

GIURISPRUDENZA

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE LUGLIO - SETTEMBRE 2006

RAPPORTO DI LAVORO (a cura di Massimo Pallini)

SOMMARIO: 1. Giustificata diversità di trattamento retributivo tra personale giudiziario con rapporto pubblicistico e quello con rapporto privatistico. — 2. Legittimità dei criteri di selezione concorsuale degli insegnanti di religione. — 3. Riserva della contrattazione collettiva in merito alla disciplina del trattamento economico dei dipendenti pubblici.

1. — *Giustificata diversità di trattamento retributivo tra personale giudiziario con rapporto pubblicistico e quello con rapporto privatistico* — Il Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sezione di Lecce, ha sollevato, con riferimento agli artt. 3 e 36 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27, nella parte in cui esclude la corresponsione ai magistrati della cd. «indennità giudiziaria» durante il periodo di congedo straordinario per malattia. La Corte ha ritenuto la questione infondata (1). In merito alla lamentata violazione dell'art. 3 Cost. per ingiustificata disparità di trattamento tra magistrati e impiegati amministrativi delle cancellerie e delle segreterie giudiziarie, ai quali invece l'indennità è riconosciuta anche nel periodo di malattia, la Corte ha escluso la possibilità di istituire un simile raffronto a causa della mancanza di omogeneità tra le due categorie di dipendenti alla luce dei diversi regimi giuridici applicati (per i magistrati ancora integralmente pubblicistico) e del diverso meccanismo di determinazione dei rispettivi trattamenti retributivi (cfr., nel medesimo senso, sentenza n. 15 del 1995; ord. n. 167 e n. 33 del 1996, n. 451 e n. 98 del 1995). La Corte non ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 Cost. neppure per il fatto che la norma censurata comporta l'in-

(1) Corte Cost., sentenza 3-14 luglio 2006, n.287 – Pres. Bile, Red. Mazzella: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 della legge 19 febbraio 1981, n. 27 (Provvidenze per il personale di magistratura), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 36 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sezione di Lecce, con l'ordinanza indicata in epigrafe.*

tegrale decurtazione dell'indennità per il primo giorno di malattia, mentre – in virtù dell'art. 40, comma 1, del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 – le altre componenti retributive per quello stesso giorno vengono decurtate solo di un terzo. Ad avviso del giudice delle leggi la diversa entità della decurtazione che subisce l'indennità giudiziaria non vale a rendere irragionevole la disciplina dell'emolumento dettata dall'art. 3 della legge n. 27 del 1981, rientrando nella discrezionalità del legislatore la determinazione dell'ammontare del trattamento complessivamente assicurato al magistrato durante il primo giorno di assenza per malattia, nel rispetto del limite minimo stabilito dall'art. 38, comma 2, Cost. Né assumerebbe rilevanza la circostanza che la decurtazione dell'indennità giudiziaria sarebbe collegata a una causa (la malattia) non imputabile al magistrato perché la Costituzione non impone di attribuire al dipendente assente per malattia lo stesso trattamento economico di cui gode in costanza di attività lavorativa, essendo sufficiente che al lavoratore siano assicurati mezzi adeguati anche durante il periodo di malattia. La Corte ha poi ritenuto che non sussiste neppure la denunciata violazione dell'art. 36 Cost., giacché, al fine di verificare la legittimità delle norme in tema di trattamento economico dei lavoratori dipendenti in relazione al disposto dell'art. 36 (e, in particolare, la conformità della retribuzione ai requisiti costituzionali della proporzionalità e della sufficienza), occorre far riferimento non già alle singole componenti di quel trattamento, ma alla retribuzione nel suo complesso (v., tra le più recenti affermazioni di un simile principio, sentenze n. 470 del 2002 e n. 164 del 1994; ord. n. 33 del 1996 e n. 98 del 1995).

2. — *Legittimità dei criteri di selezione concorsuale degli insegnanti di religione* — Il Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sezione staccata di Lecce, con due distinte ordinanze (r.o. n. 216 e 217 del 2005), ha sollevato – in riferimento agli artt. 3, 4, 51 e 97 Cost. – questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, della legge 18 luglio 2003, n. 186 (Norme sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado). La disposizione impugnata stabilisce che il primo concorso per l'accesso in ruolo degli insegnanti di religione cattolica è riservato esclusivamente a coloro che hanno «prestato continuativamente servizio per almeno quattro anni nel corso degli ultimi dieci anni» e sono in possesso di altri requisiti. Il giudice remittente ha censurato la norma, rispetto ai parametri costituzionali suddetti, nella parte in cui è richiesto il servizio di in-

segnamento prestato in maniera continuativa per un quadriennio nell'ultimo decennio e non il servizio di durata quadriennale, comunque prestato nello stesso periodo. La Corte ha ritenuto la questione infondata (2). La norma impugnata si inserisce, quale disposizione transitoria, nella legge n. 186 del 2003, con la quale lo Stato ha realizzato l'intento di «dare una nuova disciplina dello stato giuridico degli insegnanti di religione»; intento manifestato nel preambolo dell'Intesa, intervenuta il 14 dicembre 1985 tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche, resa esecutiva dal decreto del Presidente della Repubblica 16 dicembre 1985, n. 751 (Esecuzione dell'intesa tra l'autorità scolastica italiana e la Conferenza episcopale italiana per l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche). Tale legge ha istituito i ruoli degli insegnanti di religione cattolica, assicurando la stabilità del rapporto di servizio del docente, prima regolato mediante incarichi annuali. Ad avviso della Consulta, nel valutare la conformità a Costituzione della norma impugnata occorre tener conto di questo suo carattere eccezionale rispetto al contesto normativo in cui è inserita. Essa, infatti, disciplina il primo inquadramento in ruolo di una categoria di insegnanti che ha operato tradizionalmente con un rapporto di servizio costituito mediante incarico annuale, e non in base a concorso. Solo in virtù di tale carattere eccezionale la norma in questione – ad avviso della Corte – sfugge al dubbio di costituzionalità, che deriva dalla riserva di tutti i posti ai soli incaricati annuali che la stessa norma ammette al concorso (sentenza n. 205 del 2004). Secondo il costante orientamento della Consulta la scelta di introdurre norme del genere «è espressione di discrezionalità legislativa, non censurabile sotto il profilo del principio di parità di trattamento di cui all'art. 3 Cost., se non esercitata in modo palesemente irragionevole» (sentenze n. 136 e n. 35 del 2004, n. 208 del 2002; ord. n. 168 del 2001). I tre criteri prescelti nel caso in esame (il quadriennio, l'ambito dell'ultimo decennio e la continuità) sono stati ritenuti dal giudice delle leggi tra di loro congruenti e, nell'insieme, non palesemente irragionevoli. Il legislatore – nell'ambito

(2) Corte Cost., sentenza 5-20 luglio 2006, n.297 – Pres. Bile, Red. Cassese: *dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 5, comma 1, della legge 18 luglio 2003, n. 186 (Norme sullo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado), sollevata, in riferimento agli articoli 3, 4, 51 e 97 della Costituzione, dal Tribunale amministrativo regionale della Puglia, Sezione staccata di Lecce, con le ordinanze indicate in epigrafe.*

delle possibilità di scelta compatibili con i principi costituzionali – avrebbe ritenuto che l'espletamento continuativo, nell'ultimo decennio, per quattro anni, dell'insegnamento della religione cattolica costituirebbe indice di una più sicura professionalità e, su tale base, ha delimitato l'accesso al concorso per la copertura dei primi posti nel ruolo organico dei docenti in argomento (analogamente sentenza n. 412 del 1988).

3. — *Riserva della contrattazione collettiva in merito alla disciplina del trattamento economico dei dipendenti pubblici* — Il Tribunale di Marsala ha sollevato, «in relazione all'art. 1, comma 3, del decreto legislativo n. 165/2001, e all'art. 2, comma 1, lett. a, della legge 23 ottobre 1992, n. 421», questione di legittimità costituzionale dell'art. 39, comma 9, della legge della Regione siciliana 15 maggio 2000, n. 10 (Norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione siciliana. Conferimento di funzioni e compiti agli enti locali. Istituzione dello Sportello unico per le attività produttive. Disposizioni in materia di protezione civile. Norme in materia di pensionamento). Secondo il giudice rimettente, la norma regionale censurata, intervenendo in materia di trattamento economico di dipendenti di pubbliche amministrazioni, violerebbe la norma fondamentale di riforma economico-sociale della Repubblica secondo la quale la contrattazione collettiva costituisce metodo di disciplina del rapporto di pubblico impiego. La Corte ha ritenuto la questione fondata (3). La Corte ha preliminarmente rilevato che l'art. 1, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, dispone che «i principi desumibili dall'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, e successive modificazioni, e dall'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59, e successive modificazioni e integrazioni, costituiscono altresì, per le Regioni a Statuto speciale e per le Province autonome di Trento e di Bolzano, norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica». In particolare, l'art. 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale), ha im-

(3) Corte Cost., sentenza 5-20 luglio 2006, n.308 – Pres. Bile, Red. Mazzella: *dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, comma 9, della legge della Regione siciliana 15 maggio 2000, n. 10 (Norme sulla dirigenza e sui rapporti di impiego e di lavoro alle dipendenze della Regione siciliana. Conferimento di funzioni e compiti agli enti locali. Istituzione dello Sportello unico per le attività produttive. Disposizioni in materia di protezione civile. Norme in materia di pensionamento).*

posto al legislatore delegato di prevedere, «salvi i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti di cui agli articoli 1, comma 1, e 26, comma 1, della legge 29 marzo 1983, n. 93, siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e collettivi» (lettera *a*), e di «procedere alla abrogazione delle disposizioni che prevedono automatismi che influenzano il trattamento economico fondamentale e accessorio, e di quelle che prevedono trattamenti economici accessori, settoriali, comunque denominati, a favore di pubblici dipendenti sostituendole contemporaneamente con corrispondenti disposizioni di accordi contrattuali» (lettera *o*). Secondo la Corte Cost., dunque, dalla legge n. 421 del 1992 può trarsi il principio della regolazione mediante contratti collettivi del trattamento economico dei dipendenti pubblici; conformemente il legislatore delegato ha ribadito che quel trattamento è materia di contrattazione collettiva (cfr. artt. 2, comma 3, terzo e quarto periodo, e 45, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001). Pertanto, rilevato che la norma censurata è stata emanata in epoca anteriore alla riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione e che le norme fondamentali di riforma economico-sociale costituiscono un limite all'esercizio di qualunque tipo di potestà legislativa della Regione siciliana (v. sentenze n. 314 del 2003, n. 4 del 2000, n. 153 del 1995), la Corte ha concluso per l'illegittimità costituzionale della legge regionale n. 10 del 2000, poiché, concorrendo alla disciplina del trattamento economico del personale degli enti locali, viola il principio della disciplina di quel trattamento per mezzo di contratti.

SICUREZZA SOCIALE
(a cura di Lorenzo Fassina)

SOMMARIO: 1. Pignorabilità delle pensioni dei giornalisti. — 2. Reversibilità della pensione indiretta di guerra.

1. — *Pignorabilità delle pensioni dei giornalisti* — Anche le pensioni dei giornalisti, erogate dall'I.N.P.G.I., possono essere pignorate, a condizione però che sia mantenuta quella parte del reddito necessaria a garantire la sopravvivenza al pensionato. La Corte ha quindi accolto, con sentenza n. 256/2006 (1), la questione sottoposta dal Tribunale di Roma nella parte in cui la norma (art. 1 della legge n. 1122/1955) esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare della pensione erogata dall'I.N.P.G.I. A giudizio della Corte, come per altri trattamenti pensionistici la cui totale impignorabilità era già stata dichiarata incostituzionale (vedi, per tutte, Corte Cost. 4 dicembre 2002, n. 506, in *FI*, 2003, I, 2554), la norma impugnata avrebbe dovuto prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola quota della pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita, e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.

2. — *Reversibilità della pensione indiretta di guerra* — Anche il vedovo ha diritto alla reversibilità della pensione indiretta di guerra. La Corte

(1) Corte Cost. 4 luglio 2006, n. 256 – Pres. Marini, Red. Vaccarella:
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 9 novembre 1955, n. 1122 (Disposizioni varie per la previdenza e assistenza sociale attuate dall'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani «Giovanni Amendola»), nella parte in cui esclude la pignorabilità per ogni credito dell'intero ammontare della pensione erogata dall'Istituto nazionale di previdenza dei giornalisti italiani «Giovanni Amendola», anziché prevedere l'impignorabilità, con le eccezioni previste dalla legge per crediti qualificati, della sola parte della pensione necessaria per assicurare al pensionato mezzi adeguati alle esigenze di vita e la pignorabilità nei limiti del quinto della residua parte.

Costituzionale, con sentenza n. 311/2006 (2), ha accolto la questione sollevata dalla Corte dei Conti della Liguria nella parte in cui la norma non prevedeva il vedovo quale soggetto di diritto alla pensione indiretta di guerra (art. 55 della legge 10 agosto 1950, n. 648). La disposizione censurata contrasterebbe con l'articolo 3 della Costituzione poiché, secondo quanto previsto dalla sentenza costituzionale n. 9 del 1980 in relazione al diritto alla pensione di reversibilità di guerra, «l'esclusione del vedovo dal diritto a pensione indiretta di guerra non è in alcun modo giustificata dalla condizione di soggetto maschio, diversa rispetto alla simmetrica condizione della vedova del militare o del civile, titolare del diritto a pensione a norma dell'articolo 55 della legge n. 648/50». Tali rilievi sono stati pienamente accolti dalla Corte, la quale ha chiarito che, alla luce della sentenza n. 9/1980 (in q. *Riv.*, 1980, III, p. 218) «non si giustifica il peggiore trattamento riservato al vedovo dalla disposizione denunciata in base alla sola diversità di sesso, posto che la pensione indiretta di guerra – rispetto a quella di reversibilità, che si acquisisce a titolo derivativo – è diritto che, al pari della pensione diretta (della quale condivide la natura risarcitoria), spetta a titolo originario, in base al vincolo familiare».

(2) Corte Cost. 27 luglio 2006, n. 311 – Pres. Bile, Red. Maddalena:
dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 55 della legge 10 agosto 1950, n. 648 (Riordinamento delle disposizioni sulle pensioni di guerra), nella parte in cui non prevede il vedovo quale soggetto di diritto alla pensione indiretta di guerra.

RAPPORTO DI LAVORO

I

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 4 luglio 2006, causa n. 212/04, Grande Sezione – Pres. V. Skouris, Rel. R. Schintgen, Avv. Gen. J. Kokott – Konstantinos Adeneler e a. c. Ellinikos Organismos Galaktos (EL.O.G.). (*)

Contratto a termine – Direttiva n. 1999/70/Ce – Ragioni obiettive per il rinnovo di contratti a termine – Circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività – Insussistenza – Incompatibilità con lo scopo e l’obiettivo dell’Accordo quadro.

Contratto a termine – Direttiva n. 1999/70/Ce – Contratti di lavoro successivi – Intervallo di lasso temporale minimo non superiore a 20 giorni – Compromette l’effettività dell’Accordo quadro.

Contratto a termine – Direttiva n. 1999/70/Ce – Misure di prevenzione degli abusi – Inapplicabilità della sanzione della conversione nel settore pubblico – Nessuna previsione sanzionatoria alternativa – Violazione dei principi di equivalenza e di effettività – Sussistenza.

La clausola 5, n. 1, lett. a, dell’Accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all’utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di ragioni obiettive ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, previsti dalla nor-

(*) Sulle tre sentenze che qui si pubblicano vedi in questo stesso fascicolo nella sezione *Dottrina* anche il saggio di Luigi Menghini, pp. 695 ss.

mativa nazionale, sia giustificato dall'esigenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio. (1)

La clausola 5 dell'Accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, secondo cui soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a venti giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi della detta clausola. (2)

L'Accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare bisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi. (3)

II

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 7 settembre 2006, causa n. 53/04, Seconda Sezione – Pres. C. W. A. Timmermans, Rel. R. Schintgen, Avv. Gen. M. Poiares Maduro – Cristiano Marrosu, Gianluca Sardino c. Azienda ospedaliera Ospedale di San Martino di Genova e cliniche universitarie convenzionate. (**)

III

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 7 settembre 2006, causa n. 180/04, Seconda Sezione – Pres. C. W. A. Timmermans, Rel. R. Schintgen, Avv. Gen. M. Poiares Maduro – Andrea Vassallo c. Azienda ospedaliera Ospedale di San Martino di Genova e cliniche universitarie convenzionate. (**)

Contratto a termine – Direttiva n. 1999/70/Ce – Clausole 1, lett. b, e 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato – Costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme che disciplinano i contratti a tem-

(**) La massima 4 che segue si riferisce a due sentenze riguardanti la medesima situazione in fatto e recanti le stesse motivazioni in diritto. Se ne pubblica quindi il testo in versione unitaria.

po determinato stipulati in successione – Possibilità di deroga per i contratti di lavoro conclusi con una pubblica amministrazione.

L'Accordo quadro deve essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi ultimi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per quanto riguarda i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata a evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico. (4)

I

(*Omissis*) 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle clausole 1 e 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo: l'«Accordo quadro») che figura in allegato alla Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce, relativa all'Accordo quadro C.E.S., U.N.I.C.E. e C.E.E.P. sul lavoro a tempo determinato (*GUCE* L 175, p. 43), nonché sull'estensione dell'obbligo di interpretazione conforme imposto ai giudici degli Stati membri.

2. Tale domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il sig. Adeneler e altri 17 dipendenti e il loro datore di lavoro, l'Ellinikos Organismos Galaktos (Ente ellenico del latte; in prosieguo: l'«EL.O.G.»), avente a oggetto il mancato rinnovo dei contratti di lavoro a tempo determinato che li vincolavano a quest'ultimo.

Contesto normativo

La normativa comunitaria

(*Omissis*)

La normativa nazionale

(*Omissis*)

La causa principale e le questioni pregiudiziali

26. I ricorrenti nella causa principale hanno pertanto adito il Monomeles Protodikeio Thessalonikis al fine di far dichiarare che i contratti controversi devono essere considerati come contratti di lavoro a

tempo indeterminato, in conformità all'Accordo quadro. A tale effetto essi rilevano di aver fornito all'EL.O.G. prestazioni regolari corrispondenti a «fabbisogni permanenti e durevoli», ai sensi della normativa nazionale, di sorta che la conclusione successiva di contratti di lavoro a tempo determinato con il loro datore di lavoro era abusiva, poiché nessuna ragione obiettiva giustificava il divieto, previsto nell'art. 21, n. 2, della legge n. 2190/1994, di trasformare i rapporti di lavoro controversi in contratti di lavoro a tempo indeterminato.

(*Omissis*)

32. In tale contesto, il Monomeles Protodikeio Thessalonikis ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali, nella versione rettificata dalla decisione di quest'ultimo in data 5 luglio 2004:

«(*Omissis*) 2) Se la clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro (*Omissis*) debba essere interpretata nel senso che una ragione obiettiva per il ripetuto rinnovo o per la conclusione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi, al di là dei motivi che dipendono dalla natura, dal tipo, dalle caratteristiche del lavoro prestato e da altre ragioni analoghe, sia rappresentata dal semplice fatto che la stipulazione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare;

3) a) Se una disposizione nazionale come l'art. 5, n. 4, del decreto presidenziale n. 81/2003, la quale precisa che contratti di lavoro successivi sono quelli stipulati tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore con condizioni di lavoro identiche o simili e intervallati da un lasso temporale non superiore a 20 giorni, sia conforme alla clausola 5, nn. 1 e 2, dell'Accordo quadro (*Omissis*).

b) Se la clausola 5, nn. 1 e 2, dell'Accordo quadro (*Omissis*) possa essere interpretata nel senso che la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra il lavoratore e il suo datore di lavoro possa presumersi soltanto quando sia soddisfatta la condizione stabilita dalla disposizione di diritto interno di cui all'art. 5, n. 4, del decreto presidenziale n. 81/2003;

4) Se il divieto di conversione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi in contratti a tempo indeterminato, previsto dalla disposizione di diritto interno di cui all'art. 21 della legge n. 2190/1994, sia compatibile con il principio dell'effettività del diritto comunitario e con la finalità del combinato disposto dalle clausole 5, nn. 1 e 2, e 1 dell'Accordo quadro (*Omissis*), qualora tali contratti vengano sì stipula-

ti a tempo determinato per soddisfare un bisogno straordinario o stagionale del datore di lavoro, ma con il fine di far fronte a un suo fabbisogno permanente e durevole».

