per trovare il suo fondamento nella libertà di autodeterminazione in ordine alla propria salute, libertà intesa non più come potere di opporsi al trattamento, ma di sottoporsi a esso nell'interesse della collettività.

Così nel tempo tende sempre più a venire meno il vincolo al trattamento sanitario obbligatorio, ponendosi il vincolo solidaristico dell'interesse della collettività non più in termini coattivi, ma in forma partecipativa.

Quanto detto in generale sull'evoluzione del regime etico-giuridico dei trattamenti sanitari imposti vale anche per le vaccinazioni obbligatorie.

Dal punto di vista sanitario, la vaccinazione corrisponde a una pratica di proflessi immunizzante diretta a costruire una barriera di prevenzione nei confronti di una data malattia infettiva (riducendone la possibilità di diffusione per contagio e inducendo la sua eradicazione); quando essa è imposta dalla legge, costituisce un trattamento sanitario obbligatorio a carattere preventivo.

La riduzione o addirittura la eradicazione della morbilità collegata a particolari agenti patogeni facilmente trasmissibili è una esigenza di cui si è fatto carico l'Organizzazione mondiale della sanità (Oms), che, in proposito, ha elaborato un programma di immunizzazione denominato *Expanded programme on immunization* (Epi) il cui scopo è quello di controllare le malattie con maggiore indice di mortalità attraverso programmi nazionali di immunizzazione di massa.

Attualmente l'ordinamento italiano prevede come obbligatorie per l'infanzia le vaccinazioni antipoliomielitica (legge n. 51/1966), antidifterica (legge n. 292/1963), antitetanica (legge n. 419/1968) e antiepatite B (legge n. 165/1991), tutte da praticare nei primi mesi di vita e soggette a successivi richiami (invece è stata abrogata dalla legge n. 457/1981 la norma che disponeva l'obbligo vaccinale per il vaiolo).

Molto più variegato è il complesso delle vaccinazioni imposte a categorie di rischio determinate (in genere lavoratori): ad esempio, la vaccinazione antitubercolare, la vaccinazione antitifica, la vaccinazione antimeningococcica ecc.

Tutte queste vaccinazioni rientrano nei Livelli essenziali di assistenza (cd. Lea) e sono a carico del Servizio sanitario nazionale (Ssn).

In linea con quanto previsto dal Programma Epi dell'Oms, sono inoltre previste altre vaccinazioni (generalmente dal Piano nazionale dei vaccini) per le quali, pur non vigendo l'obbligo, è posta una forte raccomandazione; si tratta delle vaccinazioni (antimorbillo, antiparotite e antirosolia) che, pur non imposte, sono fortemente consigliate, ovvero promosse con campagne informative perché rispondono alla stessa esigenza di tutela della salute individuale e collettiva di quelle obbligatorie.

Lo Stato italiano ha dato corso a quest'ultimo adempimento mediante una puntuale pianificazione delle vaccinazioni consigliate, incentivandone la sommini-

strazione con campagne promozionali e inserendo anch'esse nei Lea; si pensi che tutti i Piani nazionali di prevenzione vaccinale (Pnpv), dal primo del quadriennio 1997/2000 all'ultimo del quadriennio 2012/2014, progressivamente si sono posti come obiettivo il superamento dell'obbligo vaccinale favorendo il passaggio graduale dall'obbligatorietà all'adesione consapevole, favorita da una efficace attività di educazione e informazione della popolazione generale (Vedi, da ultimo, Pnpv 2012-2014, p. 10; questo sistema è già a regime nella Regione Veneto per effetto della legge regionale n. 7/2007).

Per tutte le altre vaccinazioni, fuori dallo schema dell'obbligo e da quello della raccomandazione, la scelta è rimessa alla mera volontà dell'assistito, la cui scelta non è né coartata né orientata con azioni positive di convincimento (ancorché incentivate con campagne di comunicazione).

Dunque, i vaccini si distinguono in tre gruppi: – vaccini obbligatori (antipolio, antitetanica, antiepatite B, antidifterica); – vaccini raccomandati (ad esempio, antiptosse, antimorbillosa, antiparotite, antirosolia ecc.); – vaccini facoltativi (ad esempio, antimeningococcico, antivaricella, antipneumococcico ecc.).

Mentre tracciare la differenza tra vaccinazione obbligatoria e vaccinazione facoltativa è cosa agevole (la soluzione è nel significato degli stessi termini utilizzati), molto più complessa è l'opera di individuazione della linea di confine tra la vaccinazione obbligatoria e quella raccomandata.

Quest'ultima dicotomia, infatti, evidenzia una differenziazione categoriale molto più sfumata e incerta rispetto alla prima; se dovessimo limitare l'analisi dei tratti differenziali al solo profilo della disponibilità, la differenza potrebbe essere tracciata in maniera semplice, perché anche in questo caso il paradigma di riferimento sarebbe dato dal binomio autorità-libertà: se è obbligatorio il vaccino imposto in forma coattiva, la pratica di quello raccomandato, non dissimilmente da quanto avviene per il vaccino facoltativo, è lasciata alla libera determinazione del soggetto.

La soluzione al problema evidentemente deriva dalla modalità di postulazione dello stesso, nel senso che per comprendere la differenza tra vaccinazione obbligatoria e vaccinazione raccomandata è preliminarmente necessario individuare la differenza intercorrente tra quest'ultima e la vaccinazione facoltativa.

Il punto di congiunzione tra le due, come detto, è individuabile nella piena disponibilità della situazione soggettiva, che rinvia in entrambi i casi a una posizione di diritto soggettivo e non di obbligo: fondamentalmente, dal punto di vista soggettivo, l'autonomia è il comune denominatore di entrambe le situazioni.

Ciò che, invece, le disgiunge è l'elemento funzionale, cioè l'interesse che la vaccinazione facoltativa e quella raccomandata concorrono a realizzare: con la prima il soggetto tutela solo il suo interesse individuale alla salute; con la seconda, oltre a raggiungere lo stesso fine, realizza anche un interesse collettivo, nel contempo esercitando un diritto soggettivo e adempiendo spontaneamente a un dovere di solidarietà sociale.