(Omissis)

Sulle questioni pregiudiziali

(Omissis)

Sulla seconda questione

58. Tale questione riguarda l'interpretazione della nozione «ragioni obiettive» le quali, ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro, giustificano il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

59. In tale contesto il giudice del rinvio chiede più in particolare se, come nel caso di una disciplina nazionale quale quella che figura nell'art. 5, n. 1, lett. *a*, del decreto presidenziale n. 81/2003, nella sua versione iniziale, una siffatta ragione obiettiva possa essere rappresentata dalla sola circostanza che la conclusione di un contratto a tempo determinato sia prevista da una disposizione legislativa o regolamentare di uno Stato membro.

(Omissis)

61. Al riguardo, l'Accordo quadro parte dalla premessa secondo la quale i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro, pur riconoscendo che i contratti di lavoro a tempo determinato rappresentano una caratteristica dell'impiego in alcuni settori e per determinate occupazioni e attività (v. nn. 6 e 8 delle considerazioni generali dell'Accordo quadro).

62. Di conseguenza, il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori (v. sentenza Mangold, cit., punto 64), mentre soltanto in alcune circostanze i contratti di lavoro a tempo determinato sono atti a rispondere alle esigenze sia dei datori di lavoro sia dei lavoratori (v. comma 2 del preambolo e n. 8 delle considerazioni generali dell'Accordo quadro).

63. In tale ottica l'Accordo quadro intende delimitare il ripetuto ricorso a quest'ultima categoria di rapporti di lavoro, considerata come potenziale fonte di abuso a danno dei lavoratori, prevedendo un certo numero di disposizioni di tutela minima volte a evitare la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti.

64. Così, la clausola 5, n. 1, dell'Accordo quadro è volta specificamente a «prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».

65. A tal fine la detta clausola impone agli Stati membri l'obbligo di introdurre nel loro ordinamento giuridico una o più delle misure elencate nel suo n. 1, lett. da *a* a *c*, qualora non siano già in vigore nello Stato membro interessato disposizioni normative equivalenti volte a prevenire in modo effettivo l'utilizzazione abusiva di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

66. Tra le dette misure la clausola 5, n. 1, lett. *a*, prevede le «ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti».

(*Omissis*)

68. (*Omissis*) Pur se gli Stati membri beneficiano pertanto di un potere discrezionale in materia, non di meno essi restano tenuti a garantire il risultato imposto da diritto comunitario, così come risulta non solo dall'art. 249, comma 3, Ce, ma altresì dall'art. 2, comma 1, della Direttiva n. 1999/70/Ce, letto alla luce del diciassettesimo «considerando» di quest'ultima.

69. Tenuto conto di quanto sopra, la nozione di «ragioni obiettive», ai sensi della clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro deve essere intesa nel senso che si riferisce a circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività e, pertanto, tali da giustificare in tale particolare contesto l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

70. Tali circostanze possono risultare segnatamente dalla particolare natura delle funzioni per l'espletamento delle quali siffatti contratti sono stati conclusi e dalle caratteristiche inerenti a queste ultime o, eventualmente, dal perseguimento di una legittima finalità di politica sociale di uno Stato membro.

71. Di contro, una disposizione nazionale che si limitasse ad autorizzare, in modo generale e astratto attraverso una norma legislativa o regolamentare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, non soddisferebbe i requisiti precisati nei due punti precedenti.

72. Infatti, una siffatta disposizione, di natura meramente formale e che non giustifica in modo specifico l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi con l'esistenza di fattori oggettivi relativi alle caratteristiche dell'attività interessata e alle condizioni del suo esercizio, comporta un rischio concreto di determinare un ricorso abusivo a tale tipo di contratti e non è pertanto compatibile con lo scopo e l'effettività dell'Accordo quadro.

73. Così, il fatto di ammettere che una disposizione nazionale possa, di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi equivarrebbe a ignorare la finalità dell'Accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro.

74. Più in particolare, il ricorso a contratti di lavoro a tempo determinato sulla sola base di una disposizione legislativa o regolamentare di carattere generale, senza relazione con il contenuto concreto dell'attività considerata, non consente di stabilire criteri oggettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente a un'esigenza reale e sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e necessario a tale effetto.

75. Di conseguenza, alla seconda questione si deve rispondere che la clausola 5, n. 1, lett. *a*, dell'Accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro. Al contrario, la nozione di «ragioni obiettive» ai sensi della detta clausola esige che il ricorso a questo tipo particolare di rapporti di lavoro, quale previsto dalla normativa nazionale, sia giustificato dall'esistenza di elementi concreti relativi in particolare all'attività di cui trattasi e alle condizioni del suo esercizio.

Sulla terza questione

76. Con la sua terza questione, suddivisa in due parti strettamente connesse tra loro e che è opportuno, pertanto, esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio intende ottenere precisazioni sulla nozione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato «successivi», ai sensi della clausola 5 dell'Accordo quadro.

(Omissis)

82. Anche se un siffatto rinvio alle autorità nazionali per la definizione delle modalità concrete di applicazione dei termini «successivi» e «a tempo indeterminato» ai sensi dell'Accordo quadro si spiega con la volontà di salvaguardare la diversità delle normative nazionali in materia, è comunque importante ricordare che il potere discrezionale così lasciato agli Stati membri non è illimitato, poiché esso non può in alcun caso arrivare a pregiudicare lo scopo o l'effettività dell'Accordo quadro

(v. punto 68 della presente sentenza). In particolare, tale potere discrezionale non deve essere esercitato dalle autorità nazionali in modo tale da condurre a una situazione che possa generare abusi e pertanto ostacolare il detto obiettivo.

83. Una siffatta interpretazione si impone in particolare con riferimento a una nozione chiave, quale quella del carattere successivo dei rapporti di lavoro, che è determinante per la definizione del campo di applicazione altresì delle disposizioni nazionali volte ad attuare l'Accordo quadro.

84. Orbene, si deve constatare al riguardo che una disposizione nazionale che consideri successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi dev'essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'Accordo quadro.

85. Infatti, come hanno rilevato sia il giudice del rinvio sia la Commissione, nonché l'Avvocato Generale nei paragrafi 67-69 delle sue conclusioni, una definizione così rigida e restrittiva del carattere successivo di diversi contratti di lavoro che si susseguono consentirebbe di assumere lavoratori in modo precario per anni, poiché, nella pratica, il lavoratore non avrebbe nella maggior parte dei casi altra scelta che quella di accettare interruzioni dell'ordine di 20 giorni lavorativi nel contesto di una serie di contratti con il suo datore di lavoro.

86. Inoltre, una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale rischia di avere non solo l'effetto di escludere di fatto un gran numero di rapporti di lavoro a tempo determinato dal beneficio della tutela dei lavoratori perseguito dalla Direttiva n. 1999/70/Ce e dall'Accordo quadro, svuotando di gran parte del suo significato l'obiettivo perseguito da questi ultimi, ma altresì quello di permettere l'utilizzazione abusiva di siffatti rapporti da parte dei datori di lavoro.

(Omissis)

88. Al datore di lavoro sarebbe quindi sufficiente, al termine di ogni contratto di lavoro a tempo determinato, lasciare trascorrere un periodo di soli 21 giorni lavorativi prima di stipulare un altro contratto della stessa natura per escludere automaticamente la trasformazione dei contratti successivi in un rapporto di lavoro più stabile, e ciò indipendentemente sia dal numero di anni durante i quali il lavoratore interessato è stato occupato per lo stesso impiego, sia dalla circostanza che i detti contratti soddisfino fabbisogni non limitati nel tempo, ma al contrario «permanenti e durevoli». Pertanto, la tutela dei lavoratori contro l'utilizzazione

abusiva dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, che costituisce la finalità della clausola 5 dell'Accordo quadro, viene rimessa in discussione.

89. Tenuto conto delle argomentazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione che la clausola 5 dell'Accordo quadro deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale, quale quella controversa nella causa principale, la quale stabilisce che soltanto i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato non separati gli uni dagli altri da un lasso temporale superiore a 20 giorni lavorativi devono essere considerati «successivi» ai sensi della detta clausola.

Sulla quarta questione

91. In primo luogo si deve rilevare al riguardo che l'Accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione in contratti a tempo indeterminato dei contratti di lavoro a tempo determinato, così come esso nemmeno stabilisce le condizioni precise alle quali si può fare uso di questi ultimi.

92. Tuttavia esso impone agli Stati membri di adottare almeno una delle misure elencate nella clausola 5, n. 1, lett. da *a* a *c*, dell'Accordo quadro, che sono dirette a prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi.

93. Inoltre gli Stati membri sono tenuti, nell'ambito della libertà che viene loro lasciata dall'art. 249, comma 3, Ce, a scegliere le forme e i mezzi più idonei al fine di garantire l'efficacia pratica delle direttive (v. sentenze 8 aprile 1976, causa 48/75, Royer, *Racc.*, p. 497, punto 75, e 12 settembre 1996, cause riunite C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 e C-157/95, Gallotti e a., *Racc.*, p. I-4345, punto 14).

94. Pertanto, quando, come nel caso di specie, il diritto comunitario non prevede sanzioni specifiche nel caso in cui sono stati comunque accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte a una siffatta situazione; misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'Accordo quadro.

95. Anche se le modalità di attuazione di siffatte norme rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, esse non devono tut-

tavia essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, *Racc.*, p. I-4599, punto 12, e giurisprudenza *ivi cit.*).

(Omissis)

100. Infine, non è stato sostenuto dinanzi alla Corte che, nel settore pubblico, sarebbe esistita nel diritto ellenico, per lo meno sino all'entrata in vigore del decreto presidenziale n. 164/2004, una qualsiasi misura volta a evitare e a sanzionare in modo adeguato l'utilizzazione abusiva di contratti di lavoro a tempo determinato successivi.

101. Orbene, come è stato già esposto nei punti 91-95 della presente sentenza, l'Accordo quadro non stabilisce un obbligo generale degli Stati membri di prevedere la trasformazione dei contratti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ma il n. 1 della sua clausola 5 impone l'adozione effettiva e vincolante di almeno una delle misure elencate in tale disposizione e volte a prevenire l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, allorché il diritto nazionale non preveda già misure equivalenti.

102. Peraltro, quando una siffatta utilizzazione abusiva abbia comunque avuto luogo, una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela del lavoratore deve poter essere applicata al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario. Infatti, secondo i termini stessi dell'art. 2, comma 1, della Direttiva n. 1999/70/Ce, gli Stati membri devono «prendere tutte le disposizioni necessarie per essere sempre in grado di garantire i risultati prescritti dalla [detta] Direttiva».

103. La Corte non è competente per pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, spettando tale compito esclusivamente al giudice del rinvio, che deve nel caso di specie stabilire se gli obblighi ricordati al punto precedente siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale rilevante.

104. Se il detto giudice dovesse riscontrare che ciò non si verifica, si dovrebbe concludere che l'Accordo quadro osta all'applicazione di tale normativa nazionale.

105. Alla quarta questione si deve di conseguenza rispondere che, in circostanze quali quelle di cui alla causa principale, l'Accordo quadro deve essere interpretato nel senso che, qualora l'ordinamento giu-

ridico interno dello Stato membro interessato non preveda, nel settore considerato, altra misura effettiva per evitare e, nel caso, sanzionare l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, l'Accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare «fabbisogni permanenti e durevoli» del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi.

(Omissis)

II-III

(Omissis) 1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle clausole 1, lett. *b*, e 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 (in prosieguo: l'«Accordo quadro»), che figura in allegato alla Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce, relativa all'Accordo quadro C.E.S., U.N.I.C.E. e C.E.E.P. sul lavoro a tempo determinato (*GUCE* L 175, p. 43).

(Omissis)

Causa principale e questione pregiudiziale

(Omissis)

20. I ricorrenti nella causa principale hanno impugnato l'atto di licenziamento dinanzi al Tribunale di Genova, chiedendo a quest'ultimo, da un lato, di dichiarare, in applicazione del d.lgs. n. 368/2001, la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'azienda ospedaliera, decorrente dalla data d'inizio dei primi rapporti di lavoro in corso al momento dell'entrata in vigore di tale decreto legislativo, e, dall'altro, di condannare tale azienda al pagamento delle retribuzioni dovute e al risarcimento del danno subito.

(Omissis)

24. Il giudice del rinvio si interroga sulla compatibilità dell'art. 36, comma 2, prima frase, del d.lgs. n. 165/2001 con il diritto comunitario, in quanto, trattandosi delle conseguenze di una violazione delle norme imperative concernenti la successione di contratti di lavoro a tempo determinato, tale frase opera una distinzione molto netta tra questi, a seconda che essi siano stati conclusi con amministrazioni pubbliche o con datori di lavoro appartenenti al settore privato. A tal

riguardo, detto giudice osserva che la tutela risarcitoria, che nell'ordinamento giuridico interno ha carattere generale, non può essere considerata equivalente alla reintegra nel posto di lavoro precedentemente occupato, tenuto conto in particolare dei problemi di onere della prova del danno che essa pone al lavoratore. Quest'ultima forma di tutela risponderebbe meglio all'esigenza di prevenire gli abusi cui potrebbe dare corso un datore di lavoro che stipulasse una serie di contratti a tempo determinato.

25. Alla luce di ciò, il Tribunale di Genova ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se la Direttiva n. 1999/70/Ce (articolo 1 nonché clausole 1, lett. *b*, e clausola 5 dell'Accordo quadro) debba essere intesa nel senso che osta a una disciplina interna (previgente all'attuazione della Direttiva stessa) che differenzia i contratti di lavoro stipulati con la pubblica amministrazione, rispetto ai contratti con datori di lavoro privati, escludendo i primi dalla tutela rappresentata dalla costituzione d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione di regole imperative sulla successione dei contratti a termine».

(Omissis)

Nel merito

(Omissis)

48. Ne consegue che la clausola 5 dell'Accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati in successione a seconda che tali contratti siano stati conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato o con un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.

49. Tuttavia, come risulta dal punto 105 della citata sentenza Adeneler e a., affinché una normativa nazionale, come quella controversa nella causa principale, che vieta, nel solo settore pubblico, la trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato di una successione di contratti a tempo determinato, possa essere considerata conforme all'Accordo quadro, l'ordinamento giuridico interno dello Stato membro interessato deve prevedere, in tale settore, un'altra misura effettiva per evitare, ed eventualmente sanzionare, l'utilizzo abusivo di contratti a tempo determinato stipulati in successione.

(Omissis)

51. *(Omissis)* (sentenza Adeneler e a., cit., punto 94).

52. (*Omissis*) (v., in particolare, sentenze 14 dicembre 1995, causa C-312/93, Peterbroeck, *Racc.*, p. I-4599, punto 12, nonché Adeneler e a., cit., punto 95).

53. Ne consegue che, quando si sia verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario.

(*Omissis*)

55. A tal riguardo occorre rilevare che una normativa nazionale quale quella controversa nella causa principale, che prevede norme imperative relative alla durata e al rinnovo dei contratti a tempo determinato, nonché il diritto al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa del ricorso abusivo da parte della pubblica amministrazione a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, sembra *prima facie* soddisfare i requisiti ricordati ai punti 51-53 della presente sentenza.

56. Tuttavia, spetta al giudice del rinvio valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36, comma 2, prima frase, del d.lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'utilizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato.

(*Omissis*)

Per questi motivi, la Corte (Seconda Sezione) dichiara:

L'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999, che figura in allegato alla Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce, relativa all'Accordo quadro C.E.S., U.N.I.C.E. e C.E.E.P. sul lavoro a tempo determinato, dev'essere interpretato nel senso che non osta, in linea di principio, a una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata a evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico.

(1-4) IL MECCANISMO SANZIONATORIO PER L'ILLEGITTIMA SUCCESSIONE
DI CONTRATTI A TERMINE ALLE DIPENDENZE DELLA P.A.
AL VAGLIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

1. — *La normativa greca e italiana al vaglio della Corte di Giustizia* — Le pronunce riportate in epigrafe rappresentano una tappa fondamentale nell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in materia di contratti a termine, dal momento che l'*iter* argomentativo seguito e le soluzioni interpretative suggerite non potranno non influenzare le decisioni dei giudici nazionali nell'applicazione delle normative interne.

Appare interessante, in primo luogo, porre in evidenza l'analogia sussistente tra il caso greco, deciso con la sentenza del 4 luglio 2006, C-212/04, e quello italiano, di cui alle sentenze del 7 settembre 2006, C-53/04 e C-180/04.

In ambedue le vicende, i giudici nazionali hanno sottoposto al vaglio della Corte di Giustizia delle Comunità europee una questione pregiudiziale, avente a oggetto l'interpretazione delle clausole 1 *b* e 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18 marzo 1999 da C.E.S., U.N.I.C.E. e C.E.E.P. che figura in allegato alla Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce [sulla Direttiva comunitaria cfr. A. Bellavista, *La Direttiva sul lavoro a tempo determinato*, in (a cura di) A. Garilli, M. Napoli, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003, pp. 1 ss.; nonché A. Garilli, *Il recepimento della Direttiva sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano*, *ibidem*, pp. 35 ss.].

Le cause principali, che sono state introdotte da alcuni lavoratori occupati con successivi contratti a termine, alle dipendenze di enti pubblici, vertevano sul mancato rinnovo del contratto di lavoro.

In particolare, oggetto delle domande dei ricorrenti era la dichiarazione di sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato nei confronti del datore di lavoro pubblico.

A tal riguardo le normative nazionali di riferimento, per la soluzione della questione posta all'attenzione dei giudici, presentano delle assonanze che ne rendono giustificata l'assimilazione.

E invero, secondo l'art. 5, n. 4, del decreto presidenziale greco n. 81/2003 (nella versione antecedente alla modifica apportata dal decreto n. 180/2004), che detta la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato, «sono considerati successivi i contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato stipulati con condizioni di lavoro identiche o simili tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, e tra i quali intercorra un periodo non superiore a venti giorni lavorativi» con la conseguenza che i contratti corrispondenti «verranno convertiti in contratti o rapporti di lavoro a tempo indeterminato» (art. 5, comma 3); l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 368/2001, in senso analogo, stabilisce che se il lavoratore viene riassunto a termine entro un periodo di venti giorni dalla data di scadenza di un contratto a termine (o dieci giorni, se il precedente contratto a termine era di durata non superiore a sei mesi), il secondo contratto deve essere considerato a tempo indeterminato.

In entrambi i sistemi giuridici posti a confronto, tuttavia, l'applicazione del meccanismo sanzionatorio, come finora illustrata, è impedita, nell'ambito dei rapporti di lavoro alle dipendenze di un ente di natura pubblica, dalla previsione di cui

all'art. 21, n. 2, della legge n. 2190/1994, per il diritto greco, e di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, per il diritto italiano.

Il senso di tali norme è il seguente: nel primo caso si sancisce la nullità delle trasformazioni in contratto a tempo indeterminato dei contratti a termine stipulati dalle amministrazioni pubbliche; nel secondo si stabilisce che la violazione delle disposizioni riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle pubbliche amministrazioni non può comportare la costituzione di rapporti a tempo indeterminato con le amministrazioni medesime, fermo restando il diritto del lavoratore al risarcimento del danno e l'obbligo delle pp.aa. di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione delle norme imperative sia dovuta a dolo o colpa grave [sull'argomento v. M. Roccella, *Spunti sulla disciplina del lavoro temporaneo nel pubblico impiego*, in *RIDL*, 1989, pp. 404 ss.; v. pure V. Luciani, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Napoli, 2002, pp. 123 ss.; E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Milano, 2002, pp. 119 ss.; M. L. De Margheriti, *Il lavoro a termine nel pubblico impiego*, in *QDLRI*, 2000, pp. 122 ss.; M. Delfino, *Sub art. 36*, in (a cura di) A. Corpaci, M. Rusciano e L. Zoppoli, *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, in *NLCC*, 1999, n. 5-6, pp. 1285 ss.].

La questione che ha condotto i giudici nazionali a interpellare il giudice comunitario, ai sensi dell'art. 234 Ce, ha avuto a oggetto proprio la compatibilità delle sopra indicate norme con i principi dettati dalla Direttiva n. 1999/70/Ce (a proposito di un «proficuo dialogo giudiziale tra le corti», cfr. L. Zappalà, «*Specialità*» dei rapporti di lavoro a termine nelle P.A. e diritto comunitario: l'inapplicabilità della sanzione della conversione al vaglio della Corte di Giustizia, in *LPA*, 2004, 3-4, p. 708; sulla necessità che i giudici nazionali interpretino per quanto possibile il diritto interno alla stregua dei principi e degli scopi del diritto comunitario v. in particolare Corte di Giustizia Ce, sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, in *Racc.*, p. I-8835, punto 113, e giurisprudenza ivi citata; nonché v. pure la sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing c. La Comercial Internacional*, in *FI*, 1992, IV, p. 173).

In particolare, pare opportuno segnalare fin d'ora come i chiarimenti offerti dai giudici comunitari, con le sentenze in commento, abbiano riguardato alcuni concetti cardine della Direttiva, sciogliendo in tal modo il dubbio interpretativo sollevato dai giudici nazionali sulla compatibilità delle normative interne in tema di contratto a termine con il principio di effettività del diritto comunitario.

2. — *Le nozioni di «ragioni obiettive» e di «contratti successivi» che giustificano il rinnovo di un contratto a tempo determinato* — Degne di particolare nota sono le precisazioni fornite, con la sentenza *Adeneler e a.*, in merito alla nozione di ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, nonché in ordine alla stessa nozione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato da considerare «successivi» (per una prima valutazione della sentenza che qui si richiama cfr. A. Montemarano, *Il lavoro a tempo determinato dopo la sentenza della Corte di Giustizia*, in *Glav*, 2006, n. 32-33, p. 17). La premessa logico-giuridica da cui prende avvio il percorso interpretativo seguito dalla Corte fa riferimento alla necessità che gli Stati membri, per la definizione delle modalità dettagliate di appli-

cazione dei principi e delle prescrizioni contenute nell'Accordo quadro, garantiscano il risultato imposto dal diritto comunitario, in senso conforme «non solo all'art. 249, comma 3, Ce, ma altresì all'art. 2, comma 1, della Direttiva n. 1999/70/Ce, letto alla luce del diciassettesimo considerando di quest'ultima» (punto 68).

Al fine di approfondire il senso nonché la finalità delle ragioni obiettive necessarie per la stipula di più contratti a termine successivi, i giudici individuano ulteriori passaggi logici affermando che «il beneficio della stabilità dell'impiego è inteso come un elemento portante della tutela dei lavoratori» (v. Corte di Giustizia Ce, sentenza 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, punto 64, vedila in q. *Riv.*, 2, 2006, pp. 205 ss., con nota di L. Calafà, *Clausole di non regresso e divieti di discriminazione per età: il caso Mangold e i limiti alla discrezionalità del legislatore nazionale in materia di lavoro*) e che la clausola 5, n. 1, dell'Accordo quadro è volta specificamente «a prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato».

Proprio alla stregua di tali puntualizzazioni si spiega come la nozione di ragioni obiettive, secondo l'interpretazione datane dai giudici di Lussemburgo, sebbene non specificata dall'Accordo, vada intesa secondo il riferimento a «circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività» (punto 69). Allora appare evidente che la finalità sia quella di fissare delle regole certe per una prevenzione degli abusi a monte, nonché per una più agevole e sistematica verificabilità degli stessi in sede giudiziaria. Solo seguendo siffatte indicazioni interpretative si potranno, infatti, individuare criteri oggettivi e trasparenti per valutare se il rinnovo dei contratti corrisponda effettivamente a un'esigenza reale o se, invece, celi l'intento di un abuso della normativa.

Quindi ne discende, quale corollario di tale impostazione, che nel caso in cui una normativa nazionale non preveda adeguate e sufficientemente dettagliate ragioni per la riassunzione a termine, la stessa si dovrà ritenere in contrasto con la precipua finalità antifraudolenta della Direttiva.

In un secondo passaggio, sempre guidata dalla considerazione che la discrezionalità riconosciuta agli Stati membri per il recepimento delle disposizioni comunitarie non possa pregiudicarne l'effettività e lo scopo, la Corte si esprime in merito a un'altra «nozione chiave» della Direttiva, ossia su cosa debba intendersi per «successione» di rapporti di lavoro.

A questo riguardo fa rilevare come una normativa nazionale che ritenga successivi i soli contratti di lavoro a tempo determinato, separati da un lasso temporale inferiore o pari a 20 giorni lavorativi, «deve essere considerata tale da compromettere l'obiettivo, la finalità nonché l'effettività dell'Accordo quadro» (cfr. punti da 84 a 86).

Proprio in ragione delle suesposte interpretazioni in ordine a concetti cardine in tema di successione di contratti a termine, non è peregrino chiedersi se ad analoghe considerazioni si possa giungere per il diritto italiano, e in particolare se, a una verifica di conformità a tali dettami, il d.lgs. n. 368/2001 ne risulterebbe censurato.

Non vi è alcun dubbio sulla circostanza che sussista una parziale identità tra la normativa ellenica, sottoposta a verifica dalla Corte, e quella italiana, in relazione alla durata del tempo di intervallo tra più contratti successivi. Tuttavia, diversamente da quella greca, la legislazione italiana pone, quale condizione di legittimità della riassunzione, la ricorrenza dei medesimi presupposti previsti dall'art. 1 del decreto legislativo [per un esame della norma in questione cfr. L. M. Dentici, *Scadenza del termine e successio-*

ne dei contratti: il regime sanzionatorio, in (a cura di) A. Garilli, M. Napoli, *Il lavoro a termine*, cit., pp. 128 ss.]. Un simile richiamo pare essere, in prima battuta, conforme alla necessità, espressa dalla Corte, che ricorrano ragioni oggettive al fine di giudicare legittimamente stipulati più contratti successivi (nel senso che la censura della Corte in relazione alla nozione di contratti successivi per la normativa greca non possa riguardare il d.lgs. n. 368/2001 cfr. A. Montemarano, *Il lavoro a tempo determinato*, cit., p. 17). Tuttavia, a un esame complessivo della disciplina italiana sul contratto a tempo determinato, non potranno non sorgere alcuni interrogativi.

E invero, posto che la Corte censura una normativa nazionale secondo cui si considerano successivi i soli contratti stipulati entro un limite di 20 giorni o inferiore a esso, e poiché il d.lgs. n. 368/2001 pone lo stesso lasso di tempo a condizione che siano rispettate le ragioni di cui all'art. 1, ci si chiede se ciò basti a determinare una differenza con il sistema ellenico. La natura evanescente e non tipicizzata di tale complesso di ragioni giustificatrici [cfr. M. Marinelli, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, in (a cura di) A. Garilli, M. Napoli, *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, cit., pp. 45 ss.; nonché L. Nannipieri, *La riforma del lavoro a termine: una prima analisi giurisprudenziale*, in *RIDL*, 2006, I, p. 338], infatti, non appare propriamente corrispondente a quelle «circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività» a cui la Corte rinvia per definire la nozione di «ragioni obiettive».

Alla stregua di tali parametri interpretativi sembra piuttosto che il legislatore italiano avrebbe dovuto prescrivere la ricorrenza di motivazioni sufficientemente dettagliate, dato l'evidente rischio che più contratti successivi in un breve arco temporale, quale può essere quello di 21 giorni, celino un'utilizzazione abusiva dei contratti a termine per soddisfare fabbisogni non limitati nel tempo (punto 88).

A una simile censura, a ogni modo, si potrebbe ovviare ove si privilegiasse quell'interpretazione secondo cui le ragioni di cui all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001, vanno caratterizzate per la temporaneità dell'esigenza aziendale; circostanza che *a fortiori*, quindi, dovrebbe riscontrarsi, nonché essere verificabile, nel caso di una successione di più contratti a termine (cfr. L. Nannipieri, *La riforma del lavoro a termine*, cit., p. 336, per cui la temporaneità va considerata quale «requisito necessario, quasi ontologico»; cfr. anche M. Marinelli, *Contratto a termine e cause di giustificazione*, cit., p. 55, e dottrina ivi citata, nonché p. 75 con riferimento alle ragioni oggettive richieste dall'art. 4 per la proroga). Nonostante ciò, non va a ogni modo sottovalutato che la previsione della normativa italiana, in seguito a un esame *rebus sic stantibus*, potrebbe apparire, al pari di quella greca, non conforme a quanto richiesto dai giudici di Lussemburgo, in quanto non sembra possibile individuare con immediata chiarezza, nel testo del d.lgs. n. 368/01, quelle ragioni obiettive nel senso e con le caratteristiche indicate dalla Corte di Giustizia Ce.

3. — *Conseguenze sanzionatorie per l'illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a.: il caso greco* — La questione su cui il giudice comunitario è stato chiamato a pronunciarsi da entrambi i giudici nazionali di Italia e Grecia ha riguardato la compatibilità della disciplina «speciale» del regime sanzionatorio previsto, per l'illegittima successione di contratti a termine nella p.a., con la Direttiva n. 1999/70/Ce.

Com'è noto, la disciplina italiana è stata oggetto, di recente, del giudizio della Corte Costituzionale (v. sentenza 13 marzo 2003, n. 89, in *FI*, 2003, I, pp. 2258 ss.; vedila anche in *LPA*, 2003, pp. 355 ss., con nota di M. G. Greco, *La disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego supera il vaglio di costituzionalità*; in dottrina cfr. P. Chieco, *I contratti flessibili della P.A. e l'inapplicabilità della sanzione «ordinaria» della conversione: note critiche a margine della sentenza n. 89/2003 della Corte Costituzionale*, *ibidem*, 2003, pp. 489 ss.; v. anche R. Santucci, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato riguardo alla disciplina del contratto a termine*, in *DLM*, 2003, pp. 215 ss.) che ha escluso, in riferimento agli articoli 3 e 97 Cost., la censura di incostituzionalità per l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001.

Il giudizio della Corte di Giustizia delle Comunità europee, tuttavia, pur non essendo identico nelle soluzioni concrete apprestate per le due realtà nazionali oggetto di indagine, è comunque espressione di un orientamento uniforme, destinato a rappresentare un canone interpretativo fondamentale per l'applicazione delle normative nazionali sul contratto a tempo determinato.

Nel caso *Adeneler*, la Corte ritiene che «l'Accordo quadro osta all'applicazione di una normativa nazionale che vieta in maniera assoluta, nel solo settore pubblico, di trasformare in un contratto di lavoro a tempo indeterminato una successione di contratti a tempo determinato che, di fatto, hanno avuto il fine di soddisfare bisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro e devono essere considerati abusivi» (sentenza *Adeneler*, punto 105). Invero, a fondamento della censura senza margini di salvezza per il diritto greco vi si trova una norma che non prevede alcuna alternativa alla sanzione della conversione del contratto. E dal momento che tale strumento non è l'unico modo indicato dall'Accordo quadro per ottemperare all'obbligo di adottare misure adeguate (non solo proporzionate, ma anche effettive e dissuasive, a giudizio della Corte) per far fronte a possibili abusi, a giudizio della Corte, lo Stato greco avrebbe ben potuto differenziare il regime sanzionatorio tra i due diversi settori lavorativi, con la previsione di modalità che però fossero conformi ai principi di equivalenza e di effettività (sull'ambito dell'autonomia procedurale degli Stati membri in forza dell'art. 249, comma 3, Ce, v. sentenza 8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, *Racc.*, p. 497; 12 settembre 1996, cause riunite da C-58/95 a C-157/95, *Gallotti e a.*, *Racc.*, p. I-4345; nonché in dottrina cfr. L. Menghini, *Lavoro a termine, referendum, Direttiva 1999/70/Ce, Patto di Milano*, in *q. Riv.*, 2000, I, p. 601; in particolare sul principio di effettività v. sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, in *Racc.*, p. I-4599).

4. — Segue: *Il caso italiano* — Il medesimo *iter* argomentativo viene delineato nelle sentenze relative alla questione sollevata dal Tribunale di Genova, anche se in questo caso la Corte tempera il rigore della decisione prima richiamata (v. sentenza *Adeneler e a.*). Nel verificare, infatti, la compatibilità al sistema comunitario dei meccanismi sanzionatori previsti dalla normativa italiana, in caso di successione illegittima di più contratti a termine alle dipendenze di una p.a., la Corte di Giustizia Ce ha timidamente accennato a una soluzione positiva, delegando tuttavia al giudice nazionale il compito di esprimere un giudizio di conformità con riferimento all'esame della disciplina interna.

In realtà la Corte ha fornito a quest'ultimo un'indicazione, sostenendo che le misure prescritte dalla clausola n. 5 dell'Accordo quadro, rilevanti al fine di indivi-

duare l'effettività della norma sanzionatoria, sembrano, *prima facie*, essere soddisfatte dal disposto dell'art. 36, d.lgs. n. 165/2001.

Una prima considerazione generale appare d'obbligo. La Corte di Giustizia Ce complessivamente si è disinteressata del problema della disparità di trattamento, ritenendolo insussistente.

È anzi emerso come regimi sanzionatori differenti possano coesistere, legittimati da ragioni di diritto interno nel merito delle quali i giudici comunitari non possono entrare, con l'unica condizione che sia rispettato il principio di equivalenza tra situazioni analoghe e che venga garantita l'adozione effettiva e vincolante di almeno uno dei modi indicati alla clausola n. 5.

Pertanto, posto che la legittimità del differente trattamento normativo dei lavoratori, fondato sulla natura pubblica o privata del datore di lavoro, secondo il diritto interno sembra un principio ormai incontestabile (sulle ragioni della specificità del lavoro pubblico che va individuata nei vincoli costituzionali imposti alla p.a. cfr. M. L. De Margheriti, *Il lavoro a termine*, cit., p. 133, e dottrina ivi citata), viene da chiedersi quali margini siano stati lasciati al giudice nazionale dalla pronuncia della Corte, in ordine alla verifica del sistema alla stregua del *test* di effettività (sul principio ormai consolidato nella giurisprudenza comunitaria che una normativa comunitaria non può ritenersi correttamente trasposta se non accompagnata da misure sanzionatorie ispirate al criterio di fondo dell'effettività, v. M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, in *RIDL*, 1994, I, pp. 72 ss).

Probabilmente il giudice nazionale potrà condividere l'orientamento espresso in prima battuta dalla Corte, confermandone i presupposti.

Prima di accogliere tale interpretazione, a ogni modo, sarebbe opportuno che il giudice effettuasse una disamina dei risvolti concreti della vicenda, avendo cura, in primo luogo, di accertare che la normativa in questione non venga utilizzata per concludere contratti a tempo determinato, volti a far fronte a esigenze non di carattere temporaneo, bensì a bisogni permanenti e durevoli della p.a.; e, in secondo luogo, di valutare se, *nella prassi* (cfr. sentenza *Adeneler*, punto 99), le misure sanzionatorie, apprestate in materia di illegittima successione di contratti a termine alle dipendenze della p.a., siano da ritenere «adeguate» nonché sufficienti a «cancellare le conseguenze della violazione del diritto comunitario» (Sentenza *Adeneler*, punto 102; nonché Corte di Giustizia Ce 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson e Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, in *FI*, 1985, IV, punto 59, in base alla quale sanzioni effettive sono quelle concepite in modo da costituire «un risarcimento adeguato per il soggetto leso e, quanto all'autore dell'offesa, un mezzo di pressione da prendere in seria considerazione»).

Solo ove una tale verifica risultasse positiva nella fattispecie presa in esame, il giudice nazionale non potrebbe che aderire all'interpretazione suggerita dal giudice comunitario. Ma se, di fatto, il sistema sanzionatorio previsto dall'art. 36 si rivelasse destituito di effettività, allora il giudice dovrebbe discostarsi dalla valutazione effettuata dalla Corte e motivare la scelta con riferimento all'*iter* logico-giuridico seguito dalla medesima per il caso *Adeneler*, in ordine alla mancanza assoluta di rimedio sanzionatorio.

A tal proposito, non è infondato ritenere che né la tutela *ex* art. 2126 cod. civ., né tanto meno la responsabilità del dirigente da far valere nei confronti della p.a. e solo in caso di riscontro di dolo o colpa grave, possano essere strumenti adeguati a garantire

l'obiettivo della Direttiva (sull'assenza di rilevanti conseguenze sanzionatorie per la p.a. in caso di abuso di forme contrattuali flessibili, cfr. M. Roccella, *I rapporti di lavoro atipici in Italia: dall'Accordo tripartito del 23 luglio 1993 alla legge 197/1997*, in q. Riv., 1998, I, p. 20; nonché in senso analogo M. G. Greco, *La disciplina del contratto a termine nel pubblico impiego*, cit., p. 361), in quanto non sembra che possano assolvere le tipiche funzioni di una misura sanzionatoria: vale a dire, per un verso, riparare il pregiudizio e, per altro verso, punire adeguatamente l'autore dell'offesa (cfr. M. Roccella, *Sanzioni e rimedi nel diritto del lavoro comunitario*, cit., p. 74).

Appare doveroso, in primo luogo, procedere sulla scorta di talune precisazioni. E invero, facendo leva sul presupposto che la norma in questione possa risultare non conforme al criterio di effettività, è legittimo interrogarsi su quali potrebbero essere le conseguenze e i riflessi di tale accertamento nella decisione del giudice nazionale.

Si tratterebbe di una inadeguata trasposizione della norma comunitaria, a cui un possibile rimedio, in forza del principio del «primato del diritto comunitario», che è individuabile nell'obbligo di interpretazione conforme (cfr. M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *Working Paper Csdle «M. D'Antona»*, INT, 23/2004, p. 4).

Ben potrebbe pertanto il giudice, sulla scorta di tale strumento, «interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della Direttiva» (Corte di Giustizia Ce 10 aprile 1984, causa 14/83, *von Colon e Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, cit., p. 1909). In tal senso andrebbe quindi interpretato l'art. 36, d.lgs. n. 165/01, i cui margini della tutela rimediale offerta, non sarebbero solo quelli derivanti dalla violazione di norme imperative ex art. 2126 cod. civ. (anche perché non si vede che valore sanzionatorio e deterrente avrebbe il mero pagamento del trattamento economico e previdenziale da parte della p.a. per una prestazione che, di fatto, il dipendente ha reso), ma quelli più cospicui derivanti dal cumulo di tale garanzia con l'ulteriore risarcimento per perdita di *chance*, nonché eventualmente con quello per danno professionale, biologico o esistenziale [nel senso che il risarcimento del danno corrisponderebbe solo alla retribuzione riconosciuta in forza dell'art. 2126 cod. civ., v. Delfino, *Sub art. 36*, cit., p. 1286; v. L. Fiorillo, *Le tipologie del rapporto di lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, vol. I, Milano, 1995, pp. 673 ss., secondo cui il risarcimento potrebbe comprendere anche l'area della responsabilità extracontrattuale; per l'interpretazione secondo cui il danno subito dal lavoratore consisterebbe anche nella perdita di *chance* in seguito alla rinuncia a offerte di lavoro più vantaggiose, nel danno biologico relativo alla perdita del lavoro e in quello alla professionalità, v. R. Santucci, *Sulla disparità di trattamento tra dipendente pubblico e privato*, cit., p. 221]. Sempre nella prospettiva di un'interpretazione conforme del diritto nazionale a quello comunitario, si potrebbe giungere ad affermare che la natura di tali danni sia da ritenere *in re ipsa*. Soprattutto, un simile riconoscimento potrebbe farsi discendere direttamente dalla formulazione dell'art. 36, il quale fa un generico riferimento a un risarcimento danni che sembra conseguire, *ex automatico*, alla violazione della normativa stessa. Verrebbe in tal modo realizzata la finalità di garantire l'effettività della normativa di protezione, tenuto conto che si renderebbe meno gravoso l'onere probatorio a carico del lavoratore.

Tuttavia, a una così ardua conclusione osta il recente orientamento in materia di danni espresso dalle Ss.Uu. della Corte di Cassazione (Corte di Cassazione,

Ss.Uu., 24 marzo 2006, n. 6572, su cui v. nota di F. Fabbri, *Le Sezioni Unite, lo ius variandi dell'imprenditore e il danno esistenziale da demansionamento*, in *q. Riv.*, 3, 2006, pp. 247 ss.; nonché R. Scognamiglio, *Le Sezioni Unite sull'allegazione e la prova dei danni cagionati da demansionamento o dequalificazione*, in *RIDL*, II, 2006, pp. 696 ss.), in base al quale sembra ormai indiscutibile il principio per cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

In ultima analisi, quindi, non si può negare che se, per un verso, la tutela apprestata dall'art. 36 d.lgs. n. 165/01 offre al lavoratore la possibilità di vedersi riconosciuto il risarcimento del danno professionale, esistenziale o biologico, per altro verso ciò è garantito nella misura in cui egli riesca ad allegare e provare la natura e le caratteristiche del pregiudizio subito in seguito a forme illegittime di stipula di un contratto a termine.

In tal modo verrebbero inasprite le conseguenze sanzionatorie sotto un profilo economico, fermo restando il divieto di conversione reso inoperante dal bilanciamento con i principi di buon andamento e imparzialità, così da rendere, anche nei confronti della p.a., effettiva e vincolante l'adozione delle misure previste dalla clausola n. 5 dell'Accordo quadro, in maniera equivalente a quanto avviene alle dipendenze di un datore di lavoro privato. In considerazione di ciò, si può ritenere che il sistema predisposto dal legislatore con la previsione di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 165/01, sia volto in primo luogo a prevenire l'utilizzazione abusiva di contratti a tempo determinato successivi, nonché a impedire un uso «disinvolto» e «clientelare» di tale strumento contrattuale.