Infatti, ciò che rende una vaccinazione facoltativa, da una parte, od obbligatoria o raccomandata, dall'altra, è la tipologia del beneficio che si consegue dalla sua somministrazione, cioè il grado di vantaggio che ne deriva alla collettività: se il

vantaggio è elevato per il singolo ma scarso per la popolazione generale, la vaccinazione sarà resa facoltativa; se, al contrario, il rapporto di proporzione è inverso, o meglio, se il grado di vantaggio per la collettività è elevato, la vaccinazione o sarà dichiarata obbligatoria o sarà fortemente consigliata.

Allora, come si può bene vedere, sia nelle vaccinazioni obbligatorie che in quelle raccomandate il trattamento risponde a una funzione secondaria, quella di realizzare un interesse individuale, e a una funzione primaria, quella di salvaguardare l'interesse collettivo alla salute pubblica, in quanto in entrambi i casi l'obiettivo finale è quello di proteggere la collettività dalla diffusione di malattie trasmissibili.

Detto questo, è chiaro che la distinzione nel trinomio obbligo-raccomandazione-facoltà non si ripropone specularmente nel trinomio vaccinazione obbligatoria, raccomandata e facoltativa, ma più semplicemente si dicotomizza tra vaccinazioni che realizzano un interesse alla salute pubblica e vaccinazioni che realizzano solo un interesse alla salute individuale; in questo quadro categoriale, neutralizzato il profilo dell'autonomia (fonte e modalità di accesso alla prestazione sanitaria), rimangono da distinguere le vaccinazioni obbligatorie e quelle raccomandate, nella comune funzione di garantire il massimo livello di copertura vaccinale della popolazione: le sole tecniche utilizzate per raggiungere tale obiettivo.

Dunque, fuori da ciò che attiene al momento deliberativo o della scelta (libertà e consenso), le vaccinazioni obbligatorie e quelle raccomandate rispondono a uno stesso statuto ontologico, nel senso che costituiscono una categoria unitaria all'interno della quale si differenziano per la distinta tecnica, rispettivamente impositiva e promozionale, utilizzata dallo Stato per raggiungere il massimo grado di immunizzazione della popolazione (imposizione dell'obbligo nel primo caso e azioni di educazione e informazione, o meglio, persuasione nel secondo).

La comune funzione delle due categorie di vaccinazioni porta a ritenere che rientrino nel medesimo quadro di partecipazione alla funzione di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) tutti quei vaccini che trovano questa finalizzazione nell'ambito di una organica programmazione vaccinale (piano vaccini) (se la popolazione resistente o vaccinata supera il 95% il virus scompare e la malattia si eradica; ragione per la quale, ad esempio, è stato abolito l'obbligo di vaccinazione contro il vaiolo).

Tanto più che per le vaccinazioni raccomandate è previsto, al pari di quelle obbligatorie, un'anagrafe vaccinale con la registrazione dei vaccinati.

La tendenza del sistema sanitario è quella di passare sempre più da un sistema fondato sulla obbligatorietà a un sistema di volontaria adesione alla pratica vaccinale per condivisione delle finalità di salute pubblica (prevenzione delle malattie infettive), orientando la scelta del singolo al di là della protezione individuale.

Le ragioni di questa tendenza risiedono principalmente sul fatto che la raccomandazione di una vaccinazione comporta che essa sia oggetto di attività promozionale da parte dell'autorità pubblica, propagandata come un intervento vantaggioso per la prevenzione delle malattie infettive incidendo sul rapporto tra percezione del rischio vaccinale (reazioni avverse) e di quello derivante dalla malattia (rapporto rischio-beneficio), così tentando di raggiungere per altra via lo stesso effetto cui tende il sistema fondato sulla coercizione.

Un ruolo importante per l'affermarsi del sistema della raccomandazione su quello della obbligatorietà è stato assunto anche dal fatto che il sistema dell'obbligo vaccinale, nel tempo, è entrato in crisi per effetto del rifiuto di molti genitori di sottoporre a vaccinazione i propri figli e della scarsa efficacia del sistema impositivo (complice il depotenziamento delle misure sanzionatorie dirette e indirette e, soprattutto, il d.l. 8 marzo 1994, n. 164, che, pur senza abolire l'obbligatorietà delle vaccinazioni, ha fatto venir meno la possibilità della coercizione fisica per la loro somministrazione ai minori; resta, invece, l'operatività delle sanzioni previste a carico dei soggetti tenuti a provvedere a che i minori siano vaccinati e dalla responsabilità dei medesimi per ogni effetto dannoso subito dal minore o dai terzi in caso di evasione dell'obbligo; l'obbligo di provvedere tempestivamente alla vaccinazione imposta nell'interesse privato e pubblico costituisce, peraltro, una specificazione dei diritti/doveri parentali *ex artt. 30 Cost. e 147 cod. civ.*).

In particolare, ciò che ha scardinato il sistema della obbligatorietà è la possibilità di iscrizione dei bambini a scuola anche in caso di mancata presentazione della documentazione attestante la effettuazione delle vaccinazioni previste dalla legge (Corte dei Conti, Ss.Uu., 4 ottobre 1999, n. 33/E, in *Riv. Corte Conti*, 1999, 5, 1); è venuto meno anche il deterrente della valenza penale della condotta omissiva per effetto della depenalizzazione della materia *ex lege* n. 689/1981.

Comunque, a prescindere da queste contingenze, se il punto di congiunzione tra le vaccinazioni obbligatorie e quelle raccomandate è l'efficienza del sistema per rispondere alla duplice funzione di realizzare un interesse individuale (scopo secondario) e salvaguardare l'interesse collettivo alla salute pubblica (scopo primario), la scelta del legislatore sembra essere sempre più orientata a favorire l'adesione volontaria, piuttosto che imporla, a un programma di solidarietà (art. 2 Cost.) diretto a realizzare la dimensione collettiva del diritto alla salute (art. 32 Cost.).

La comune partecipazione alla funzione di solidarietà sociale *ex art. 2 Cost.*, al di là dell'aspetto impositivo (art. 32, comma 2, Cost.), costituisce il fondamento della decisione in esame (peraltro, sotto altra forma, già sancito nella sentenza della Corte Costituzionale n. 27/1998) in quanto sotto il profilo giuridico non vi è ragione di differenziare l'atto imposto da quello raccomandato, ossia la condotta osservata in corrispondenza di un obbligo da quella tenuta per scelta volontaria di adesione a un programma di salute pubblica quando in entrambi i casi ciò che si realizza è l'interesse della collettività (della popolazione generale).

Per questo le considerazioni che precedono trovano valutazione positiva nella sentenza in commento, secondo la quale la provvidenza indennitaria prevista dalla legge n. 210/1992, nella simmetria tra la posizione di obbligo e quella di diritto affermate dagli artt. 2 e 32 Cost., una volta assodato che il trattamento sanitario è funzionale alla prevenzione per la profilassi delle malattie infettive, spetta a chiunque vi si sia sottoposto riceverne nocimento (pregiudizio alla integrità psico-fisica) indipendentemente dal fatto, ritenuto del tutto irrilevante e indifferente, che si tratti dell'adempimento di un obbligo o di una scelta collaborativa indotta da azioni di sensibilizzazione da parte dell'autorità pubblica.

Nell'uno e nell'altro caso, il vincolo solidale che si stabilisce tra singolo e collettività giustifica la traslazione degli effetti dannosi in capo a quest'ultima.

Il principio, nel caso specifico affermato in relazione alla vaccinazione trivalente morbillo-rosolia-parotite, trova riscontro in altri precedenti giurisprudenziali della Corte Costituzionale in ordine alla vaccinazione antiepatite B (Corte Costituzionale 16 ottobre 2000, n. 423, in *Ragiusan*, 2000, 199-0, 146) e alla vaccinazione antipoliomielitica, ma sempre relativamente a vaccinazioni obbligatorie per il periodo antecedente alla vigenza dell'obbligo (Corte Costituzionale 26 febbraio 1998, n. 27, in *Ragiusan*, 1998, 168, 197; in *Foro amm.*, 1999, 565).

Di questi principi ha fatto applicazione in più occasioni la giurisprudenza di merito: «Il diritto all'indennizzo previsto dalla legge in caso di danno derivante da vaccinazione obbligatoria va esteso, in via interpretativa, anche al caso in cui il danno derivi da trattamenti sanitari che, seppur non obbligatori, siano comunque consigliati attraverso campagne di sensibilizzazione promosse dall'autorità amministrativa» (Trib. Ravenna 20 dicembre 2006, in *Giur. merito*, 2008, 11, p. 2815; in *Lav. giur.*, 2007, 8, p. 818).

Si tratta di un orientamento che emerge ancora meglio in altre pronunce («L'indennizzo previsto dall'art. 1, comma 1, legge 25 febbraio 1992, n. 210, spetta anche a coloro che abbiano subito un danno alla salute in conseguenza di una vaccinazione non obbligatoria, ma programmata e incentivata, ricorrente in tutti quei casi in cui le strutture sanitarie operino in maniera tale da rendere la vaccinazione stessa pressoché ineludibile. Ai fini della decorrenza del termine di decadenza di cui all'art. 3, comma 1, legge 25 febbraio 1992, n. 210, la conoscenza del danno può ritenersi verificata solo quando sussista lo stato soggettivo di consapevolezza tanto della malattia, quanto del nesso di causalità tra la vaccinazione e la malattia stessa», Corte d'App. Campobasso 12 giugno 2006, in *Resp. civ. prev.*, 2007, 2, p. 339), ma che, prima dell'intervento in materia della Corte Costituzionale, era tutt'altro che pacifico (In senso contrario si erano espressi Cass. civ. 16 giugno 2005, n. 12946, in *Mass. giust. civ.*, 2005, 6; Trib. Busto Arsizio 2 dicembre 2009, n. 413, inedita).

Lo stesso principio si trova sviluppato anche nella seconda delle sentenze in commento, cioè quella del Tribunale di Rimini del 15 marzo 2012.

Concludendo sul punto, con l'intervento additivo della Corte Costituzionale operato con la sentenza in commento, le vaccinazioni raccomandate, al pari di quelle imposte, attengono alla realizzazione dell'interesse della collettività alla tutela della salute pubblica e, pur senza costituire adempimento di un dovere inderogabile, partecipano della medesima funzione di solidarietà sociale consunta nella posizione d'obbligo.

Fuori dai principi generali e dalla modificazione che la sentenza della Corte Costituzionale ha apportato alla legge n. 210/1992, è interessante notare che il caso preso in considerazione riguarda la vaccinazione trivalente contro il morbillo, la rosolia e la parotite; lo stesso vaccino che il mese prima aveva formato oggetto della seconda sentenza in commento: quella del Tribunale di Rimini del 15 marzo 2012.

Il riconoscimento della indennizzabilità dei danni irreversibili derivanti da

somministrazione di vaccinazione anti morbillo-rosolia-parotite (Mpr), dunque, getta la sponda per esaminare quest'altra interessante sentenza in materia.

Come detto, si tratta della sentenza del Tribunale di Rimini del 15 marzo 2012, che ha riconosciuto, sempre ai fini della indennizzabilità *ex lege* n. 210/1992, il nesso eziologico tra il vaccino trivalente e l'autismo (Rapporto di causalità peraltro disconosciuto proprio recentemente negli Stati Uniti: vedi *U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit* n. 5004/2010, *Cedillo c. Segretariato Salute e Servizi Umani*).

La questione, sotto il profilo medico, ha formato oggetto di contrasti in medicina da molti anni (Soprattutto dopo lo studio condotto da A.J. Wakefield *et al.*, *Ileal lymphoid-dodular hyperplasia, non specific colitis and pervasive developmental disorder in children*, *Lancet*, 1998, pp. 3351 ss., che aveva associato per la prima volta l'autismo al vaccino Mpr, studio nel 2010 ritirato dalla rivista che lo aveva pubblicato), senza che nessun giudice, accogliendo le istanze delle associazioni, si fosse pronunciato, almeno così esplicitamente, in maniera favorevole.

Il caso deciso nella pronuncia riguarda un minore che, dopo la vaccinazione Mpr (non obbligatoria, ma incentivata), avrebbe sviluppato un disturbo autistico, secondo il Tribunale riconducibile con probabilità scientifica alla somministrazione del vaccino, con conseguente concessione dell'indennizzo (diritto al beneficio che la Commissione medica ospedaliera, nella fase amministrativa, aveva escluso sulla considerazione della non obbligatorietà della vaccinazione).