Alessia Gabriele

Dottoranda in Diritto dell'impresa presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo

CASSAZIONE, 15 giugno 2006, n. 15792, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Coletti De Cesare, P.M. Finocchi Gheri (Diff.) – E.N.E.L. Produzione S.p.a. (avv. Gentile) c. F. C. (avv.ti Ricciuti e De Cesare). Cassa App. Bari, 16 aprile 2003

Rinunzie e transazioni – Art. 2113 cod. civ. – Quietanza a saldo – Configurabilità – Estremi.

La quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore, che contenga una dichiarazione di rinuncia a maggiori somme riferita, in termini generici, a una serie di titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, può assumere il valore di rinuncia o transazione, che il lavoratore ha l'onere di impugnare nel termine di cui all'art. 2113 cod. civ., alla condizione che risulti accertato sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili aliunde, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o transigere sui medesimi; infatti, enunciazioni di tal genere sono assimilabili alle clausole di stile e non sono sufficienti di per sé a provare la sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato. (1) (Massima non ufficiale)

(*Omissis*) Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2113 cod. civ., nonché vizi di motivazione. Si sostiene che è illogica e contraddittoria la motivazione con cui la Corte d'Appello ha escluso l'efficacia della dichiarazione di rinuncia e transazione sottoscritta dal lavoratore, poiché, da un lato, si afferma che la quietanza integra gli estremi di una rinuncia quando il lavoratore abbia l'esatta rappresentazione dei diritti dei quali intenda privarsi, e poi, contraddittoriamente, si sostiene che il lavoratore, pur nella consapevolezza dei criteri adottati dall'E.N.E.L. per il calcolo del T.F.R., tuttavia non avrebbe manifestato chiaramente l'intento di abdicare.

Con il secondo motivo è denunciata violazione e falsa applicazione degli artt. 2120, 2934 ss., 2946 e 2948 cod. civ., in relazione all'art. 2 della legge n. 297 del 1982, per non avere il giudice *a quo* considerato che, essendo stato comunicato al lavoratore, in conformità al disposto del penultimo comma del citato art. 2, legge n. 297/82, il prospetto degli accantonamenti utili ai fini della futura liquidazione del T.F.R., ivi compreso quello corrispondente all'importo dell'indennità di anzianità

maturata fino al momento dell'entrata in vigore di detta legge, con indicazione delle singole voci retributive assunte a base del relativo calcolo, il destinatario era nella condizione di maturare, fin dal momento di questa comunicazione, piena consapevolezza dell'esclusione del compenso per lavoro straordinario dal coacervo di quelle, cosicché avrebbe potuto e dovuto proporre nel termine di prescrizione decennale l'azione di accertamento del suo diritto all'accantonamento anche della quota corrispondente al menzionato compenso.

Inutilmente decorso, nella specie, tale termine, l'intervenuta prescrizione dell'azione di accertamento precluderebbe l'esperibilità anche dell'attuale azione di condanna, essendo l'una il presupposto dell'altra.

Il terzo motivo denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2120 cod. civ., dell'art. 4, legge 29 maggio 1982, n. 297, degli artt. 1362 ss. cod. civ., in una con vizi di motivazione. Si censura l'affermazione della Corte territoriale secondo cui l'attribuzione al lavoratore, oltre al T.F.R., di quattro mensilità di retribuzione (cd. mensilità aggiuntive) non integra un trattamento più favorevole di quello che costui avrebbe ottenuto conteggiando il compenso per straordinario *ante* 31 maggio 1982 e si sostiene che la disciplina contenuta nell'art. 43 del c.c.n.l. del 1983, sostanzialmente riprodottriva di quella precedente (1979), mostra chiaramente che la corresponsione dell'anzidetta erogazione ha carattere generalizzato: vale cioè per tutti i casi di cessazione del rapporto e va, pertanto, a integrare la indennità di anzianità; il che del resto trova conferma nella giurisprudenza di legittimità.

Il quarto motivo denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 2120 e 2121 cod. civ. (testo previgente) e dell'art. 2697 cod. civ., in una con vizi di motivazione. Si censura la sentenza impugnata per aver qualificato come continuativo il lavoro straordinario svolto dal dipendente sulla sola base dei prospetti mensili, attestanti la corresponsione del compenso straordinario, con una valutazione priva di adeguati riscontri probatori, idonei, in particolare, a configurare le prestazioni svolte in orario straordinario come funzionali al normale fabbisogno dell'impresa e a escludere ragionevolmente che le medesime prestazioni lavorative fossero occasionali, transitorie o saltuarie (ad esempio, per essere collegate a eventi eccezionali o a «picchi anomali» di attività).

Tutti i motivi non sono fondati.

Quanto al primo di essi, come questa Corte ha più volte affermato (cfr., *ex multis*, Cass. 11 luglio 2001, n. 9407), la quietanza a saldo sot-

toscritta dal lavoratore, che contenga una dichiarazione di rinuncia a maggiori somme riferita, in termini generici, a una serie di titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, può assumere il valore di rinuncia o transazione, che il lavoratore ha l'onere di impugnare nel termine di cui all'art. 2113 cod. civ., alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili *aliunde*, che essa sia stata rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o transigere sui medesimi; infatti, enunciazioni di tal genere sono assimilabili alle clausole di stile e non sono sufficienti di per sé a provare la sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato. E, nella specie – come già osservato da questa Corte in analoghe controversie (cfr. Cass. 20 ottobre 2004, n. 20516) – è pacifico, in base all'accertamento del giudice di merito, che l'atto di quietanza in questione non contenesse alcun riferimento al compenso per lavoro straordinario computabile ai fini dell'indennità di anzianità dovuta al lavoratore, ma recava solo un generico riferimento all'indennità di anzianità maturata al 31 maggio 1982, del tutto idoneo a radicare nel lavoratore la consapevolezza di dimettere la pretesa (poi azionata) al computo suddetto.

Del pari non fondato è il secondo motivo.

L'interesse ad agire in termini generali, senza confondersi con il diritto, costituendo una condizione per far valere il diritto medesimo mediante l'azione, si identifica nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice.

Nell'azione di mero accertamento, esso presuppone uno stato di incertezza oggettiva sull'esistenza di un rapporto giuridico, tale da arrecare all'interessato un pregiudizio concreto e attuale (cfr., per tutte, Cass., Ss.Uu., 10 agosto 2000, n. 565, e, più di recente, Cass. 7 giugno 2003, n. 9172; 14 novembre 2002, n. 16022; 5 marzo 2001, n. 3157).

La giuridicità di una qualsiasi situazione di vantaggio, come tale protetta dall'ordinamento in modo immediato e diretto in capo a un determinato soggetto, si da assurgere al rango di diritto, mentre si concreta in un coacervo di poteri o di facoltà che ne costituiscono lo specifico contenuto e valgono a distinguere l'una dall'altra, poiché rappresentano l'intrinseco di ciascuna, postula un requisito che, per essere a tutte comune, si configura come estrinseco e si identifica nel-

la necessaria certezza della sua esistenza, della quale, in presenza dei suindicati presupposti, è consentito l'accertamento giudiziale.

Orbene, quando sia posta oggettivamente in discussione la certezza di una situazione giuridica, intesa come bene in sé, senza che vengano in rilievo i suoi specifici contenuti identificativi, e tanto si ponga come fonte di attuale pregiudizio per il titolare di quest'ultima, lo stato di incertezza si sostanzia in una illegittima situazione di fatto continuativa, che si protrae di *diem in diem*, così da rinnovare quotidianamente le condizioni di interesse ad agire, per ottenere dal giudice la rimozione.

Si tratta, in sostanza, di un fatto che non può considerarsi istantaneo, ma si apprezza per la sua stessa permanenza, sicché, prima che questa cessi, non è dato identificare un unico momento destinato a costituire il *diem a quo* della prescrizione dell'azione di accertamento, mentre la sua cessazione fa venir meno il presupposto di tale azione, determinando, per definizione, l'insussistenza del fattore di incertezza.

In questi termini, può dirsi che l'azione meramente dichiarativa è dotata del requisito dell'imprescrittibilità, mentre prescrittibile è il diritto, quando la sua esistenza venga invocata non in sé per sé, ma strumentalmente, al concreto perseguimento del particolare bene della vita che costituisce il contenuto del diritto medesimo.

Ne consegue che la relazione ravvisabile tra azione di mero accertamento del diritto e azione diretta alla sua concreta attuazione opera in senso esattamente inverso a quello preteso da parte ricorrente, perché, mentre la mancata sperimentazione della prima, non soggetta a termini di prescrizione, risulta del tutto irrilevante ai fini della persistente sperimentabilità della seconda, è la possibile prescrizione di questa che può precludere l'azione di mero accertamento, per difetto di interesse, in quanto, una volta estinto il diritto, con conseguente impossibilità di realizzazione pratica del suo contenuto, viene meno, di norma, ogni utilità dell'accertamento della sua mera esistenza, così difettando il ricordato presupposto dell'invocazione dell'*officium iudicis* (cfr. Cass. 9 aprile 2003, n. 9575; 16 gennaio 1997, n. 382; 23 ottobre 1991, n. 11215; 6 maggio 1991, n. 4886).

Corollario delle suesposte considerazioni è quello dell'indifferenza della causa dello stato di incertezza che legittima all'azione di accertamento, la cui imprescrittibilità scaturisce dal perpetuarsi di uno stato sifatto e non dalla natura delle ragioni che lo determinano, sicché le conclusioni cui si è pervenuti non mutano, sia nel caso in cui la composizione della base di computo del trattamento di fine rapporto sia stata co-

nosciuta mediante la comunicazione degli accantonamenti, sia in quello in cui tale composizione possa venire in discussione a seguito dell'eventuale erogazione delle anticipazioni. Quel che conta è, infatti, la situazione di incertezza che dà luogo all'azione di accertamento, attraverso la quale il lavoratore può far valer il suo diritto: il quale, giova precisare, può essere tutelato, distintamente, mediante l'azione di accertamento, fintanto che persista l'interesse a eliminare lo stato di incertezza, e mediante l'azione di condanna, una volta che il rapporto sia cessato. (*Omissis*)

(1) QUIETANZE A SALDO ED EFFETTI DISPOSITIVI EX ART. 2113 COD. CIV.

1. — Con la sentenza in epigrafe il giudice di legittimità ha posto un ulteriore tassello a consolidamento dell'orientamento diretto a considerare le cd. quietanze a saldo alla stregua di clausole di stile, in sé stesse prive di effetti dispositivi, salvo la sussistenza di requisiti oggettivi specifici e dell'elemento soggettivo, consistente nella volontà di rinunciare o transigere sul diritto preteso (v. Cass. n. 6391/1992, pure richiamata in Cass. n. 9407/2001). In tal senso, la decisione in commento si innesta nel più ampio quadro dei negozi posti in essere dal lavoratore, con intento transattivo o abdicativo, disciplinati dall'art. 2113 cod. civ., riguardo cui opera il termine di impugnazione semestrale decorrente dalla data di cessazione del rapporto ovvero dalla rinuncia o transazione stessa, ove questa sia avvenuta successivamente alla cessazione. Il tema, che certamente si presta a spunti di riflessione, iscrivendosi nel dibattito sulla garanzia dei diritti apprestati dall'ordinamento a protezione del prestatore di lavoro, è di interesse risalente [per un quadro generale v. C. Cester, *Rinunzie e transazioni* (dir. lav.), in *ED*, XL, p. 894; più di recente Pera, *Le rinunce e transazioni del lavoratore*, in *Commentario* diretto da Schlesinger, Giuffrè, 1990; Ferraro, *Rinunce e transazioni del lavoratore*, in *EGT*, XXVII, p. 199; Calogero, *Sulle rinunce e transazioni dei lavoratori*, in *RIDL*, 1993, 1, p. 467]; tuttavia, le critiche espresse in passato da una certa dottrina (Cester, cit., p. 1001) circa il limitato rilievo teorico e, per contro, la «sproporzionata» attenzione rivolta dalla giurisprudenza alla specifica questione delle quietanze a saldo, sembra non aver inciso sul risalto della problematica che, sul piano concreto, continua a essere oggetto di discussione nelle aule giudiziarie.

Anche in tempi più recenti, infatti, la Suprema Corte ha ripetutamente affermato che le quietanze a saldo rilasciate dal lavoratore possono assumere il valore di rinuncia o transazione, ai sensi e agli effetti della norma succitata, alla condizione che risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o sulla base di altre specifiche circostanze desumibili *aliunde* (un esempio della sussistenza di tali condizioni è in Cass. 3 febbraio 2000, n. 1194, ove il significato letterale delle parole adoperato nel testo scritto, ma soprattutto i comportamenti delle parti precedenti e successivi alla sottoscrizione della liberatoria — specialmente, la circostanza della sottoscrizione del documento dopo l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento e dopo che era stata disposta la convocazione dinanzi alla commissione di conciliazione, nonché il fatto che il lavoratore, dopo essersi rifiutato di sottoscrivere il documento, lo avesse poi fatto so-

lo con l'assistenza di un sindacalista, cioè dopo essersi posto nella condizione di rendersi conto della necessità di riservarsi di coltivare l'impugnazione del licenziamento –, hanno integrato gli estremi per la sussistenza di circostanze precise, concordanti e obiettivamente concludenti, ritenute idonee a dimostrare l'intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo del rapporto di lavoro), che siano state sottoscritte dal lavoratore con la chiara consapevolezza dell'esistenza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi [Tra le ultime, v. Cass. 1° giugno 2004, n. 10537, in *OGI*, 2004, 2, p. 397. Per aver contezza della più datata giurisprudenza sul punto si v. G. Ianniruberto (a cura di), *Rinunzie, transazioni e quietanze a saldo nel diritto del lavoro*, in *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale* (Ricerca sistematica diretta da D. Napoletano), Novara, 1969; nonché M. Prosperetti, *Considerazioni sulla funzione regolatoria delle quietanze a saldo*, in *MGL*, 1976, p. 377. Si segnala inoltre che, richiamando un orientamento consolidato (v. Cass. nn. 3093/1992, 6857/1998, 12548/1998, 13834/2001), la Corte di Cassazione ha recentemente riaffermato il principio secondo cui, nell'individuare quali sono le rinunce e transazioni che esulano dal novero di quelle assoggettate al regime di mera annullabilità a norma dell'art. 2113 cod. civ. e sono affette da nullità rilevante anche dopo il decorso del termine di impugnazione previsto dalla norma, la giurisprudenza attribuisce rilevanza al fatto che i diritti di cui il lavoratore abbia disposto fossero ancora in via di maturazione, se non addirittura destinati a sorgere in futuro, anziché essere già maturati e acquisiti nel patrimonio del rinunciante. Più precisamente, mentre per i diritti già maturati, oggetto di rinuncia o transazione, la dipendenza del diritto stesso da norme inderogabili comporta, in applicazione dell'art. 2113 cod. civ., la mera annullabilità dell'atto, nel caso di diritti non ancora sorti o maturati la preventiva disposizione può comportare la nullità dell'atto (per dottrina conf. v. P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, III, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Mengoni-Schlesinger, Giuffrè, p. 603). Nel caso in specie, tuttavia, la Corte ha rigettato il ricorso ritenendo la sentenza impugnata non adeguatamente censurata. I ricorrenti, infatti, che avrebbero potuto giustificatamente ipotizzare la nullità di conciliazioni concluse nell'ambito di una illegittima interposizione, continuata anche dopo la conclusione delle conciliazioni stesse, hanno omesso di denunciare che l'atto di conciliazione era diretto a regolare anche aspetti futuri di un rapporto ancora in essere, nonché di dedurre che l'azione dei lavoratori fosse diretta a far valere la nullità di un atto di disposizione di diritti non ancora maturati ovvero l'applicazione del principio secondo cui, nelle situazioni sopra indicate, può dedursi la nullità e non la semplice annullabilità di rinunce e transazioni aventi a oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettivi; si v. Cass. 26 maggio 2006, n. 12561].

Prima di entrare nel vivo del commento è opportuno ricordare che è cosa pacifica che l'accertamento cui si è fatto appena riferimento è riservato al giudice di merito e implica un apprezzamento di fatto censurabile, in sede di legittimità, nella sola ipotesi di violazione dei criteri di ermeneutica contrattuale o di vizi di motivazione (v. Cass. nn. 2627/1985; 7019/1982 e più di recente Cass. nn. 6484/1994 e 7306/1998).

Si segnala inoltre che il caso in specie attiene, invero, non solo agli aspetti appena richiamati, estendendosi la materia oggetto del decidere pure alla problematica della sussistenza del carattere di continuità del lavoro straordinario, ai fini della computabilità delle relative retribuzioni nel calcolo del T.F.R.

2. — Quanto allo svolgimento del processo, dopo la prima pronuncia, di rigetto delle pretese del lavoratore, fondata sull'idoneità dell'atto di quietanza ai fini abdicativi e sul decorso del termine di decadenza derivante dalla conseguente applicabilità dell'art. 2113 cod. civ., le sentenze d'appello e di legittimità hanno totalmente ribaltato i risultati, così accordando una rigida tutela al lavoratore.

Il ricorso in Cassazione, proposto da E.N.E.L. Produzione S.p.a. avverso la sentenza n. 849/2003 con cui la Corte d'Appello di Bari aveva accolto l'istanza dell'ex dipendente E.N.E.L., è strutturato su quattro motivi, che la Suprema Corte ha ritenuto non fondati, aderendo in massima parte alle soluzioni del giudice di merito.

Proprio con riferimento al primo, formulato in termini di violazione e falsa applicazione dell'art. 2113 cod. civ., nonché insistente in un supposto vizio di motivazione (denunciata illogica e contraddittoria), la sentenza definitiva ha realizzato il consolidamento della pronuncia in appello. Nella specie, la quietanza a saldo, per la formula adottata, è stata considerata mera clausola di stile e la sua eccessiva genericità è stata ritenuta probante dell'inidoneità a radicare nel lavoratore la consapevolezza di dismettere il suo diritto. In effetti, secondo il giudice, essa avrebbe dovuto contenere un riferimento espresso al compenso per lavoro straordinario computabile ai fini dell'indennità di fine rapporto spettante al dipendente, laddove, invece, risultava pacifico che l'accertamento condotto dal giudice di merito avesse portato a escludere che l'atto di quietanza rispondesse a tale requisito, presentando piuttosto un generico riferimento all'indennità di anzianità maturata in un individuato arco di tempo (cfr. Cass. 20 ottobre 2004, n. 20516). Tale affermazione ha così arricchito il quadro delle condizioni che conferiscono genericità all'atto di quietanza privandolo di effetto dispositivo. Già nel caso passato in giudicato con sentenza Cass. n. 9407/2001 veniva precisato che la generica rinuncia a maggiori somme di denaro, redatta mediante completamento di un modulo predisposto dal datore e contenente una elencazione in termini generici di una serie di titoli di pretese in astratto ipotizzabili in relazione alla prestazione di lavoro subordinato e alla conclusione del relativo rapporto, non è idonea a costituire effettiva rinuncia (questo orientamento è stato recentemente ribadito in Cass. n. 10537/2004, cit.); come pure in Cass. 12 agosto 2000, n. 10772, si legge che non è sufficiente che nella quietanza si faccia riferimento alla risoluzione del rapporto per evincerne necessariamente l'esistenza della rinuncia a impugnare il licenziamento ovvero all'impugnazione già proposta, essendo a tal fine necessario che venga accertata l'esistenza, nell'atto stesso o *aliunde*, della consapevole volontà di accettare l'atto risolutivo [Tuttavia, sul punto, cfr., tra le altre, con la già richiamata Cass. n. 1194/2000, nonché con Cass. 16 maggio 1996, n. 4542, perché, alla luce della giurisprudenza dell'ultimo ventennio, questa forma di accettazione tacita di licenziamento non integra gli estremi per l'applicabilità dell'art. 2113 cod. civ. in quanto non costituisce propriamente né una rinuncia a diritti derivanti da disposizioni inderogabili, né una transazione. Per ulteriori riferimenti v. E. De Carlo, *Nota a sentenza* (Trib. di Siracusa del 7 giugno 2001), in *OGI*, 2001, 4, p. 796, nota 21]. Tanto meno, secondo la Corte di Cassazione 13 dicembre 1999, n. 13975, nel caso di dichiarazioni espresse nella formula generica di «rinuncia a ogni altro diritto», può configurarsi atto abdicativo o transattivo, in specie quando, rilasciata dal lavoratore in occasione della riscossione del T.F.R., si pretenda di interpretarla come tacita acquiescenza al licenziamento e rinuncia a impugnarlo, se ritenuto illegittimo, ove non concorrano circostanze idonee a dimostrare la sicura vo-