In verità la motivazione della sentenza sul punto del nesso causale è scarna, in quanto si limita a fare rinvio alla consulenza tecnica d'ufficio, che tale derivazione eziologica aveva riconosciuto.

Francamente, anche a leggere la relazione peritale, il rapporto di causalità tra la vaccinazione e l'infermità emerge con non pochi equivoci e con forti tratti di opinabilità; ma la debolezza della motivazione non fa venire meno l'importanza della sentenza, che apre scenari importantissimi in materia di indennizzabilità dei danni irreversibili derivanti da vaccinazioni.

Lo scopo di queste brevi note non è quello di valutare nel merito la fondatezza o meno della decisione giudiziale (la disputa è più di carattere sanitario che non giuridico), ma quello di fornire qualche indicazione più generale sulla questione del nesso di causalità in materia.

In via del tutto generale si deve premettere, come già detto, che se un individuo viene esposto a un rischio per la sua salute a beneficio della collettività, sia nel sistema del vincolo che in quello della libertà adempie (coattivamente o spontaneamente) a un obbligo/dovere di solidarietà sociale; per ragioni di commutazione, se la collettività trae beneficio dalla condotta del singolo, nel caso in cui quest'ultimo subisca un pregiudizio alla salute per effetto del trattamento sanitario, la comunità deve accollarsi anche le esigenze di tutela del soggetto (è il principio della mutua solidarietà).

È questa la ragione per la quale la legge n. 210/1992, dopo la sollecitazione della Corte Costituzionale con la sentenza n. 307/1990, ha previsto un indennizzo in favore dei soggetti che hanno subito conseguenze irreversibili a seguito di vaccinazioni obbligatorie (e raccomandate).

Si tratta di una prestazione economica di sicurezza sociale, finanziata con oneri a carico della fiscalità: proprio per questo deve anche trattarsi di un beneficio che non può essere concesso, per ovvie ragioni di equilibrio finanziario, oltre ogni ragionevole limite.

Per chi viene a trovarsi in una condizione di bisogno a seguito di una situazione di inabilità psico-fisica, l'ordinamento già prevede altri strumenti di tutela sociale, gran parte dei quali di natura assistenziale e già essi a carico della fiscalità generale (ad esempio, la pensione di inabilità, l'assegno di invalidità, l'indennità di accompagnamento ecc.); solo quando la ragione di tale invalidità sia riconducibile alla causa cui fa riferimento la legge n. 210/1992 può spettare l'ulteriore beneficio.

Per questo diventa importante che vengano selezionati con rigore tecnico-giuridico le fattispecie e i casi in cui l'indennità deve e può essere concessa.

Certo, la materia sfugge ai normali meccanismi di prova (oneri e mezzi), ma ciò non toglie che, pur dovendo *mutuare aliunde* il criterio di accertamento (quello della probabilità scientifica), il giudice debba declinare la sua decisione secondo i canoni del diritto e non quelli della scienza medica.

Allora, per validare le conclusioni cui perviene il consulente tecnico (necessariamente percipiente e deducente), è necessario per il giudice un paradigma sulla cui base fondare il proprio convincimento in tema di nesso di causalità e rendere la motivazione del proprio giudizio.

Tale paradigma può essere costruito su una molteplicità di criteri, ma è fondamentale che tra essi non manchino il criterio cronologico (rapporto temporale tra epoca di somministrazione della vaccinazione e insorgenza della malattia), il criterio topografico (rapporto tra sede della malattia e azione del vaccino), il criterio di efficienza (determinanza sulle conseguenze) e il criterio di esclusione (inconfigurabilità di altri fattori che abbiano potuto generare la malattia).

Solo operando in questo modo il giudizio può essere fornito di plausibilità, consistenza, forza e specificità: caratteri che costituiscono complessivamente un equilibrato strumento di selezione.

Tradotto il ragionamento in termini più consueti al giurista, la dipendenza causale nella probabilità scientifica deve essere accertata secondo il criterio della cd. adeguatezza, nel senso che essa «... deve essere “qualificata” da ulteriori elementi idonei a tradurre in certezze giuridiche le conclusioni astratte svolte in termini probabilistici» (Cass. civ., Sez. III, 30 ottobre 2009, n. 23059, in *La responsabilità civile*, 2010, p. 606), sottoponendo anche la probabilità scientifica alla regola della probabilità logica.

Antonio Federici

Docente a contratto in Diritto del lavoro nella «Sapienza» Università di Roma

INDICE

ANALITICO-ALFABETICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

APPALTO

Retribuzione – Diritti dei dipendenti degli appaltatori nei confronti dei committenti – Responsabilità solidale tra committente e appaltatore – Pubblica amministrazione – Art. 1, comma 2, e art. 29, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 – Art. 6, legge n. 30/2003 – Applicabilità – Art. 1676 cod. civ. – Controversie di lavoro e previdenza – Lavoro subordinato (Corte d'Appello Trento, Sezione distaccata di Bolzano, 30 novembre 2011, Sez. lav.).

547

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

Art. 2549 cod. civ. – Distinzione dal contratto di lavoro subordinato – Criteri (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.).

526

Art. 2549 cod. civ. – Distinzione dal contratto di lavoro subordinato – Criteri – Valutazione complessiva degli stessi – Necessità (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.).

526

ASSUNZIONI OBBLIGATORIE

Art. 18, comma 2, legge n. 68/1999. – Collocamento mirato – Esclusione dei soggetti non disabili in condizione di svantaggio sociale – Incompatibilità assoluta e oggettiva – Qualificazione professionale – Rifiuto di assunzione – Ammissibilità (Cassazione, 16 maggio 2012, n. 7637, Sez. lav., ord.).

487

Art. 9, legge n. 68/1999 – Collocamento mirato – Presupposti dell'assunzione – Invio del prospetto informativo – Insufficienza – Necessità di una richiesta specifica – Rifiuto di assunzione – Rilevanza in negativo della qualifica o delle mansioni – Ammissibilità (Cassazione, 28 novembre 2011, n. 25048, Sez. lav., ord.).