lontà del lavoratore di accettare l'atto risolutivo del rapporto di lavoro; né – è stato aggiunto – è possibile considerare tale dichiarazione soggetta all'impugnazione da parte del lavoratore nel termine di decadenza previsto dall'art. 2113 cod. civ. (sul punto v. anche Cass. 14 gennaio 1986, n. 157; Idem, 25 marzo 1986, n. 2130). Infine, anche nel caso in cui la mera accettazione del T.F.R. sia realizzata senza alcuna riserva, la Suprema Corte ha dichiarato l'assoluto difetto di concludenza, escludendo ogni interpretazione che induca a effetti dispositivi dei diritti derivanti dall'illegittimità del licenziamento, argomentando che non sussiste alcuna incompatibilità logica e giuridica tra l'accettazione del suddetto trattamento e la volontà di far valere la tutela contro il licenziamento illegittimo (v. Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in *OGL*, 2000, 2, p. 467; in senso conf. Cass. 2 giugno 1995, n. 6189). La *ratio* di un simile orientamento è palesemente radicata in considerazioni connesse alla complessità della legislazione in materia di lavoro e allo stato di soggezione nel quale si trova il lavoratore nei confronti del datore di lavoro, specie in un periodo così delicato come quello immediatamente successivo alla cessazione del rapporto e prima che gli siano state corrisposte le somme dovute a seguito di tale cessazione. I suddetti motivi, infatti, possono far ragionevolmente ritenere che il lavoratore sia indotto a rilasciare la quietanza, con la rinuncia a far valere ogni suo ulteriore diritto, senza avere una chiara consapevolezza di quali possano essere tali diritti e spinto unicamente dalla necessità di ottenere immediatamente quelle somme che, benché dovute, non gli verrebbero corrisposte dal datore di lavoro senza l'apposizione della clausola generale di rinuncia nella quietanza. Questo ragionamento consente di sostenere la tesi della dottrina che esclude che la rinuncia si presuma (v. Cester, cit., p. 996, *ivi* richiami a Prosperetti, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, Milano, 1955), e che il comportamento concludente possa essere ritenuto compatibile con il modello di tutela apprestato dall'art. 2113 cod. civ., sia perché confliggente con la *ratio* della norma, sia perché difficilmente raccordabile ai contenuti più specifici di cui al comma 2, concretando il rischio di rendere praticamente impossibile l'impugnazione (sul punto v. E. De Carlo, cit., p. 795, *ivi* riferimenti a G. Pera, *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, cit., p. 54; L. Riva Sanseverino, *Lavoro, Comm. SB*, V ed., Zanichelli, 1986, p. 478. Circa la possibilità di dar luogo a una rinuncia tacita si v. Prosperetti, *L'invalidità delle rinunce e transazioni in materia di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1950; Smuraglia, *Il comportamento concludente nel rapporto di lavoro*, Milano 1963, p. 117; Ianniruberto, cit., p. 45). Consente, inoltre, di ammettere l'esistenza di fenomeni di mera tolleranza, insiti nel rapporto di subordinazione, significanti solo della volontà del lavoratore di rinviare al futuro l'esercizio di un diritto e distinguibili da comportamenti concludenti atti a manifestare volontà dismissiva o transattiva (sul punto v. Patti, *Il rilievo della tolleranza nel rapporto di lavoro*, in *DL*, 1977, I, p. 416).

È quindi opportuno ricordare la considerazione su cui si attesta la posizione consolidata del giudice di ultima istanza in argomento, e cioè che la semplice dichiarazione del prestatore d'opera d'aver ricevuto una determinata somma a saldo d'ogni sua spettanza inerente al precorso rapporto di lavoro esprime, di regola, la sola convinzione dell'interessato d'essere soddisfatto di tutti i suoi diritti, risolvendosi in un mero giudizio subiettivo circa la congruità e sufficienza della retribuzione percepita; tale liberatoria, avente contenuto di dichiarazione di scienza o di opinione, per il fatto di essere priva di ogni efficacia negoziale, non determina il costituirsi di una situazione definitiva. Pertanto, nel caso in cui l'opinamento personale del lavoratore risulti in prosieguo

errato, il dichiarante ha senz'altro facoltà di richiedere la tutela giurisdizionale per il pagamento dei crediti che non siano stati effettivamente estinti, entro i termini della prescrizione (v. Cass. 7 luglio 1967, n. 1685, e, più di recente, tra le altre, Cass. 15 dicembre 1994, n. 10762, pure richiamate in Cass. 4 maggio 1999, n. 4442. In dottrina, cfr. con Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, in *EGL*, VII, Padova, 1981, p. 67, e Giugni, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore: riesame critico*, in *DL*, I, 1970, p. 8). Per di più, anche ove le quietanze contengano riferimenti testuali specifici, la questione, come ha suggerito la dottrina (Cester, cit., p. 1002), non potrebbe essere risolta diversamente dall'aver riguardo alla volontà del dichiarante, tenendo in debito conto che l'elemento della buona fede gioca un ruolo significativo, soprattutto nel caso in cui la supposta volontà abdicativa o transattiva risulti manifestata mediante la sola sottoscrizione di un modello dal contenuto preordinato dal datore. Solo questo tipo di soluzione risulta, infatti, rispettosa del noto principio del *favor* posto a garanzia del contraente più debole.

Peraltro, come ha ricordato la Corte nella sentenza in commento, il lavoratore gode di un doppio canale di tutela giurisdizionale apprestato dalla possibilità di ricorrere con un'azione di accertamento, fintanto che ne sussistano i presupposti, ovvero, con quella di condanna, una volta che il rapporto di lavoro sia cessato. A riguardo, la Corte si è espressa circa l'imprescrittibilità dell'azione di accertamento, ribaltando il rapporto prospettato dalla parte ricorrente tra detta azione e l'azione di condanna. Il secondo motivo di ricorso, denunciando la violazione e falsa applicazione degli artt. 2120, 2934 ss., 2946 e 2948 cod. civ., in relazione all'art. 2 della legge n. 297 del 1982, si articolava, infatti, in un ragionamento diretto a sostenere che la prescritta azione di accertamento per decorso del termine decennale precludesse l'esperibilità dell'azione di condanna. In proposito, invece, la Corte ha chiarito che, non è l'azione di accertamento il presupposto dell'azione di condanna; viceversa è semmai la prescrizione della seconda azione che esclude l'azione di mero accertamento per difetto di interesse, in quanto, estinto il diritto, viene meno l'utilità di accertarne la mera esistenza (Cfr. Cass. 6 maggio 1991, n. 4886; 23 ottobre 1991, n. 11215; 16 gennaio 1997, n. 382, e più di recente 9 aprile 2003, n. 9575). Segnatamente, dopo aver ricordato che l'azione di accertamento ha il suo fondamento nello stato di incertezza oggettivo, circa l'esistenza di un rapporto giuridico, capace di produrre pregiudizio concreto e attuale, e dopo aver specificato che tale stato di incertezza si sostanzia in un'illegittima situazione di fatto continuativa che si protrae di *diem in diem* – pertanto capace di rinnovare quotidianamente le condizioni dell'interesse ad agire, senza che sia possibile individuare, prima che cessi, un unico momento che costituisca il *diem a quo* ai fini della prescrizione dell'azione di accertamento mentre, nel contempo, al suo cessare fa venir meno dello stesso fondamento dell'azione –, si è pronunciata circa l'indifferenza della causa che genera lo stato di incertezza da cui scaturisce la legittimazione all'azione di accertamento, affermando che le ragioni dell'incertezza non rilevano ai fini della imprescrittibilità dell'azione dichiarativa. Tale affermazione, posta a corollario del suo ragionamento, è stata, quindi, utilizzata per escludere in maniera più ferma la fondatezza delle pretese della ricorrente, ritenute basate su elementi irrilevanti. Nella specie, l'E.N.E.L. adduceva la piena consapevolezza del lavoratore circa l'esclusione del compenso per lavoro straordinario dal coacervo delle voci retributive assunte a base del calcolo del T.F.R., per effetto della comunicazione del prospetto degli accantonamenti operata ai sensi dell'art.

2 della legge n. 297/1982; consapevolezza da cui si faceva dipendere la decorrenza del termine di prescrizione dell'azione di accertamento e quindi l'inesperibilità di quella di condanna. In proposito, invero, già la Corte territoriale aveva negato che fosse maturata la prescrizione eccepita dalla società, individuando nella data della cessazione del rapporto di lavoro l'inizio della decorrenza del termine ed escludendo che la pratica della comunicazione relativa agli accantonamenti nel corso del rapporto avesse alcun tipo di rilievo.

Serena Zitti

*Dottoranda di Ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato
presso l'Università degli Studi «G. D'Annunzio» di Pescara*

I

CASSAZIONE, 25 maggio 2006, n. 12445, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. De Luca, P.M. Matera (Conf.) – M. M. (avv. Brognieri) c. A.N.M.I.L. – Associazione Nazionale Mutilati e Invalidi Del Lavoro (avv. Martorano).

Mobbing – Art. 2087 cod. civ. – Inadempimento dell’obbligo di sicurezza – Natura contrattuale – Ripartizione dell’onere della prova – Prova liberatoria – Estremi.

Nell’ipotesi dell’accertamento di fatti mobbizzanti che hanno determinato al prestatore di lavoro delle rilevanti conseguenze sul piano morale e psico-fisico, la responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ. ha natura contrattuale e lo stesso non assolve l’onere della prova liberatoria posta a suo carico se invece di dimostrare di aver adottato misure idonee a prevenire il dedotto evento dannoso si limita a dedurre iniziative volte alla repressione e non già alla prevenzione di comportamenti di tipo vessatorio. (1) (Massima non ufficiale)

II

CASSAZIONE, 6 marzo 2006, n. 4774, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Miani Canevari, P.M. Funzio (Conf.) – M. M. (avv.ti Salemi e D’Angelo) c. Unicredito S.p.a. (avv. Wongher e Melchiorri).

Mobbing – Fattispecie – Obblighi di sicurezza ex art. 2087 cod. civ. – Violazione – Estremi.

Costituisce mobbing l’insieme delle condotte datoriali protratte nel tempo e con le caratteristiche della persecuzione finalizzata all’emarginazione del dipendente con comportamenti datoriali, materiali o provvedimentali, indipendentemente dall’inadempimento di specifici obblighi contrattuali o dalla violazione di specifiche norme attinenti alla tutela del lavoratore subordinato. Sicché, la sussistenza della lesione del bene protetto e delle sue conseguenze deve essere verificata – procedendosi alla valutazione complessiva degli episodi dedotti in giudizio come lesivi – considerando l’idoneità offensiva della condotta, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell’azione nel tempo, dalle sue ca-

ratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, risultanti specificamente da una connotazione emulativa e pretestuosa. (2)

I

(*Omissis*) 1. Con il primo motivo di ricorso – denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (artt. 1228, 2087, 2104, comma 2, 2118, 2119, 2909 cod. civ., 2, 15, 32, 35 Cost., 4, 9, legge 20 maggio 1970, n. 300) nonché vizio di motivazione (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.) – M. M. censura la sentenza impugnata – per averle negato il risarcimento dei danni subiti, in dipendenza delle vessazioni del Presidente dell'Associazione dalla quale dipendeva (Associazione nazionale mutilati e invalidi del lavoro – A.N.M.I.L. – Sezione provinciale di Potenza) – sebbene inducessero a opposta decisione, tra l'altro, le circostanze e le considerazioni seguenti:

il riconoscimento della natura contrattuale della dedotta responsabilità (per violazione dell'art. 2087) e del nesso di causalità – tra il comportamento del Presidente dell'associazione e i danni (alla personalità morale e all'integrità psico-fisica) – nonché l'assenza della prova liberatoria – a carico del datore di lavoro – di avere adempiuto i propri obblighi di tutela (della personalità morale, appunto, e della integrità psico-fisica) del lavoratore, non potendosi considerare tali eventuali provvedimenti di repressione dei comportamenti illeciti dell'autore delle vessazioni;

comunque la responsabilità per fatto del terzo (art. 1228 cod. civ.) è «una forma di responsabilità obiettiva, indipendente, cioè, dalla colpa del soggetto responsabile»;

peraltro la colpa del datore di lavoro risulta accertata – con autorità di giudicato – dalla sentenza di primo grado, laddove riconosce il diritto dell'attuale ricorrente alla indennità sostitutiva del preavviso – che suppone, appunto, la colpa del datore di lavoro – in dipendenza delle dimissioni per giusta causa.

Con il secondo motivo – denunciando violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2087, 2697 cod. civ.), nonché vizio di motivazione (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.) – la ricorrente censura la sentenza impugnata – per averle negato il risarcimento dei danni subiti, in dipendenza delle vessazioni del Presidente dell'Associazione dalla quale dipendeva (Associazione nazionale mutilati e invalidi del lavoro – A.N.M.I.L. – Sezione provinciale di Potenza) – sebbene sia «pacifico che

nessun controllo sia stato posto in essere» dall'Associazione, che – intervenuta a seguito di segnalazione della stessa lavoratrice – si è limitata al deferimento del responsabile delle vessazioni al collegio dei probiviri, mentre non ne risulta neanche la sospensione.

Il ricorso è fondato.

2. Invero il diritto al risarcimento è subordinato alla sussistenza dei presupposti rispettivi – almeno in parte diversi – della responsabilità civile, contrattuale oppure *extra* contrattuale (vedi, per tutte, Cass. nn. 16250, 2357/2003, 15133, 1114/2002).

Infatti la colpa risulta, bensì, essenziale per qualsiasi tipo di responsabilità civile, ma – solo per quella contrattuale – vige il regime particolare (previsto dall'art. 1218 cod. civ.) per la ripartizione dell'onere probatorio (vedi, per tutte, Cass. nn. 16250/2003, 15133/02, 12763/98).

Ne risulta, infatti, stabilita – in deroga ai principi generali nella stessa materia (di cui all'art. 2697 cod. civ.), applicabili invece a ogni altro tipo di responsabilità – la presunzione legale di colpa, appunto, a carico del (debitore inadempiente) responsabile del danno da risarcire (vedi, per tutte, Cass. nn. 16250, 2357/2003, 15133/02, cit., nn. 3162/2002, 602/2000, 9247, 7792/98, 4078/95).

Di conseguenza, risulta dispensato dall'onere probatorio relativo proprio il creditore danneggiato, che – in quanto agisce per il risarcimento – ne sarebbe gravato in base ai principi generali in materia (di cui all'art. 2697 cod. civ.).

3. Ora ha *natura contrattuale* – ad avviso della giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze n. 15133/02, cit., nn. 9385/2001, 291/1999 delle Sezioni Unite, e nn. 16250, 2357/2003, 4129, 3162/2002, 14469, 5491, 1307, 602/2000, 7792/1999, 12763, 9247, 3367/1988 della Sezione lavoro) – la responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 cod. civ.), che gli impone l'adozione delle misure – di sicurezza e prevenzione, appunto – che, «secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro».

D'altro canto, nessun dubbio può sussistere sulla prospettata qualificazione giuridica della stessa responsabilità – di *natura contrattuale*, appunto – ove si consideri, da un lato, che il contenuto del contratto individuale di lavoro risulta integrato – per legge (ai sensi dell'art. 1374 cod. civ.) – dalla disposizione che impone l'obbligo di sicurezza (art. 2087 cod. civ., cit., appunto) e, dall'altro, che la responsabilità contrat-

tuale è configurabile tutte le volte che risulti fondata sull'inadempimento di un'obbligazione giuridica preesistente, comunque assunta dal danneggiante nei confronti del danneggiato.

4. Dalla prospettata natura contrattuale della responsabilità, la stessa giurisprudenza ricava, per quel che qui interessa, significative implicazioni sul piano della distribuzione degli oneri probatori relativi.

Come è già stato anticipato, infatti, la presunzione legale di colpa – stabilita (dall'art. 1218 cod. civ., cit.) a carico del datore di lavoro inadempiente all'obbligo di sicurezza (di cui all'art. 2087, cit.) – deroga, parzialmente, il principio generale (art. 2697 cod. civ.), che impone – a «chi vuol fare valere un diritto in giudizio» – l'onere di provare i «fatti che ne costituiscono il fondamento».

Non ne risulta, tuttavia, una ipotesi di responsabilità oggettiva, né la dispensa, da qualsiasi onere probatorio, del lavoratore danneggiato.

Questi, infatti, resta gravato – in forza del ricordato principio generale (art. 2697 cod. civ., cit., appunto) – dell'onere di provare il «fatto» costituente inadempimento dell'obbligo di sicurezza nonché il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento stesso e il danno da lui subito, mentre esula dall'onere probatorio a carico del lavoratore – in deroga, appunto, allo stesso principio generale – la prova della colpa del datore di lavoro danneggiante, sebbene concorra a integrare la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento (come a ogni altro rimedio contro il medesimo inadempimento).

È lo stesso datore di lavoro, infatti, a essere gravato (ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.) – quale «debitore», in relazione all'obbligo di sicurezza, appunto – dell'onere di provare la non imputabilità dell'inadempimento.

In altri termini, la prova *sull'imputazione materiale* e su quella *psicologica* del danno (secondo una classica bipartizione dottrinarica) – anziché essere concentrata sul lavoratore (come, in genere, sul creditore) danneggiato, che agisca per ottenere il risarcimento – risulta ripartita, in ipotesi di responsabilità contrattuale appunto, tra lo stesso lavoratore (e, in genere, creditore) e, rispettivamente, il datore di lavoro (e, in genere, il debitore).

5. Affatto diverso risulta, tuttavia (anche), il contenuto dei rispettivi oneri probatori a seconda che le misure di sicurezza – asseritamente omesse – siano espressamente e specificamente definite dalla legge (o da altra fonte parimenti vincolante), in relazione a una valutazione preventiva di rischi specifici (quali le misure previste dal decreto legislati-

vo n. 626 del 1994 e successive integrazioni e modifiche, come dal precedente d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547), oppure debbano essere ricavate dalla stessa disposizione (art. 2087 cod. civ., cit.) che impone *l'obbligo di sicurezza*.

Nel primo caso – di misure di sicurezza (o prevenzione), per così dire, *nominate* – il lavoratore ha l'onere di provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa – cioè il rischio specifico, che s'intende prevenire o contenere – nonché, ovviamente, il nesso di causalità materiale tra l'inosservanza della misura e il danno subito.

La prova liberatoria a carico del datore di lavoro, poi, parimenti si esaurisce nella negazione degli stessi fatti provati dal lavoratore: negazione, cioè, dell'obbligo o, comunque, dell'inadempimento – in relazione a quella stessa misura di sicurezza (o di prevenzione) – nonché del nesso di causalità tra inadempimento e danno.

È da escludersi, invece, che possa risultare parimenti liberatoria la prova della «impossibilità sopravvenuta» della prestazione di sicurezza – che sia stata omessa – risolvendosi la prestazione stessa, almeno di regola, nella messa a disposizione di beni generici, per i quali non è configurabile, appunto, l'istituto dell'impossibilità sopravvenuta.

Nel secondo caso – di misure di sicurezza (o prevenzione), per così dire, *innominate* – fermo restando l'onere probatorio a carico del lavoratore, la prova liberatoria, a carico del datore di lavoro, risulta invece variamente definita in relazione alla quantificazione della diligenza (ritenuta) esigibile – nella predisposizione di quelle misure di sicurezza – e perciò registra, anche in giurisprudenza, significative oscillazioni – che non rilevano, tuttavia, per la decisione della presente controversia – tra l'imposizione al datore di lavoro dell'onere di provare l'adozione di ogni misura idonea a evitare l'infortunio dedotto in giudizio (vedi, per tutte, Cass. n. 9401/95) oppure soltanto l'adozione di comportamenti specifici, non imposti dalla legge (o da altra fonte di diritto parimenti vincolante), ma suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, *standard* di sicurezza adottati normalmente o da altre fonti analoghe (vedi, per tutte, Corte Cost. n. 312/96, Cass. nn. 16250/2003, 3740/95).

6. Il datore di lavoro, poi, è responsabile dei danni subiti dal proprio dipendente non solo quando ometta di adottare idonee misure protettive, ma anche quando ometta di controllare e vigilare che di tali misure sia fatto effettivamente uso (anche) da parte dello stesso

dipendente, con la conseguenza che – secondo la giurisprudenza di questa Corte (vedine, per tutte, le sentenze nn. 16250, 2357/2003, 15133/02, cit., nn. 9304, 9016, 5024, 326/02, 7052/01, 13690/00, 6000/98, 4227/92) – si può configurare un esonero totale di responsabilità per il datore di lavoro, appunto, solo quando il comportamento del dipendente presenti i caratteri dell'abnormità e dell'assoluta imprevedibilità (sullo specifico punto, vedi, per tutte, Cass. nn. 13690/2000, 326/2002, cit.).