487

CONDOTTA ANTISINDACALE

Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive delle convenute nonché negazione dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. – Inidoneità dell'art. 19, lett. *b*, Stat. lav. a misurare la forza e l'effettività rappresentatività di un sindacato – Rinvio della questione alla Corte Costituzionale (Tribunale Modena, 4 giugno 2012, Sez. lav., decr.). 445

Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive della convenuta nonché negazione dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. in assenza di firma del contratto applicato nelle stesse unità produttive – Sussiste (Tribunale Larino, 23 aprile 2012, Sez. lav., decr.). 445

Applicazione del contratto collettivo specifico di lavoro di primo livello del 29 dicembre 2010, con il dissenso di Fiom-Cgil, in vigenza del contratto collettivo nazionale di categoria del 2008 sottoscritto anche da Fiom-Cgil – Sussiste – Conseguenze – Applicazione del contratto collettivo nazionale di categoria del 2008 agli iscritti della Fiom-Cgil (Tribunale Larino, 23 aprile 2012, Sez. lav., decr.). 445

Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive della convenuta nonché negazione dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. in assenza di firma del contratto applicato nelle stesse unità produttive – Sussiste (Tribunale di Napoli, 12 aprile 2012, Sez. lav., decr.). 446

Negazione di efficacia e legittimità delle nomine dei dirigenti della Rsa Fiom-Cgil presso le unità produttive della convenuta nonché negazione dell'esercizio dei diritti di cui al Titolo III Stat. lav. in assenza di firma del contratto applicato nelle stesse unità produttive – Sussiste (Tribunale Bologna, 27 marzo 2012, Sez. lav., decr.). 447

Comparto scuola – Contrattazione collettiva integrativa nelle istituzioni scolastiche – Applicazione del d.lgs. n. 150/2009 – Atti di gestione e determinazioni organizzative *ex* art. 5, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 – Mancata consultazione delle organizzazioni sindacali nelle materie di cui all'art. 6, lett. *b*, *i* e *m*, Ccnl scuola 2006/2009 – Antisindacalità della condotta – Sussiste (Tribunale Velletri, 27 settembre 2011, Sez. lav.). 590

CONTRATTO A TERMINE

Clausola di termine nulla – Indennizzo *ex* art. 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Periodo di riferimento – Natura omnicomprendiva (Cassazione, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav.). 493

Divieto di apporre il termine in mancanza di valutazione dei rischi alla sicurezza – Natura – Norma imperativa – <i>Ratio</i> – Onere probatorio del datore di lavoro – Inosservanza – Conseguenze (Cassazione, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav.).	509
Ragioni di carattere sostitutivo – Presupposti nelle situazioni aziendali complesse – Indicazione nominativa dei lavoratori da sostituire – Esclusione – Specificazione delle ragioni della sostituzione – Necessità (Cassazione, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav.).	509
Clausola di termine nulla – Indennizzo <i>ex art.</i> 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Periodo di riferimento (Corte d'Appello Roma, 2 febbraio 2012, n. 267, Sez. lav.).	493
Clausola di termine nulla – Indennizzo <i>ex art.</i> 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Periodo di riferimento (Corte d'Appello Torino, 20 dicembre 2011, n. 1519, Sez. lav.).	494
Somministrazione di lavoro – Conversione, indennità e risarcimento del danno non patrimoniale (Corte d'Appello Brescia, 13 dicembre 2011, Sez. lav.).	536
Divieto di apporre il termine in mancanza di valutazione dei rischi alla sicurezza – Inosservanza – Conseguenze (Tribunale La Spezia, 28 maggio 2012, ord.).	510
Indennizzo <i>ex art.</i> 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Interpretazione conforme alla clausola 8, par. 3 e alla clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – Si somma alle retribuzioni dovute dall'offerta delle prestazioni lavorative (Tribunale Velletri, 1° marzo 2012, Sez. lav.).	494
Indennizzo <i>ex art.</i> 32, comma 5, legge n. 183/2010 – Interpretazione conforme alla clausola 8, par. 3 e alla clausola 4, par. 1, dell'Accordo quadro allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce – Cumulo con le retribuzioni dovute all'offerta delle prestazioni lavorative – Detrazione dell' <i>aliunde perceptum</i> e sospensione dell'offerta di prestazioni (Tribunale Velletri, 1° marzo 2012, Sez. lav.).	494
 CONTRATTO COLLETTIVO	
Contratto specifico di primo livello – Deroga al contratto nazionale <i>ex art.</i> 8 della legge n. 148/2011 – Efficacia sostitutiva dei preesistenti contratti collettivi di categoria – Sussiste (Tribunale Torino, 23 gennaio 2012).	579

CONTROVERSIE DI LAVORO E PREVIDENZA

Cassazione civile – Motivi di ricorso – Vizio di motivazione – Nozione – Potere del giudice di legittimità di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale – Esclusione (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 526

Valutazione della prova – Contenuto di verbali redatti da pubblici ufficiali – Libertà del giudice nel valutarne l'attendibilità – Sussistenza (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 526

Valutazione della prova – Prova testimoniale circa l'esistenza di un contratto – Ammissibilità – Libertà del giudice nel valutarne l'attendibilità – Sussistenza (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 526

DISCRIMINAZIONI

Molestia – Cartello contenente frasi umilianti e offensive – Soggetto non appartenente al gruppo tutelato – Pregresse attività di contrasto alla discriminazione su base razziale o etnica – Discriminazione per associazione – Sussistenza (Tribunale Brescia, 31 gennaio 2012, Sez. III, ord.). 555

Risarcimento del danno da discriminazione a favore della vittima e delle associazioni iscritte all'elenco di cui all'art. 5, d.lgs. n. 215/2003 – Sussistenza – Quantificazione (Tribunale Brescia, 31 gennaio 2012, Sez. III, ord.). 555

LAVORO SUBORDINATO

Art. 35, Cost.; Art. 2094 cod. civ. – Fattispecie – Individuazione – Criteri (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 526