Alla luce dei principi di diritto enunciati, la sentenza impugnata merita le censure – che le vengono mosse dalla ricorrente – non solo per violazione dei principi di diritto enunciati, ma anche sotto il profilo del vizio di motivazione (art. 360, n. 5, cod. proc. civ.).

(*Omissis*)

Coerente con la giurisprudenza di questa Corte (vedine le sentenze n. 8438/2004 delle Sezioni Unite, n. 6326/2005 della Sezione lavoro) risulta, poi, la qualificazione come contrattuale – che la sentenza impugnata propone – della dedotta responsabilità del datore di lavoro (e attuale resistente) per danno da *mobbing*, derivante da inadempimento dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 cod. civ.).

Né lo stesso datore di lavoro (e attuale resistente) assolve l'onere della prova liberatoria – che, per quanto si è detto, è posto a suo carico – in quanto, lungi dall'allegare (e, tanto meno, dal dimostrare) l'adozione di una qualsiasi misura idonea a prevenire il dedotto evento dannoso, si limita alla deduzione di una propria iniziativa (quale il deferimento, al collegio dei probiviri, del responsabile dei «fatti mobbizzanti»), volta alla repressione – non già alla prevenzione – degli stessi «fatti mobbizzanti», che – come è stato accertato, con autorità di giudicato – «hanno prodotto (alla lavoratrice) delle rilevanti conseguenze sul piano morale e psico-fisico».

Tanto basta per accogliere il ricorso. (*Omissis*)

II

(*Omissis*) Un primo aspetto riguarda la dedotta omessa valutazione complessiva degli episodi posti a fondamento della pretesa azionata, che dovevano essere considerati nell'ambito del fenomeno del *mobbing* (anche se corrispondenti singolarmente e astrattamente a comportamenti leciti del datore di lavoro) in quanto diretti a cagionare nel dipendente turbamenti psicologici e disturbi di salute.

(Omissis)

1.2. Si imputa poi alla Corte territoriale di non avere riconosciuto il valore dei singoli episodi e la loro appartenenza a un medesimo progetto aziendale mirato al progressivo allentamento e isolamento del M.

(Omissis)

2.1. Le censure non meritano accoglimento. In primo luogo si osserva che la Corte territoriale ha esaminato le doglianze dell'appellante seguendo la sua prospettazione di una fattispecie di danno derivante da una condotta del datore di lavoro protratta nel tempo e con le caratteristiche della persecuzione, finalizzata all'emarginazione del lavoratore. In questa ottica, ha condiviso l'affermazione dell'esigenza di una valutazione complessiva degli episodi dedotti in giudizio, che non risulta contraddetta dal risultato dell'indagine, fondata sull'analisi dei singoli comportamenti del datore di lavoro di cui si deduce il carattere lesivo.

Le circostanze esaminate acquistano rilevanza ai fini dell'accertamento di una condotta sistematica e protratta nel tempo, che concreta, per le sue caratteristiche vessatorie, una lesione dell'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, garantite dall'articolo 2087 cod. civ.; tale illecito, che rappresenta una violazione dell'obbligo di sicurezza posto da questa norma generale a carico del datore di lavoro, si può realizzare con comportamenti materiali o provvedimenti del datore di lavoro indipendentemente dall'inadempimento di specifici obblighi contrattuali previsti dalla disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

La sussistenza della lesione del bene protetto e delle sue conseguenze dannose deve essere verificata considerando l'idoneità offensiva della condotta del datore di lavoro, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell'azione nel tempo, dalle sue caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, risultanti specialmente da una connotazione emulativa e pretestuosa, anche in assenza di una violazione di specifiche norme di tutela del lavoratore subordinato.

3.0. Tali criteri sono stati seguiti dalla sentenza impugnata, che ha escluso, con congrua motivazione, la configurabilità di un disegno persecutorio realizzato mediante i vari comportamenti indicati dal M.

(Omissis)

Il ricorso deve essere quindi respinto. *(Omissis)*

(1) IL *MOBBING* E L'ONERE DELLA PROVA:
FATTISPECIE A FORMAZIONE COMPLESSA

1. — *La responsabilità del datore di lavoro per inadempimento dell'obbligo di sicurezza* — Con la sentenza che si commenta la Suprema Corte analizza le fattispecie del *mobbing*, della responsabilità contrattuale *ex art.* 2087 cod. civ. e della ripartizione dell'onere della prova tra le parti.

Secondo la ricostruzione della Cassazione, nel caso in cui vengano dedotti comportamenti illegittimi, di tipo vessatorio, posti in essere dal datore (o dai suoi dipendenti) sul luogo di lavoro, l'art. 2087 cod. civ. risulta essere la norma «cardine» posta a fondamento della tutela della salute del lavoratore. Nel caso di specie, la Suprema Corte assume che tale norma impone un obbligo di sicurezza da cui deriva una responsabilità, di tipo contrattuale, a carico di colui che deve porre in essere specifiche misure «nominate» e «innominate» atte a prevenire piuttosto che a reprimere, a posteriori, determinati eventi, avendo come dato di riferimento, in particolare, «le significative implicazioni sul piano della distribuzione degli oneri probatori relativi».

Secondo i giudici di legittimità la sentenza impugnata ha accertato che «i fatti mobbizzanti, posti in essere dal P. hanno prodotto (alla lavoratrice) delle rilevanti conseguenze sul piano psico-fisico»; il ricorso viene quindi accolto partendo dal presupposto che tale accertamento in fatto «conferma (anche), sul punto, la sentenza di primo grado, disattendendo la domanda in senso contrario, riproposta in appello dall'attuale resistente (ai sensi dell'art. 346 cod. proc. civ.) — che ha acquistato autorità di giudicato, non risultando investito da ricorso incidentale della stessa resistente».

La Corte conclude il proprio ragionamento affermando che nella fattispecie posta al proprio esame il datore non ha assolto la prova liberatoria posta a suo carico in quanto non ha dimostrato «l'adozione di una qualsiasi misura idonea a prevenire il dedotto evento dannoso» essendosi limitato, invece, a dedurre solo un'iniziativa «volta alla repressione e non alla prevenzione degli stessi fatti mobbizzanti» (nella specie il deferimento del responsabile dei cosiddetti fatti mobbizzanti al collegio dei probiviri); fatti, questi, che, come sopra accennato, avevano determinato alla lavoratrice delle «rilevanti conseguenze sul piano morale e psico-fisico».

A parere di chi scrive, tuttavia, non essendo stati delineati specificatamente nella sentenza *de qua* i fatti di causa, risulta difficile comprendere appieno la portata e l'entità degli atteggiamenti cosiddetti mobbizzanti, come dedotti in giudizio (se non un generico riferimento a comportamenti vessatori tenuti nei confronti della lavoratrice da parte dal Presidente dell'Associazione convenuta che avrebbero determinato le dimissioni della medesima per giusta causa), dovendosi così rappresentare la vicenda partendo dalla sua conclusione, ovvero dal principio di diritto sopra espresso.

Parafasando un celebre passo shakespeariano, tratto dal Giulio Cesare, si può affermare che nella sentenza oggi in commento solo «la fine è nota», senza che però sia possibile rinvenire ulteriori riferimenti riguardanti la *vexata quaestio* del fenomeno *mobbing*, con le sue alterne interpretazioni da parte della dottrina e della giurisprudenza.

2. — *Il mobbing quale fattispecie a formazione complessa: cenni* — Si rileva tuttavia che nella sentenza in esame i giudici hanno comunque accertato, come sopra

evidenziato, che i fatti mobbizzanti posti in essere dal Presidente dell'Associazione hanno determinato alla lavoratrice delle rilevanti conseguenze sul piano morale e psico-fisico; da tale illegittimo comportamento, secondo la Suprema Corte, consegue una «responsabilità da *mobbing*, derivante da inadempimento dell'obbligo di sicurezza (art. 2087 cod. civ.)».

Per completezza di trattazione, prima ancora di entrare nel merito dell'altra questione oggetto della sentenza, ovvero la ripartizione dell'onere della prova in caso di responsabilità contrattuale *ex* art. 2087 cod. civ., risulta necessario delineare, seppur brevemente, il fenomeno del *mobbing*, partendo dal presupposto che la sentenza in analisi, espressamente, ha accertato, comunque, una «responsabilità del datore di lavoro per danno da *mobbing*».

Il *mobbing* a oggi, tranne alcune valorizzazioni normative (come l'inserimento di tale fattispecie nel punto 4.9 del d.P.R. 23 maggio 2003, di approvazione del piano sanitario nazionale 2003-2005, la Risoluzione del Parlamento europeo n. AS-0283/2001 del 21 settembre 2001, la Circolare I.N.A.I.L. del 17 dicembre 2003, n. 73, intitolata «disturbi psichici da costrittività organizzativa sul lavoro» che individua una serie di comportamenti che configurano *mobbing*), è priva di una vera e propria tipizzazione legislativa, nonostante le varie leggi regionali ultimamente emanate e che, peraltro, hanno superato il vaglio della Corte Costituzionale (in merito, si vedano: la sentenza della Corte Costituzionale n. 22 del 2006 che ha respinto le censure di legittimità avanzate dal governo contro la legge sul *mobbing* della Regione Abruzzo n. 26/2004, in *Lavoro giur.*, 3, 2006, pp. 261 ss., con nota di Roberta Nunin, nonché, in segno analogo, la sentenza della Corte Costituzionale n. 239 del 2006 che ha respinto le censure di legittimità avanzate dal governo contro la legge sul *mobbing* della Regione Friuli Venezia Giulia n. 7/2005, in *Lavoro giur.*, 8, 2006, pp. 766 ss., con nota di Roberta Nunin; di contro, sulla incostituzionalità della legge della Regione Lazio 11 luglio 2002, n. 16, si veda Corte Costituzionale 19 dicembre 2003, n. 359, in *FI*, 2004, I, c. 1692, con nota di A. M. Perrino).

Innanzitutto, occorre tracciare, seppur succintamente, stante il breve spazio di questa nota, quantomeno una definizione di *mobbing* alla luce delle elaborazioni interpretative fornite da parte della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare, un autorevole Autore, pacificamente ritenuto il cosiddetto «padre del *mobbing*», sin dagli inizi degli anni novanta ha definito il *mobbing* sul lavoro come «una comunicazione ostile e contraria ai principi etici, perpetrata in modo sistematico da una o più persone principalmente contro un singolo individuo che viene per questo spinto in una posizione di impotenza e impossibilità di difesa...»; il medesimo ha indicato, peraltro, come base di riferimento per l'accertamento di tale fenomeno, una serie di comportamenti e di variabili temporali (in tal senso Heinz Leymann, nella traduzione di H. Ege, in *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 33, 2002).

Si è sostenuto in dottrina che il *mobbing* sia «una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente e in costante progresso in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità...» (Harald Ege, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Giuffrè, 39, 2002). Si segnala, inoltre, che la dottrina ha espresso numerosi contributi sul *mobbing*, adottando diverse soluzioni interpretative in merito all'onere del-

la prova e alla risarcibilità del danno che, tuttavia, per brevità, non saranno segnatamente approfonditi in questa sede (in merito, tra i molti, si veda: Piccinini, *Mobbing – lavoro privato e pubblico*, in *EGT*, Roma, 2005; Scognamiglio, *A proposito del mobbing*, in *RIDL*, 2004, I, p. 489; F. Carinci, *Il mobbing: un fantasma si aggira per le aule giudiziarie*, in *Law. giur.*, 2003, pp. 1097 ss.; R. Del Punta, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *LD*, 2003, p. 539; Cimaglia, *Riflessioni su mobbing e danno esistenziale*, in *q. Riv.*, 2002, pp. 91 ss.; Fodale, *La valutazione del danno da mobbing*, in *q. Riv.*, 2002, pp. 116 ss.; Bona, Monteri, Oliva, *La responsabilità civile nel mobbing*, IPSOA, 2002).

In merito poi all'evoluzione giurisprudenziale di tale fattispecie, le prime sentenze di merito che hanno preso in considerazione il fenomeno del *mobbing* sul posto di lavoro sono state emesse dalla Sezione lavoro del Tribunale di Torino, con le ormai celeberrime decisioni del 16 novembre 1999 e del 30 dicembre 1999 (pubblicate in *RIDL*, 1999, II, p. 326, e in *FI*, 2000, I, c. 1555). In tali pronunce, i giudici hanno recepito le indicazioni fornite dalla psicologia del lavoro e dalla sociologia, stabilendo che esiste *mobbing* quando «il dipendente è oggetto ripetuto di soprusi [...] e vengono poste nei suoi confronti pratiche dirette a isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, a espellerlo; pratiche il cui effetto è di intaccare gravemente l'equilibrio psichico del prestatore, menomandone la capacità lavorativa e la fiducia in sé stesso e provocando catastrofe emotiva, depressione e talora suicidio». Peraltro, tali questioni riguardavano casi di prevaricazioni posti in essere, come nella vicenda *de qua*, da parte di superiori del lavoratore.

Successivamente, la giurisprudenza ha mostrato un interesse sempre maggiore verso queste problematiche. Ad esempio, il Tribunale di Pisa, con sentenza del 03 ottobre 2001, sebbene la vicenda giudiziaria fosse riferita a un caso di molestie sessuali, ha circostanziato in maniera puntuale il tema del *mobbing* definendolo come «una forma di pressione, di accerchiamento, sì che il lavoratore possa avvertire questa sorta di presenza costante, il fiato sul collo, la consapevolezza che ogni manifestazione della sua personalità non gradita al datore possa comportare conseguenze pregiudizievoli sul piano del rapporto contrattuale».

Per quanto riguarda sempre l'esegesi giurisprudenziale, si rileva che la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 143 del 8 gennaio 2000 (in *FI*, 2000, I, c. 1554), ha affermato che «il *mobbing* è l'aggreddire la sfera psichica altrui». Il caso esaminato dalla citata Cassazione riguardava una sorte di violenza sottile e oppressiva, in cui, comportamenti più o meno rilevanti, ma che, ripetuti e ininterrotti, diventano ossessivi e insopportabili. Una violenza nascosta e silenziosa, ma non meno invasiva e qualche volta peggiore di quella fisica; una violenza per colpire la volontà e indurre all'errore o alle dimissioni. In sostanza, la Suprema Corte ha affermato che un tale comportamento può costituire una violenza morale, talvolta peggiore di quella fisica. Con la sentenza n. 143 del 2000, la Cassazione fornisce quindi risposte adeguate alla richiesta di offrire una corretta lettura di questo crescente fenomeno, avente implicazioni anche sociologiche, con un'interpretazione moderna anche per quanto riguarda l'onere della prova, sostenendo, infatti, che «è confermata la necessità di una prova rigorosa, ma con la convinzione che provare un'intenzione è quasi impossibile, perché bisognerebbe indagare all'interno della coscienza delle persone». La Cassazione afferma allora che, «per riconoscere la rilevanza invasiva del descritto comportamento datoriale, è sufficiente la prova molto più semplice sia del danno che del nesso di causalità di quel comporta-

mento moralmente violento. Inoltre è sufficiente la prova di un danno non solo patrimoniale o alla salute, ma basta anche la prova del danno alla vita di relazione e del danno "biologico". Non è nemmeno necessario provare che il danno deriva da un'intenzione precisa: non è necessaria la prova del dolo, basta anche la semplice colpa».

Nella ricostruzione della nozione di *mobbing*, non si può prescindere dalla definizione assegnatagli dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 359 del 2003 (in *Lav. giur.*, 2004, pp. 353 ss.) che pone l'accento sulle condotte che «possono estrinsecarsi sia in atti giuridici veri e propri, sia in semplici comportamenti materiali, aventi in ogni caso, gli uni e gli altri, la duplice peculiarità di poter essere, se esaminati singolarmente, anche leciti, legittimi o irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia di acquisire comunque rilievo quali elementi della complessiva condotta caratterizzata nel suo insieme dall'effettiva e talvolta, secondo alcuni, dallo scopo di persecuzione ed emarginazione».

La Corte di Cassazione poi, in merito al comportamento persecutorio posto in essere da colleghi di lavoro, con conseguente responsabilità del datore di lavoro *ex art.* 2087 cod. civ., ha riconosciuto il pregiudizio subito dal lavoratore «che sia stato colto da una patologia ansioso-depressiva determinata da un globale comportamento anti-giuridico dei colleghi tollerato dal datore di lavoro»: nella specie, ripetuti scherzi verbali e azioni di disturbo appunto conosciuti dal datore di lavoro e che, tuttavia, nulla aveva fatto perché tale condotta avesse fine (si veda Cass., Sez. lav., 23 marzo 2005, n. 6326, con nota di Angelo Maria Perrino, *Danno da mobbing: perplessità sulla categoria*, in *FI*, I, pp. 3356 ss.).

Occorre però rilevare che alcune pronunce della giurisprudenza di merito tendono «a escludere una condotta di *mobbing* qualora il dipendente non provi che sia stata attuata nei propri confronti una strategia persecutoria» ricostruendo il fenomeno *mobbing* come quella «serie reiterata di comportamenti vessatori e prevaricatori posti in essere (*mobbing* verticale) o, comunque, tollerati (*mobbing* orizzontale) dal datore di lavoro, aventi come fine l'emarginazione del lavoratore, pubblico o privato, e, in ultima analisi, l'estromissione dalla struttura organizzativa dall'impresa» (Trib. di Marsala, 5 novembre 2004, in *FI*, I, pp. 3356 ss. e p. 3378). In merito a tale indirizzo giurisprudenziale, si rileva, tuttavia, che per il lavoratore risulta essere quasi impossibile riuscire a dimostrare la realizzazione da parte del datore di un piano preordinato, avente il fine di allontanarlo dall'azienda. Un siffatto onere, il più delle volte, risulta praticamente indimostrabile, proprio perché, nella maggior parte dei casi, gli atteggiamenti persecutori non sono mai palesi, ma spesso subdoli e nascosti e, quindi, per aggirare la cosiddetta *probatio diabolica*, all'interprete può essere utile l'ausilio fornito dall'istituto delle presunzioni semplici *ex art.* 2729 cod. civ. (norma peraltro richiamata anche dalla recente sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 6576/06, in tema di onere della prova in caso di dequalificazione professionale), essendo questo, probabilmente, uno strumento efficace e adeguato per superare quello che a volte può apparire uno «schema probatorio» troppo rigoroso.

3. — *La ripartizione dell'onere della prova* — Il mancato esercizio da parte del datore di lavoro di misure tese a evitare gli atti vessatori posti in essere dal Presidente della Associazione ha determinato l'insorgere, come detto, di una responsabilità contrattuale. Infatti, la società convenuta è venuta meno all'adempimento dell'obbligo sinal-

lagmatico di cui all'art. 2087 cod. civ., non avendo i suoi responsabili approntato le misure di prevenzione idonee a tutelare l'integrità fisica e morale della lavoratrice.

Orbene, partendo dal presupposto che la responsabilità datoriale ha natura contrattuale, occorre comprendere come debba essere ripartito l'onere della prova. In merito, si rileva che la sentenza in commento afferma che «la presunzione legale di colpa – stabilita (dall'art. 1218 cod. civ., cit.) a carico del datore di lavoro inadempiente all'obbligo di sicurezza (di cui all'art. 2087, cit.) – deroga, parzialmente, il principio generale (art. 2697 cod. civ.), che impone – a chi vuol fare valere un diritto in giudizio – l'onere di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento».

Da tale premessa, tuttavia, i giudici di legittimità non fanno discendere per il datore di lavoro una forma di responsabilità oggettiva in virtù della quale il lavoratore danneggiato risulterebbe «dispensato» da qualsiasi onere probatorio. Il lavoratore, infatti, secondo quanto stabilito dalla Suprema Corte, in virtù del principio generale di cui all'art. 2697 cod. civ., dovrà, comunque, provare il «fatto costituente inadempimento dell'obbligo di sicurezza nonché il nesso di causalità materiale tra l'inadempimento stesso e il danno da lui subito, mentre esula dall'onere probatorio a carico del lavoratore – in deroga, appunto, allo stesso principio generale – la prova della colpa del datore di lavoro danneggiante, sebbene concorra a integrare la fattispecie costitutiva del diritto al risarcimento (come a ogni altro rimedio contro il medesimo inadempimento)».

In altri termini spetterà al datore di lavoro (ai sensi dell'art. 1218 cod. civ.) «provare la non imputabilità dell'inadempimento», risultando il medesimo contrattualmente responsabile in quanto «debitore» della sicurezza. Secondo i giudici di legittimità quindi, vertendosi in ipotesi di responsabilità contrattuale, «la prova sull'imputazione materiale e su quella psicologica del danno (secondo una classica bipartizione dottrinarica) – anziché essere concentrata sul lavoratore (come, in genere, sul creditore) danneggiato, che agisca per ottenere il risarcimento» – dovrà essere ripartita tra il lavoratore (creditore) e datore (debitore).