Art. 2094 cod. civ. – Distinzione rispetto a prestazioni lavorative erogate a titolo gratuito – Criteri – Volontà originaria delle parti e modalità concrete di svolgimento del rapporto – Concorso dei due elementi – Finalità ideali e non lucrative – Necessità ai fini della qualificazione del rapporto come gratuito (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 527

Art. 2094 cod. civ. – Distinzione rispetto ad altri rapporti – Difficoltà di individuazione dell'elemento dell'eterodirezione a causa della peculiarità delle mansioni – Ricorso a criteri complementari e sussidiari – Necessità (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 526

Art. 2094 cod. civ. – Potere gerarchico e disciplinare del datore di lavoro – Esistenza – Margini di autonomia, di iniziativa e di discrezionalità del dipendente – Compatibilità (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.). 526

Art. 2094 cod. civ. – Valutazione del giudice di merito circa gli elementi che qualificano un rapporto come lavoro subordinato o altro genere – Censurabilità in Cassazione – Limiti (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.) 526

Procedimento civile – Art. 366, comma 1, n. 6, e art. 369, comma 2, n. 4, cod. proc. civ. – Ricorso per Cassazione – Principio di autosufficienza (Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav.) 527

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Giusta causa – Dirigente – Diritto di azione giudiziaria – Non rilievo disciplinare – Giustificatezza – Esclusione – Diritto di critica – Sussistenza (Cassazione, 23 marzo 2012, n. 4707, Sez. lav.) 518

Art. 669-*duodecies* cod. proc. civ. – Reintegrazione nel posto di lavoro – Accesso ai locali aziendali – Assegnazione nel posto di lavoro (Tribunale Bari, 9 giugno 2011, ord.) 573

PARITÀ DI TRATTAMENTO

Discriminazioni in ragione del sesso – Età pensionabile delle ballerine – Pensione (Tribunale Verona, 15 febbraio 2012, Sez. lav.) 566

Discriminazioni in ragione del sesso – Età pensionabile delle ballerine – Pensione – Disapplicazione da parte del giudice nazionale (Tribunale Verona, 15 febbraio 2012, Sez. lav.) 566

PREVIDENZA

Dipendenti pubblici – Direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitaria di azienda sanitaria – Indennità premio di servizio – Modalità di calcolo – Asserita irragionevole differenza di trattamento previdenziale a favore di una categoria di soggetti rispetto alla generalità dei dipendenti pubblici – Insussistenza – Non fondatezza della questione (Corte Costituzionale, 10 maggio 2012, n. 119) 601

SALUTE

Danni irreversibili da somministrazione di vaccinazione contro il morbillo, la parotite e la rosolia – Diritto all'indennizzo *ex* art. 1 della legge 25 febbraio 1992, n. 210 – Mancata previsione – Questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, legge n. 210 – Fondatezza (Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107) 604

SICUREZZA SOCIALE

- Danni irreversibili da somministrazione di vaccinazione raccomandata contro morbillo, rosolia e parotite – Autismo – Nesso di causalità – Sussiste – Indennizzo *ex art. 1*, legge n. 210/1992 – Spetta (Tribunale Rimini, 15 marzo 2012, n. 148). 604

CRONOLOGICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI**2011**

GIUGNO

- Tribunale Bari, 9 giugno 2011, ord. – Est. Calia – S.M. c. Global Service Spa. 573

SETTEMBRE

- Tribunale Velletri, 27 settembre 2011, Sez. lav. – Est. Marrani – Flc Cgil R.S. (avv. Aiello) c. D.I. (Avv. Stato). 590

NOVEMBRE

- Cassazione, 22 novembre 2011, n. 24619, Sez. lav. – Pres. Stile, Est. Bandini, P.M. Romano (conf.) – Centro sociale Sorgane (avv. Menaldi) c. Inail (avv.ti Pignataro, Catalano). 526

- Cassazione, 28 novembre 2011, n. 25048, Sez. lav., ord. – Pres. Nobile, Est. Balestrieri, P.M. Sepe (conf.) – B.F. (avv.ti Angelini, Mingrino, Fontanazza) c. Gino Spa (avv.ti Magrini, Valentini, Vigna). 487

- Corte d'Appello Trento, Sezione distaccata di Bolzano, 30 novembre 2011, Sez. lav. – Pres. Pichler, Est. Bonell – D.D.Z.I. ed E.K.H. (avv. Lanzinger) c. Commissariato del Governo per la Provincia di Bolzano (Avv. Stato di Trento) e c. Coop. Servizi Società Cooperativa (contumace). 547

DICEMBRE

- Corte d'Appello Brescia, 13 dicembre 2011, Sez. lav. – Pres. Nuovo, Est. Terzi – Fondazione A.P. Onlus (avv. Vassalini) c. R.M. (avv. Pasini). 536

Corte d'Appello Torino, 20 dicembre 2011, n. 1519, Sez. lav. – Pres. Mariani, Est. Pasquarelli – O.G. Srl (avv. Mesiano) c. L.M. (avv. F.M. Romeo). 494

2012

GENNAIO

Tribunale Torino, 23 gennaio 2012 – Est. Denaro – Plastic Components (avv.ti Bonamico, De Luca Tamajo, Dirutigliano, Ropolo) c. Filctem-Cgil (avv.ti Angiolini, Ingegneri, Poli). 579

Tribunale Brescia, 31 gennaio 2012, Sez. III, ord. – Est. Cassia – V.R.G., Asgi, Fondazione Guido Piccini Onlus (avv.ti Guariso, Zucca) c. Sezione cittadina della Lega Nord di Adro (avv. Borasio). 555

FEBBRAIO

Corte d'Appello Roma, 2 febbraio 2012, n. 267, Sez. lav. – Pres. ed Est. Torrice – P.S. (avv. Rizzo) c. Poste Italiane Spa (avv. Fiorillo). 493

Tribunale Verona, 15 febbraio 2012, Sez. lav. – Est. Gesumunno – Consigliera di parità della Provincia di Verona, A.G. (avv. Fanini) c. Fondazione Arena di Verona (avv. Belligoli). 566

MARZO

Tribunale Velletri, 1° marzo 2012, Sez. lav. – Est. Russo – D.G.S. (avv.ti S. e R. Muggia) c. L.P. di C.C. (avv. Barbuscia). 494

Tribunale Rimini, 15 marzo 2012, n. 148 – Est. Ardigò – B.M. (avv. Ventaloro) c. ministero della Salute (Avvocatura distrettuale dello Stato). 604

Cassazione, 23 marzo 2012, n. 4707, Sez. lav. – Pres. Vidiri, Est. Amoruso, P.M. Destro (conf.) – R.U. (avv. Ciccotti) c. Rete Ferroviaria Italiana Spa (avv.ti Morrigo, Cosentino). 518

Tribunale Bologna, 27 marzo 2012, Sez. lav., decr. – Est. Sorgi – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D'Oronzo, Focareta, Piccinini) c. Magneti Marelli Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Di Stasio). 447

APRILE

Cassazione, 2 aprile 2012, n. 5241, Sez. lav. – Pres. Miani Canevari, Est. Mancino, P.M. Matera (diff.) – A.A. (avv. Cogo) c. Poste Italiane Spa (avv. Trifirò). 493, 509

Tribunale di Napoli, 12 aprile 2012, Sez. lav., decr. – Est. Saracino – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D’Oronzo, Focareta, Piccinini) c. Magneti Marelli Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Di Stasio). 446

Tribunale Larino, 23 aprile 2012, Sez. lav., decr. – Est. Aceto – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D’Oronzo, Focareta, Piccinini, Salemme, D’Adamo) c. Fiat Powertrain Technologies Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Di Stasio). 445

Corte Costituzionale, 26 aprile 2012, n. 107 – Pres. Quaranta, Rel. Grossi – C.P. e L.E. c. ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche Sociali e Regione Marche. 604

MAGGIO

Corte Costituzionale, 10 maggio 2012, n. 119 – Pres. Quaranta, Rel. Silvestri – F.R. (avv. R. Russo Valentini) c. Inpdap (avv. D. Marinuzzi). 601

Cassazione, 16 maggio 2012, n. 7637, Sez. lav., ord. – Pres. De Renzis, Est. Di Cerbo, P.M. Servello (conf.) – F.L. (avv. Giorgi) c. Dema Costruzioni Srl (avv. Abati). 487

Tribunale La Spezia, 28 maggio 2012, ord. – Est. Panico – F.B. (avv. A. Vesco, M. Bachini) c. Call & Call La Spezia Srl (avv. Luperi). 509

GIUGNO

Tribunale Modena, 4 giugno 2012, Sez. lav., decr. – Est. Ponterio – Fiom-Cgil (avv.ti Alleva, D’Oronzo, Focareta, Giuliani, Piccinini) c. Case New Holland Italia Spa, Maserati Spa e Ferrari Spa (avv.ti De Luca Tamajo, Amendolito, Dirutigliano, Dondi, Favalli, Gragnoli). 445

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

– art. 2	439, 460, 523, 538, 606
– art. 3	439, 449, 460, 523, 544, 551, 569, 602
– art. 4	455, 571
– art. 11	501
– art. 13	605
– art. 21	518

– art. 24	519, 540
– art. 30	609
– art. 32	460, 605
– art. 35	455, 526, 571
– art. 36	460, 539, 551
– art. 37	571
– art. 38	460
– art. 39	439
– art. 41	455, 523, 538, 551, 574
– art. 76	549, 602
– art. 97	449, 591
– art. 111	502
– art. 114	453
– art. 117	452, 501
– art. 118	453

UNIONE EUROPEA

Trattato di Lisbona	551, 568
---------------------------	----------

Trattato Ce

– art. 13	558
– art. 117	568
– art. 141	568
– art. 226	572
– art. 234	567

Trattato sul funzionamento dell'Ue

– art. 157	568
– art. 258	572
– art. 267	567

Direttiva n. 1976/207/Cee	568
Direttiva n. 1977/187/Cee	552
Direttiva n. 1996/71/Ce	
– considerando 4	553
Direttiva n. 1998/5	
– art. 8	456
Direttiva n. 1999/70/Ce	494, 516
Direttiva n. 2000/43/Ce	
– art. 15	561
Direttiva n. 2000/78/Ce	569
– art. 1	558
– art. 10	560
Direttiva n. 2002/73/Ce	544
Direttiva n. 2006/54/Ce	558, 568

– art. 9 570

Accordo quadro allegato alla Direttiva

n. 1999/70/Ce

– clausola 4 494

– clausola 4.1 508

– clausola 8 494

– clausola 8.3 506

Carta europea dei diritti dell'uomo

– art. 1 538

– art. 6 504, 541

– art. 14 551

– art. 20 569

– art. 21 538, 551, 568

– art. 22 538

– art. 23 568

PRELEGGI

– art. 12 484, 549

– art. 14 484, 546

CODICE CIVILE

– art. 147 609

– art. 421 505

– art. 431 505

– art. 1207 497

– art. 1218 543

– art. 1227 498

– art. 1228 554

– art. 1292 554

– art. 1339 504, 593

– art. 1372 497

– art. 1418 514

– art. 1419 504, 514, 593

– art. 1424 517

– art. 1453 491, 497

– art. 1463 497

– art. 1655 471

– art. 1676 466, 547

– art. 1944 465

– art. 2043 541

– art. 2049 554

– art. 2059	539
– art. 2074	586
– art. 2087	463, 541
– art. 2094	526
– art. 2095	519
– art. 2097	496
– art. 2105	518
– art. 2112	474, 552, 584
– art. 2113	588
– art. 2118	519
– art. 2119	518
– art. 2126	514
– art. 2127	467
– art. 2222	484
– art. 2549	526
– art. 2550	531
– art. 2551	531
– art. 2552	531
– art. 2553	531
– art. 2554	531
– art. 2908	505
– art. 2932	491

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 366	527
– art. 369	527
– art. 414	500
– art. 614- <i>bis</i>	501
– art. 669- <i>duodecies</i>	573
– art. 700	510, 540, 573
– art. 702- <i>bis</i>	556
– art. 730	505
– art. 731	505