La Cassazione quindi, sempre nella sentenza *de qua*, appronta una disamina della ripartizione probatoria dell'onere della prova *ex art.* 2087 cod. civ. a seconda che il datore di lavoro abbia presuntivamente violato oppure omissivo di predisporre «misure di prevenzione nominate» (nel senso di specifici adempimenti espressamente stabiliti per legge, come ad es. quelli derivanti dall'applicazione del d.lgs. n. 626 del 1994, dal d.P.R. n. 547 del 1955) ovvero «innominate» (in quanto derivanti dal generale obbligo di sicurezza *ex art.* 2087 cod. civ.).

In tal senso, la sentenza in commento ha affermato che, nel primo caso (misure nominate), sia sufficiente per «il lavoratore provare soltanto la fattispecie costitutiva prevista dalla fonte impositiva della misura stessa – cioè il rischio specifico, che s'intende prevenire o contenere – nonché, ovviamente, il nesso di causalità materiale tra l'inosseranza della misura e il danno subito», mentre il datore di lavoro dovrà fornire solo la prova liberatoria, consistente appunto nella «negazione, cioè, dell'obbligo o, comunque, dell'inadempimento – in relazione a quella stessa misura di sicurezza (o di prevenzione) – nonché del nesso di causalità tra inadempimento e danno».

Nel secondo caso (misure innominate), la prova liberatoria a carico del datore di lavoro «risulta invece variamente definita in relazione alla quantificazione della diligenza (ritenuta) esigibile – nella predisposizione di quelle misure di sicurezza». In or-

dine a quest'ultima affermazione, anche se questo tipo di prova non riguarda propriamente il caso di specie, i giudici di legittimità hanno evidenziato la non omogeneità della giurisprudenza su tale punto; al riguardo, si rileva che sono state richiamate in motivazione le diverse interpretazioni giurisprudenziali relative alla diligenza esigibile sulle misure di sicurezza «innominate», venendo riportato sia l'orientamento relativo «all'imposizione al datore di lavoro dell'onere di provare l'adozione di ogni misura idonea a evitare l'infortunio dedotto in giudizio» (vedi, per tutte, Cass. n. 9401/95), sia l'indirizzo relativo all'obbligo per il datore di lavoro di adottare «comportamenti specifici, non imposti dalla legge (o da altra fonte di diritto parimenti vincolante), ma suggeriti da conoscenze sperimentali e tecniche, *standard* di sicurezza adottati normalmente o da altre fonti analoghe (vedi, per tutte, Corte Cost. n. 312/96, Cass. nn. 16250/2003, 3740/95)».

In conclusione, si può pacificamente sostenere che, poiché il datore di lavoro è contrattualmente tenuto a garantire l'integrità fisica e psichica e la personalità morale dei propri dipendenti, il medesimo ha l'obbligo di impedire e scoraggiare ogni dinamica che non possa garantire tale tutela. Il dovere di prevenzione riguarda quindi anche i comportamenti di tipo vessatorio e persecutorio, cosiddetto *mobbing*, che, in virtù di quanto sopra evidenziato, risulta essere una forma di violenza morale che può causare turbe e malesseri di varia natura e peso, in misura tale da configurare un grave danno alla salute psico-fisica, come, difatti, è stato acclarato nel caso di specie. In buona sostanza, il datore di lavoro è tenuto a prevenire i fatti mobbizzanti dovendo adoperarsi anche con misure di prevenzione di tipo innominato, non essendo sufficiente, per un eventuale esonero di responsabilità, un successivo comportamento repressivo di tali fatti persecutori. L'articolo 2087 cod. civ. costituisce infatti, secondo quanto sostenuto dalla dottrina, una «norma di chiusura» del sistema giuridico della sicurezza del lavoro, con evidenti caratteristiche di «norma aperta», volta a supplire alle lacune di una disciplina specifica che non può prevedere ogni fattore di rischio (A. Lorusso, *L'art. 2087 cod. civ. e la responsabilità per danni all'integrità psico-fisica del lavoratore*, nota a Cass., Sez. lav., 29 marzo 1995, n. 3740, in *MGL*, 1995, p. 362).

Sul punto, si rileva che la Corte di Cassazione (in merito appunto all'adozione di misure di prevenzione cosiddette innominate) ha opportunamente statuito che il contenuto dell'obbligo contenuto *ex art.* 2087 cod. civ. «non può ritenersi limitato al rispetto della legislazione tipica di prevenzione, riguardando altresì il divieto, per il datore di lavoro, di porre in essere, nell'ambito aziendale, comportamenti che sono lesivi del diritto all'integrità psicofisica del lavoratore» (in merito si veda Cass. 2 maggio 2000, n. 5491, in *RFI*, 2000, voce *Lavoro*, n. 1756).

Secondo l'orientamento della Suprema Corte sopra citata l'art. 2087 cod. civ. non deve essere interpretato in chiave riduttiva, limitatamente al solo rispetto delle norme cd. previdenziali e antinfortunistiche, ma a esso va ricondotta qualsiasi forma di tutela alla salute e alla sicurezza del lavoratore, che sarebbero minate dai comportamenti vessatori posti in essere contro il prestatore di lavoro. È ormai indubbia l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo perfetto del prestatore di lavoro all'integrità psicofisica *ex art.* 2087 cod. civ. (di tale opinione sono: Bianchi D'Urso, *Profili giuridici della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Napoli, 1980, p. 57; Di Cerbo, Salerno, *La prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro nella giurisprudenza*, Padova, p. 130; Lepore, Medina, *Il diritto alla sicurezza sul lavoro*, Milano, 1984, p. 21).

Si può concludere la presente nota riportando l'insegnamento di un autorevole Autore, il quale, ha sostenuto che l'obbligo contenuto nell'art. 2087 cod. civ. «è diretto a tutelare interessi individuali in vista di interessi pubblici» (C. Smuraglia, *La sicurezza del lavoro e la sua tutela penale*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 82); si determina quindi, a parere di tale dottrina, un «obbligo bifrontale» nei confronti del datore di lavoro, rivolto «contemporaneamente verso due soggetti diversi, e cioè verso il lavoratore, da un lato, e verso lo Stato, dall'altro. Si ha così il fenomeno singolare di un obbligo in cui il soggetto passivo è uno solo (il datore di lavoro) mentre due sono i soggetti attivi, i creditori del debito che ne deriva (e cioè il lavoratore e lo Stato)».

Michelangelo Salvagni
*Cultore di Diritto del lavoro
nell'Università di Roma «La Sapienza»*

(2) *MOBBING*: QUANDO IL LAVORATORE VORREBBE LICENZIARE IL DATORE DI LAVORO!

Quando si parla di *mobbing* si può essere in accordo con quella parte della dottrina che ritiene che il fenomeno è vecchio; ciò che vi è di nuovo è solo il nome (così M. Miscione, *I fastidi morali sul lavoro e il mobbing*, in *Italian Labour Law e Journal*, 2000, 2: «La parola forse è nuova, ma il caso è vecchio; i giochi psicologici si rinnovano in continuazione, ma la tecnica è sempre la stessa»).

L'affermazione è vera: prima che nelle aule giudiziarie prendesse piede il termine *mobbing*, i casi di vessazioni assimilabili a esso erano già monitorabili nella giurisprudenza e il fatto che il termine non fosse stato ancora coniato non significa che l'ordinamento non consentisse di ritenere e qualificare la relativa condotta come illecito.

Se ne trova conferma nei precedenti dei giudici di merito, i quali, senza aver citato il termine *mobbing*, nella fase *paleolitica* ne avevano già messo in evidenza i tratti caratterizzanti prima che esso trovasse un formale riconoscimento a livello giurisprudenziale: «Il comportamento del datore di lavoro, che abusi dei propri poteri unilaterali di gestione del rapporto di lavoro con finalità persecutorie [...] e cagioni un danno alla sfera psicofisica del lavoratore, costituisce un illecito contrattuale ed espone il datore all'obbligo di risarcire il danno patrimoniale e biologico cagionato» [Trib. Lecce 29 luglio 1995, in *RFI*, 2002, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 874].

La valutazione della dignità della persona nelle dinamiche relazionali di gruppo, sotto il profilo psicologico, sociologico e della medicina del lavoro è il frutto della acquisita consapevolezza del fenomeno, mentre sotto il profilo giuridico è un altro passo avanti nella progressione del processo di valorizzazione della persona umana implicata nel rapporto di lavoro.

L'emergere del fenomeno nella considerazione delle scienze sociali evidenzia una distonia nel diritto del lavoro, connotato contemporaneamente da una legislazione orientata verso la riduzione delle tutele mediante una modulazione delle tipologie di lavoro e dall'emergere di una giurisprudenza inarrestabile nell'individuare, dentro il programma di garanzia della dignità e libertà della persona del lavoratore, in un seg-

mento sempre più anticipato, il punto di emersione della esigenza di tutela e, specularmente, il punto di rilevanza dell'illecito, scovando, nell'ambito dell'organizzazione del lavoro e dei modelli strutturali, nuove e più sottili forme di riduzione dell'uomo in schiavitù.

Tuttavia, sotto il profilo della tutela, la scelta di regolare il fenomeno del *mobbing* con legge non appare la soluzione più proficua: l'ordinamento ha già al suo interno norme e strumenti che consentono di qualificare il fenomeno come condotta illecita e di sanzionarla con un ampio strumentario di tutela sia a livello civile, che penale e amministrativo.

Le relazioni in azienda sono già sufficientemente regolate da leggi e intervenire con una specifica normativa per qualificare e reprimere un singolo fenomeno non è altro che un appesantimento dell'ordine giuridico, anche perché il miraggio di lauti risarcimenti, anche indotto da una particolare evidenza fornita dai *mass media* al *mobbing*, potrebbe comportare l'eccessivo e improprio ricorso alla specifica normativa di tutela o, come dice la dottrina, attraverso il risarcimento danni *tradire* lo spirito del diritto del lavoro «... sovrapponendo *essere* e *avere*» (I. Piccinini, *Sulla dignità del lavoratore*, in *ADL*, 2005, 3, p. 741).

Le suesposte ragioni inducono a ritenere che le clausole aperte dovrebbero essere quelle che meglio di ogni altro strumento consentono di approntare un sistema di tutela in quanto rispondono alla esigenza della valutazione del caso concreto.

La definizione di una fattispecie *ad hoc* comporterebbe, invece, un procedimento protocollare di sussunzione della ipotesi concreta in quella astratta, per cui, più che una valutazione, tale operazione costituisce un giudizio di omologazione.

Dunque, in relazione al *mobbing*, non può parlarsi di una categoria giuridica, ma solo di un fenomeno sociale di cui la giurisprudenza ha preso consapevolezza per allargare l'ambito di rilevanza dell'illecito datoriale e quello di tutela del lavoratore nel programma di promozione e protezione della personalità del prestatore d'opera.

Sotto questo profilo, quello specifico della tutela, allora appare giustificata la latitanza del legislatore statale nel dettare una disciplina giuridica specifica per questo fenomeno, potendosi ritenere che una applicazione del metodo dogmatico e la costruzione di una specifica fattispecie giuridica finisca per appesantire oltremodo l'ordinamento e tradursi nel classico comprensorio in cui un «eccesso di tutela» definisce uno stato di «difetto di tutela».

Le categorie aperte e generali poste dall'ordinamento allo stato sono sufficienti allo scopo di tutelare il lavoratore: ciò è quanto si evince dalla sentenza in commento.

Ad assetto normativo invariato, l'operatore giuridico che è chiamato a valutare un caso di *mobbing* si formerà, probabilmente, come prima convinzione, che la normativa di riferimento violata in maniera immediata e diretta è l'art. 2087 cod. civ.

La sentenza in commento, inserendosi ormai tra le molte che postulano il principio dedotto, ne fornisce conferma.

Per tale solo aspetto sicuramente non meriterebbe di essere annotata, tanto ormai è stato scritto in materia; tuttavia, un pregio ulteriore le si deve riconoscere, ossia quello della chiarezza che sembra portare in ordine a una sistemazione concettuale del fenomeno *mobbing*, innanzi tutto perché, all'interno del generale complesso delle condotte illecite, provvede a inquadrare la fattispecie nella categoria delle cd. *persecuzioni* preordinate alla estromissione o emarginazione del lavoratore.

La conseguenza più importante di una tale polarizzazione ricade sul processo di costruzione del paradigma del fenomeno in quanto il carattere qualificante è dato dalla congiunzione tra l'elemento modale e quello finale, sicché condotte astrattamente lecite, se valutate in maniera conglobata, finiscono per assumere il crisma dell'illiceità.

Già questi primi tratti consentono di ritenere, in linea con la dottrina e la giurisprudenza, che il paradigma del fenomeno è così costituito: 1) condotta vessatoria del datore di lavoro (elemento oggettivo); 2) apprezzabilità cronologica della sequenza dei comportamenti illeciti (elemento temporale); 3) qualificazione dei medesimi in termini di persecutorietà (elemento modale); 4) preordinazione alla estromissione e/o emarginazione del lavoratore (elemento finale).

Il *modus procedendi* nella valutazione della fattispecie è governato dal criterio funzionale, in quanto la condotta datoriale viene *indagata* in maniera conglobata mediante un esame complessivo dei singoli episodi (elemento soggettivo).

Qualora venga accertata la sussistenza dell'elemento oggettivo, di quello modale, di quello cronologico e di quello causale, la sentenza in commento conclude con il ritenere che la condotta del datore di lavoro rileva «... ai fini dell'accertamento di una condotta sistematica e protratta nel tempo, che concreta, per le sue caratteristiche vessatorie, una lesione dell'integrità fisica e la personalità morale del prestatore di lavoro, garantite dall'art. 2087 cod. civ.», senza che sia necessaria una ulteriore indagine sullo stato di affidamento datoriale in ordine alla colpevolezza.

Qui si pone un secondo tassello nella progressiva operazione di individuazione della valenza *mobbing* in termini giuridici: se la norma violata è l'art. 2087 cod. civ., prima ancora deve ritenersi violato l'art. 41, comma 2, Cost., laddove, nel rispetto della gerarchia delle fonti, entrambe le disposizioni tutelano la libertà, la dignità e la sicurezza del lavoratore mediante il divieto di atti e comportamenti che possano arrecare pregiudizio alla sua integrità psico-fisica e morale.

Il riferimento particolare all'art. 2087 cod. civ. consente di ritenere che l'illecito, in particolare, si specifica quale violazione dell'obbligo di sicurezza posto dalla norma.

Pertanto, il *mobbing* non è connotato da una costruzione protocollare di elementi predefiniti, ma di volta in volta, accertata la lesione del bene protetto, deve esserne verificata la ricorrenza «... considerando l'idoneità offensiva della condotta del datore di lavoro, che può essere dimostrata, per la sistematicità e durata dell'azione nel tempo, dalle sue caratteristiche oggettive di persecuzione e discriminazione, risultanti specialmente da una connotazione emulativa e pretestuosa, anche in assenza di una violazione di specifiche norme di tutela del lavoratore subordinato».

Questo *excursus* della sentenza si giustifica con il fatto che, declinando il provvedimento della Suprema Corte in tutti i suoi elementi, solo in una parte vi è un indiretto accenno all'elemento soggettivo (dolosa preordinazione della condotta in funzione emulativa) allorquando la sentenza parla della necessità di una *valutazione complessiva dei comportamenti* coniugabile con l'altra affermazione secondo cui la condotta, complessivamente considerata, è *finalizzata all'emarginazione del lavoratore*.

Per il resto, nella parte in cui fornisce indicazioni sugli elementi di prova da cui il giudice deve trarre convincimento, nessun accenno vi è al dolo o alla colpa, atteso che gli elementi da provare sono il carattere persecutorio o discriminatorio della condotta

rilevabile dalle sue caratteristiche oggettive, la sistematicità e durata dei comportamenti lesivi, la connotazione emulativa e pretestuosa di essi e l'irrilevanza della violazione di specifici obblighi derivanti dal rapporto di lavoro.

Sul piano sostanziale, invece, la sentenza in commento, censita correttamente nelle sue motivazioni, fa emergere un aspetto che, pur non esternato, appare evidentemente supposto nel ragionamento: il *mobbing*, prima di essere altro (violazione dell'art. 2087 cod. civ. e dell'obbligo di sicurezza), è la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede *in executivis* (artt. 1175 e 1375 cod. civ.), o, detto in altro modo senza che muti la sostanza, è *abuso* del diritto, nella specie del potere direttivo.

Si tratta della *buona fede oggettiva* quale generale criterio di comportamento che le parti devono avere nella esecuzione del contratto, così come chiaramente ritenuto dalla dottrina: «La norma che impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede è comunemente considerata una norma che concorre a formare il contenuto legale del contratto, a norma dell'art. 1374; sicché la violazione del dovere di esecuzione secondo buona fede è violazione del contratto, inadempimento contrattuale» (F. Galgano, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, in *Quaderni CSM*, 1996, p. 28).

Il dovere di buona fede, in questo senso, si coniuga, nella posizione speculare della violazione, con l'abuso del diritto: «La violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto può anche configurarsi come *abuso del diritto*: accade quando un contraente esercita verso l'altro i diritti che gli derivano dalla legge o dal contratto per realizzare uno scopo diverso da quello cui questi diritti sono preordinati» (F. Galgano, *Il dovere di buona fede e l'abuso del diritto*, cit., p. 30).

A ciò si riconduce il controllo giudiziario sull'esercizio del potere direttivo mediante l'imposizione di una regola d'azione; questo è quanto sostiene la dottrina: «La violazione della correttezza [...] risiede nel comportamento» (B. Inzitari, in *Aa.Vv., Istituzioni di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2005, p. 450), sicché la norma che pone il dovere di correttezza è una regola d'azione che consente «... di aggiungere, affiancare o correggere la valutazione operata alla luce della disciplina legale con un criterio che si ispira alle regole della comune e appunto corretta esperienza, per far prevalere, eventualmente, sul formalismo del diritto, la sostanza delle finalità e degli interessi perseguiti dalle parti» (B. Inzitari, *op. loc. ult. cit.*).

Nel valutare queste considerazioni generali in materia di buona fede nella esecuzione del contratto, l'interprete deve tener conto che nello specifico campo del diritto del lavoro la protezione del lavoratore si pone oltre la protezione del semplice contraente in quanto tale.

Significativo, in questo senso, è l'indirizzo giurisprudenziale per il quale, «Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, l'art. 2103 cod. civ. fonda un diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della propria prestazione di lavoro; tale giurisprudenza motiva il suo convincimento [...] con la funzione del lavoro, che costituisce non solo un mezzo di sostentamento e di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità del lavoratore, ai sensi degli artt. 2, comma 1, 4, comma 1, e 35, comma 1, Cost. [...]; tale principio di diritto [...] trova sicuro fondamento giuridico in molteplici valutazioni giuridiche: il carattere del rapporto di lavoro subordinato, che non è puramente di scambio, ai sensi degli artt. 1174 e 1321 cod. civ., coinvolgendo la persona del lavoratore; e che costituisce altresì un contratto di organizzazione (art. 2094 cod. civ.), sicché la disciplina degli aspetti patrimoniali e la collaborazione nel-

l'impresa devono necessariamente coniugarsi con i precetti costituzionali di tutela della persona dell'uomo che lavora; il principio di esecuzione in buona fede del contratto di assunzione (art. 1375 cod. civ.)...» (Cass., Sez. lav., 1° giugno 2002, n. 7967).

Interessante è rilevare che la Cassazione, nel precedente appena citato, ha recepito il corretto ruolo che, nelle corrispettive posizioni contrattuali, assumono il datore di lavoro e il lavoratore in ordine allo scambio che pongono in essere nel rapporto di lavoro: «... mentre nel passato lo scambio veniva regolato essenzialmente per quel che riguarda gli aspetti della corrispettività, ora vengono esplicitamente regolamentati anche altri suoi non meno rilevanti aspetti, relativi allo svolgimento della prestazione e, in altri termini, all'esercizio dei poteri di supremazia» (F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, Milano, 1982, p. 64).

A questo punto, riportando il ragionamento alla correlazione tra clausole generali di buona fede e categoria dell'abuso del diritto, quando si parla di abuso di diritto, rispetto a quale diritto l'abuso si pone?

L'abuso più che al *diritto* è riferibile all'esercizio del *potere*, ossia all'esercizio del potere imprenditoriale di gestione del rapporto di lavoro, che, pur essendo un complemento della libertà d'iniziativa economica (art. 41 Cost.), soggiace al rispetto dei canoni generali di correttezza e buona fede (*ex plurimis*, vedi Cass. 07 luglio 2004, n. 11432).