CODICE PENALE

– art. 51	522
– art. 610	541

CODICE PROCEDURA PENALE

– art. 219	575
– art. 388	575

LEGGI E DECRETI

legge 23 ottobre 1960, n. 1369	
– art. 1	464
– art. 3	463
– art. 4	463
– art. 5	464
legge del 1963, n. 292	606
legge del 1963, n. 419	606
legge del 1966, n. 51	606
legge 15 luglio 1966, n. 604	
– art. 2	518
– art. 3	521
– art. 6	496
– art. 8	496, 538
legge 8 marzo 1968, n. 152	
– art. 4	602
legge del 1968, n. 482	487
legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 1	518
– art. 7	519
– art. 18	497, 519, 539, 573
– art. 19	431, 580
– art. 20	434
– art. 28	434, 576, 581, 594
– art. 30	434
– art. 36	483
legge del 1981, n. 457	606
legge del 1981, n. 689	609
legge 23 agosto 1988, n. 400	
– art. 17	453
legge 11 maggio 1990, n. 108	576
– art. 3	521
legge del 1990, n. 428	
– art. 47	552
legge del 1991, n. 165	606
legge 25 febbraio 1992, n. 210	
– art. 1	459, 604
– art. 3	610
legge delega 23 ottobre 1992, n. 421	590
– art. 1	450
d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502	
– art. 3- <i>bis</i>	450, 601
d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29	591
d.l. 8 marzo 1994, n. 164	609
d.lgs. del 1994, n. 626	
– art. 4	509

– art. 7	468
legge del 1996, n. 662	
– art. 1	455
legge 17 marzo 1997, n. 59	590
d.lgs. del 1997, n. 182	
– art. 4	566
d.lgs. 4 novembre 1997, n. 396	590
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80	590
d.lgs. del 1998, n. 286	
– art. 44	562
d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387	590
legge 30 novembre 1998, n. 419	
– art. 1	450
– art. 2	450
legge del 1999, n. 68	
– art. 9	487
– art. 18	487
d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229	
– art. 3	450, 602
legge Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 21 luglio 2000, n. 3	
– art. 5	449
legge del 2000, n. 53	560
d.lgs. del 2000, n. 72	
– art. 3	553
d.lgs. del 2001, n. 18	
– art. 1	552
d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165	
– art. 2	591
– art. 5	590
– art. 9	593
– art. 40	590
– art. 43	440
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	546
– art. 1	495, 510
– art. 1- <i>bis</i>	495
– art. 3	510
legge delega del 2003, n. 30	475
– art. 1	481
– art. 2	481
– art. 3	481
– art. 4	481
– art. 5	481
– art. 6	480, 547
d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215	
– art. 2	544, 555
– art. 4	561

– art. 5	555
d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216	
– art. 2	544
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
– art. 1	480, 547
– art. 5	482
– art. 6	550
– art. 20	513
– art. 21	472
– art. 22	546
– art. 23	472
– art. 27	475, 537
– art. 29	463, 547
– art. 76	550
– art. 85	463
legge 25 novembre 2003, n. 339	
– art. 1	455
– art. 2	455
d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251	475
– art. 9	552
legge 1° marzo 2006, n. 67	
– art. 2	544
d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163	
– art. 2	551
– art. 5	482
– art. 118	482, 551
d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198	
– art. 26	544
– art. 37	563
– art. 38	567
d.l. 4 luglio 2006, n. 223	475
legge 4 agosto 2006, n. 248	
– art. 35	475
legge del 2006, n. 296	468
– art. 1	476, 549
legge Regione Veneto del 2007, n. 7	607
d.d.l. del 2007, n. 1405	
– art. 3	531
d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81	
– art. 26	468
d.l. del 2008, n. 97	477
d.l. 25 giugno 2008, n. 112	574
– art. 71	460
legge 2 agosto 2008, n. 129	
– art. 3	477
legge 6 agosto 2008, n. 133	489, 574, 591
– art. 1	460

legge Regione Friuli-Venezia Giulia	
29 aprile 2009, n. 9	
– art. 10	452
– art. 26	452
legge delega, 4 marzo 2009, n. 15	
d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150	590
– art. 34	598
– art. 54	592
– art. 65	590
d.l. del 2010, n. 64	
– art. 3	566
d.l. del 2010, n. 78	
– art. 9	595
legge del 2010, n. 100	
legge del 2010, n. 122	
legge 4 novembre 2010, n. 183	
– art. 32	493, 511, 536
d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207	
legge Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 17 maggio 2011, n. 4	
– art. 4	449
d.l. 6 luglio 2011, n. 98	
– art. 16	453
legge 15 luglio 2011, n. 111	
d.l. del 2011, n. 138	
– art. 8	438, 479, 580
d.lgs. 1° agosto 2011, n. 141	
– art. 5	590
legge Regione Friuli-Venezia Giulia	
11 agosto 2011, n. 11	
– art. 10	453
legge del 2011, n. 148	
– art. 8	437, 479, 579
d.lgs. del 2011, n. 150	
d.l. 6 dicembre 2011, n. 201	
– art. 21	602
– art. 24	572
legge del 2011, n. 214	
d.l. 9 febbraio 2012, n. 5	
– art. 21	477
legge 4 aprile 2012, n. 35	
legge 28 giugno 2012, n. 92	
– art. 1	495, 515, 532
– art. 4	477

ACCORDI SINDACALI

Accordo interconfederale del 28 giugno 2011	437, 580
Ccnl assologista del 26 gennaio 2011 ..	479
Ccnl dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi	
– art. 19	519
– art. 20	519
– art. 21	519
– art. 22	519
– art. 23	519
Ccnl gomma-plastica	582
Ccnl unitario metalmeccanici 2008	431, 581
Ccnl separato metalmeccanici 2008	431
Ccnl separato metalmeccanici 2009	581
Ccsl metalmeccanici Fiat 29 dicembre 2010	431, 581
Ccnl scuola 2006/2009	
– art. 6	590

CIRCOLARI MINISTERIALI

Circolare ministero dell'Istruzione, dipartimento della Funzione pubblica, 13 maggio 2010, n. 7	599
Circolare ministero dell'Istruzione, dipartimento della Funzione pubblica, 5 aprile 2011, n. 7	599
Circolare ministero del Lavoro del 4 lu- glio 2012, n. 16	485
Circolare ministero del Lavoro dell'11 luglio 2012, n. 17	485

Finito di stampare
nel mese di ottobre 2012
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 - Roma