Questo perché il datore di lavoro sta nel rapporto di lavoro con lo stesso obbligo di fedeltà che incombe sul lavoratore in una relazione di equivalenza e biunivocità che è l'effetto della riconduzione a equilibrio delle posizioni asimmetriche in attuazione dell'art. 3, comma 2, Cost. (in argomento vedi, in generale, A. Federici, *Lavoro irregolare e omissione contributiva. Tecniche di tutela e sistema sanzionatorio*, Metelica, 2006).

Con la sola differenza che, allorquando sia il lavoratore a violare il dovere, il datore di lavoro può disporre il licenziamento, mentre quando il dovere è violato dal datore di lavoro, il lavoratore non può licenziarlo, ma può solo dimettersi e uscire dal rapporto.

Se questa affermazione è il punto di approdo delle considerazioni contenute in questa nota, le stesse rappresentano amaramente l'essenza del fenomeno *mobbing* proprio perché esso viene posto in essere per estromettere il lavoratore dall'organizzazione aziendale o indurlo a dimettersi e uscire dal rapporto.

Allora, bisogna porre attenzione alla sequenza definitoria fornita dalla sentenza in commento e soppesare il valore dell'elemento cd. finale (lo scopo): le *persecuzioni* in cui si concreta il *mobbing* sono preordinate a indurre il lavoratore alle dimissioni o, laddove tale effetto non fosse sortito, a estrometterlo dal contesto lavorativo con la più radicale delle misure (il licenziamento) o con la emarginazione dalla comunità aziendale (inattività, marginalità, isolamento relazionale ecc.: qui la casistica è estremamente varia).

Conseguentemente, ciò che in questa nota è posto nell'ordine delle conclusioni, nel porsi innanzi il problema *mobbing* deve essere il punto iniziale per definire la sanzione; dunque, se il legislatore dovesse intervenire in materia, non potrebbe esimersi dal prevedere, tra le tante soluzioni adottabili, la possibilità da parte del lavoratore (*rec-tius*, del giudice) di *licenziare* il datore di lavoro: la soluzione può sembrare bizzarra e provocatoria e forse lo è veramente, magari destinata a rimanere nel «curiosario» delle affermazioni giuridiche, ma rimane il fatto che un datore di lavoro che non rispetta o

non è in grado di far rispettare la libertà, la dignità e la sicurezza dei propri lavoratori non può nemmeno operare come datore di lavoro (di un sistema del genere si ha traccia nell'ordinamento inglese, in cui è prevista l'interdizione dell'imprenditore dall'attività economica allorquando un infortunio per grave inosservanza delle misure di sicurezza comporti la morte o una grave invalidità a carico del prestatore di lavoro).

Detto questo, il *licenziamento* venga chiamato *interdizione*, ma, proprio se vi è necessità di regolare il fenomeno *mobbing*, si preservi l'attuale sistema delle tutele (già ampiamente presidiato dalla normativa vigente) e si implementi *ex novo* quello delle sanzioni, dando al giudice la possibilità di sanzionare la condotta datoriale, almeno nei casi di estrema gravità, con la estromissione forzata del datore di lavoro dal rapporto mediante declaratoria della sua incapacità a rivestire il ruolo.

Antonio Federici
Avvocato in Roma

CASSAZIONE, 16 maggio 2006, n. 11430, Sez. lav. – Pres. Mileo, Est. Amoroso, P.M. Pivetti (Conf.) – ILVA S.p.a. (avv.ti Romei, Abbatescianni e Failla), L. A. (avv. Bussa e Aquilino).

Mansioni – Demansionamento – Rifiuto del lavoratore di presentarsi sul luogo di lavoro – licenziamento – Giusta causa e giustificato motivo – Insussistenza.

Il comportamento del datore di lavoro, che lascia in condizione di totale inattività il dipendente non solo viola la norma di cui all'art. 2103 cod. civ., ma è al tempo stesso lesivo del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente, ineluttabilmente mortificate dal mancato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza; tale comportamento comporta una lesione di un bene immateriale per eccellenza, qual è la dignità professionale del lavoratore, intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo e tale lesione produce automaticamente un danno (non economico, ma comunque) rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore). Conseguentemente il licenziamento, intimato a seguito dell'assenza dal posto di lavoro del dipendente cui non è stata prospettata alcuna mansione, è da ritenersi illegittimo per mancanza della giusta causa e del giustificato motivo. (1) (Massima non ufficiale)

(Omissis) 1. Con ricorso depositato in data 23 marzo 2000 L. A. conveniva la Società ILVA S.p.a., in persona del legale rappresentante, innanzi al giudice del lavoro del Tribunale di Genova al fine di sentire accogliere le seguenti conclusioni: a) dichiarare illegittima la privazione dei compiti posta in atto nei confronti dell'esponente a partire dal 25 aprile 1999; b) condannare la Società ILVA S.p.a. a corrispondere all'esponente la intera retribuzione globale di fatto dal 25 aprile 1999 alla data del licenziamento; c) dichiarare illegittimi i provvedimenti disciplinari presi con lettera 8 giugno e 18 giugno 1999; d) dichiarare il licenziamento comunicato con lettera 2 luglio 1999 illegittimo perché privo di giusta causa e/o giustificato motivo; conseguentemente ha chiesto condannarsi la Società ILVA S.p.a. a reintegrare l'esponente nel suo posto di lavoro corrispondendogli, anche a titolo di danno, le retribuzioni dovute in virtù del rapporto

dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali di legge e al risarcimento del danno da demansionamento e biologico patrimoniale, non patrimoniale, morale.

A sostegno della propria domanda, il ricorrente esponeva: – di essere stato assunto in data 1° marzo 1975 dalla Società Sidecar S.p.a., con inquadramento al IV livello e successivamente (a partire dal 1983) al V livello del c.c.n.l. di categoria; – che nei primi quattro anni del rapporto aveva svolto mansioni di telescrivente e successivamente (dal 1981 al 1987) mansioni di controllo degli elaborati meccanografici di contabilità industriale e, a partire dal 1987, di addetto alla gestione delle attività socio-culturali del personale navigante e amministrativo; – che nel 1992, a seguito di separazione di ramo d'azienda, il rapporto di lavoro proseguiva alle dipendenze della Sidecar Trasporti Costieri S.p.a., titolare di uno dei rami di azienda scorporati, e il signor L. veniva adibito a mansioni di liquidatore di conti esborsi degli agenti italiani e stranieri della Società, mantenendo l'inquadramento al V livello del c.c.n.l. di categoria; che, a seguito di Accordo intervenuto tra la Sidemar Trasporti Costieri S.p.a e la ILVA Laminati Piani S.p.a. in data 1° settembre 1995, il sig. L. veniva trasferito alle dipendenze della Sidemar Servizi Accessori S.p.a, con l'espressa pattuizione che avrebbe mantenuto le medesime condizioni economiche, normative e contrattuali; – che a partire da tale data il signor L. veniva in realtà totalmente privato di mansioni: non riceveva più alcun compito da svolgere e nessuna pratica da trattare; – che, ridotto alla disperazione, con lettera del 20 agosto 1996, il signor L. richiedeva che gli venisse consentito l'espletamento delle mansioni attribuitegli o, quantomeno, che gli fosse concesso di non recarsi fisicamente in azienda, ma senza esito positivo; – che a seguito di tale dequalificazione, che è stata causa anche di problemi di salute attestati dalla certificazione medica in atti, il signor L. promuoveva un giudizio innanzi al pretore di Genova, in funzione del giudice del lavoro, a seguito del quale veniva emessa (in data 7 aprile 1999) una sentenza non definitiva con cui veniva accertata la dequalificazione patita dal signor L. e veniva disposta la prosecuzione del giudizio per la quantificazione del conseguente danno; – che nel frattempo si presentava una possibilità di ricollocazione all'interno della capogruppo ILVA S.p.a e così il signor L. accettava di passare, a far data dal 1° dicembre 1998, alle dipendenze della stessa alle medesime condizioni salariali complessive fruite presso la prima Società; – che in effetti in

data 1° dicembre 1998 il signor L. veniva assunto dalla Società ILVA S.p.a., ma la stessa non rispettava le condizioni pattuite, per cui il lavoratore si vedeva costretto a protestare, ma senza esito e in data 20 dicembre 1998 veniva posto in C.I.G.O. sino al 23 aprile 1999; – che al rientro in servizio (26 aprile 1999) il signor L. veniva nuovamente posto in una situazione di totale inattività: veniva sistemato in un grande locale senza alcun compito da svolgere; – che, non potendo più sopportare tale situazione, con lettera raccomandata in data 13 maggio 1999 il signor L. invitava la Società ad attribuirgli «un lavoro confacente alla sua professionalità e alla sue mansioni» precisando che, in difetto, a partire dal 24 maggio 1999, non si sarebbe più presentato sul posto di lavoro; non ricevendo alcun riscontro alla citata sua, il signor L. non si presentava più sul luogo di lavoro; – che la Società, per tutta risposta, procedeva alla contestazione dell'assenza a suo dire ingiustificata del giorno 24 maggio 1999 e ciò con lettera in data 31 maggio 1999 e, successivamente, all'irrogazione di due giorni di sospensione; – che il signor L. replicava ribadendo alla Società datrice di lavoro di essere disponibile a svolgere compiti corrispondenti alla sua professionalità e al suo inquadramento, ma di non essere disponibile a presentarsi in ufficio per non fare nulla; – che successivamente con lettera datata 9 giugno 1999 la Società provvedeva a contestare l'assenza ingiustificata per il giorno stesso, comminando per tale infrazione la sanzione disciplinare di tre giorni di sospensione; – che infine con lettera datata 21 giugno 1999 la Società contestava al signor L. assenza ingiustificata dal 10 giugno 1999, provvedendo all'esito del procedimento disciplinare a irrogare il licenziamento.

Evidenziava inoltre il signor L. che, a seguito dell'intervenuto demansionamento, l'assenza dal posto di lavoro doveva ritenersi legittima anche in quanto l'art. 2103 cod. civ. deve considerarsi violato non solo quando il dipendente viene assegnato a mansioni inferiori, ma anche quando il medesimo, ancorché senza conseguenze sulla retribuzione, sia lasciato in condizioni di forzata inattività e senza assegnazioni di compiti, costituendo il lavoro non solo un mezzo di guadagno, ma anche un mezzo di estrinsecazione della personalità del soggetto.

(Omissis)

1. Il ricorso è articolato su tre motivi di impugnazione.

Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione dell'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. in relazione all'art. 1460 cod. civ.,

nonché l'«omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio». La ricorrente sostiene, in particolare, che la decisione impugnata sarebbe contraddittoria e illogica in quanto la Corte d'Appello, dopo aver affermato che per valutare la condotta del ricorrente occorre prendere in considerazione la situazione alla data di inizio dell'assenza dal lavoro, ha – contraddittoriamente – considerato anche il periodo successivo e quindi non ha tenuto conto della brevità del periodo di inattività, su cui invece ha insistito il Tribunale di Genova.

Con il secondo motivo di ricorso si denuncia la violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. in relazione all'art. 1460 cod. civ.; disposizione che la ricorrente ritiene violata non avendo la Corte d'Appello considerato che il rifiuto del lavoratore di presentarsi al lavoro doveva valutarsi come contrario alla buona fede.

Con il terzo motivo di ricorso si denuncia la violazione dell'art. 360, comma 1, n. 3, cod. proc. civ. in relazione all'art. 24 Cost. e degli artt. 112, 113 e 115 cod. proc. civ.; si deducono inoltre la nullità della sentenza impugnata e il vizio di motivazione. In particolare, immotivatamente la Corte d'Appello non ha consentito la prova dell'*aliunde perceptum* e non si è pronunciata in ordine all'eccezione di compensazione.

2. Il ricorso – i cui primi due motivi possono essere trattati congiuntamente – è infondato.

La Corte d'Appello di Genova con motivazione sufficiente e non contraddittoria ha accertato un fatto che in realtà è pacifico: il ricorrente rientrato dalla cassa integrazione (il 24 aprile 1999) non si è visto assegnare alcuna mansione e questa situazione di totale inattività si è protratta non solo fino alla metà del mese di maggio 1999 quando il ricorrente con lettera del 13 maggio inviata alla Società preannunciava la sua intenzione di assentarsi dal lavoro ove fosse perdurata la mancanza di assegnazioni di mansioni, ma anche oltre fino al licenziamento del 2 luglio 1999.

Esattamente la Corte territoriale ha qualificato questa situazione come di inadempimento della datrice di lavoro. Questa Corte (Cass., Sez. lav., 2 gennaio 2002, n. 10) ha già affermato – e qui ribadisce – che il comportamento del datore di lavoro che lascia in condizione di inattività il dipendente non solo viola la norma di cui all'art. 2103 cod. civ., ma è al tempo stesso lesivo del fondamentale diritto al lavo-

ro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente, ineluttabilmente mortificate dal mancato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza; tale comportamento comporta una lesione di un bene immateriale per eccellenza, qual è la dignità professionale del lavoratore, intesa come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo e tale lesione produce automaticamente un danno (non economico, ma comunque) rilevante sul piano patrimoniale (per la sua attinenza agli interessi personali del lavoratore).

Marginalmente può notarsi che in questa parte la pronuncia della Corte d'Appello non si discosta, nella sostanza, da quella del Tribunale di Genova che in primo grado aveva invece rigettato la domanda.

La diversità di valutazione risiede invece nell'apprezzamento dell'inadempimento della Società: secondo il Tribunale il periodo di demansionamento per mancata assegnazione di mansioni sarebbe stato in realtà troppo breve (circa un mese) e quindi l'ha ritenuto insufficiente perché operasse l'*exceptio inadimplendi non est adimplendum*.

La Corte d'Appello ha invece fatto applicazione dell'art. 1460 cod. civ. ritenendo quindi legittimo il rifiuto del lavoratore di adempiere la propria prestazione in ragione dell'inadempimento della datrice di lavoro che continuava a non assegnargli mansioni corrispondenti alla qualifica e professionalità raggiunte.

In proposito questa Corte (Cass., Sez. II, 3 luglio 2000, n. 8880) ha affermato che il giudice ove venga proposta dalla parte l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* deve procedere a una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse, per cui qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 cod. civ., deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia di buona fede e quindi non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, comma 2, cod. civ.

La Corte d'Appello ha fatto questa valutazione e, con un tipico giudizio di merito non censurabile in sede di legittimità perché assi-

stato da motivazione sufficiente e non contraddittoria, ha escluso che il rifiuto della prestazione lavorativa potesse considerarsi contrario alla buona fede. Anzi la Corte d'Appello, svolgendo un supplemento di istruttoria probatoria, ha anche valutato il periodo successivo al maggio-giugno del 1999 pervenendo al convincimento che neppure in prospettiva vi era un'apprezzabile possibilità che al L. sarebbero state assegnate mansioni confacenti alla sua qualifica.

3. Inoltre rileva anche un altro argomento.

La sentenza della Corte d'Appello non si limita solo a ritenere applicabile l'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.) con la conseguenza che, essendo giustificato il rifiuto del lavoratore di presentarsi al lavoro, il licenziamento intimato a seguito della (preannunciata) assenza del dipendente dal posto di lavoro è *ex se* illegittimo per difetto di giusta causa.

Ma la Corte d'Appello si è posta anche nella prospettiva opposta: quella dell'inoperatività dell'eccezione di inadempimento (come ritenuto dal Tribunale). In tal caso però – ha affermato la Corte territoriale – comunque il licenziamento è da valutarsi illegittimo sotto un ulteriore e diverso profilo: quello dell'art. 1455 cod. civ. La Corte d'Appello ha ritenuto che l'assenza del dipendente, inquadrata nella situazione sopra descritta, fosse da considerarsi di «scarsa importanza» perché comunque nessuna attività era chiamato a svolgere il L. A. né dalla Società è stata prospettata alcuna mansione che in concreto il L. A. potesse essere chiamato a svolgere.

Invero l'evocazione dell'art. 1455 cod. civ. è formalmente inesatta giacché in materia di licenziamenti individuali prevale la disciplina posta dalla legge n. 604 del 1966 su quella civilistica. Ma il risultato non muta perché anche per ritenere la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento è necessario che l'inadempienza contestata al lavoratore sia grave. Pertanto, avendo la Corte territoriale valutato quest'ultima, in concreto, come «di scarsa importanza», conseguiva la mancanza della giusta causa e del giustificato motivo.

Si tratta di una motivazione alternativa, posta parimenti a sostegno della conclusione di ritenere illegittimo il licenziamento, e che esprime anch'essa una valutazione di merito sufficientemente e non contraddittoriamente motivata e pertanto non censurabile in cassazione. (*Omissis*)

(1) LO SVUOTAMENTO DI MANSIONI QUALE COMPORTAMENTO
LEGITTIMANTE L'ASSENZA DAL LAVORO

Nella sentenza in epigrafe, la Suprema Corte viene nuovamente a esprimersi su diversi temi già in precedenza oggetto di analisi: il demansionamento, e in particolare lo svuotamento delle mansioni, la necessaria comparazione del comportamento delle parti a seguito di inadempienze reciproche in sussistenza di un contratto a prestazioni corrispettive, nonché l'inammissibilità del licenziamento a seguito di un'assenza ingiustificata del lavoratore considerata di scarsa importanza.

Il primo aspetto affrontato dalla Suprema Corte riguarda la qualificazione di inadempimento contrattuale all'operato del datore di lavoro che lasci in condizione di inattività il proprio dipendente, violando non solo l'art. 2103 cod. civ., ma ponendo «al tempo stesso un comportamento lesivo del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino, nonché dell'immagine e della professionalità del dipendente».

A dire il vero, tale impostazione della Corte non è affatto nuova; tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, infatti, è ormai pacifico che la privazione di ogni mansione, ancorché senza conseguenze sulla retribuzione, comporti una violazione dell'art. 2103 cod. civ., nonostante quest'ultimo non presenti menzione esplicita di tale ipotesi (in particolare la giurisprudenza ha sostenuto il diritto del dipendente a svolgere le proprie mansioni e il conseguente danno derivante dallo stato di totale inattività, nelle sentenze: Cass., Sez. lav., 2 gennaio 2002, n. 10, in *OGL*, 2002, 1, p. 41; Cass. 3 giugno 1995, n. 6265; Cass. 13 agosto 1991, n. 8835, con nota di Focareta, in *RIDL*, 1992, II, p. 954; e nella giurisprudenza di merito: Trib. Roma, 4 aprile 2000, in *OGL*, 2000, 2, p. 370; Pret. Milano, 28 dicembre 1990, con nota di Pera, in *RIDL*, 1991, II, p. 388; Pret. Roma 28 gennaio 1990, con nota di Muggia, in *L80*, 1990, p. 659; Pret. Milano 27 novembre 1989, con nota di Tagliagambe, in *L80*, 1990, p. 100. Alla stessa conclusione giunge inoltre la dottrina: vedi V. A. Poso, *Art. 2103*, in Grandi, Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2005, p. 464; G. Giugni, *Qualifiche, mansioni e tutela della professionalità*, in q. *Riv.*, 1973, I, pp. 3 ss.; R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei principi tradizionali*, in q. *Riv.*, 1973, I, p. 167; U. Romagnoli, *Sub art. 13*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli – Il Foro Italiano, Bologna-Roma, 1981; nonché sulla base del più complesso rinvio all'art. 2087 cod. civ. Pera, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *RIDL*, 1991, II, p. 388).

Già nella sentenza Cass., Sez. lav., 2 gennaio 2002, n. 10, peraltro richiamata dalla stessa Cassazione nella sentenza in epigrafe, era infatti stato affermato che «la negazione o l'impedimento allo svolgimento delle mansioni, al pari del demansionamento professionale, ridondano in lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore anche nel luogo di lavoro, determinando un pregiudizio che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato, con una indubbia dimensione patrimoniale che rende il pregiudizio medesimo suscettibile di risarcimento e di valutazione anche in via equitativa». D'altronde, se consideriamo la dignità professionale del lavoratore come quell'esigenza umana di manifestare la propria utilità e la propria capacità nel contesto lavorativo, il man-

cato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza, e in particolare un totale svuotamento delle mansioni, non possono che ledere l'immagine e la professionalità del dipendente.

Al lavoratore viene quindi riconosciuto un vero e proprio diritto a eseguire la prestazione per la quale è stato assunto; diritto che peraltro muove non solo dal disposto dell'art. 2103 del cod. civ. ma soprattutto dagli artt. 4, 35 e 41 della Costituzione, nonché dagli artt. 2087 del cod. civ., e 13 dello Stat. lav. (tale diritto viene infatti ricostruito in dottrina sulla base del richiamo all'art. 13 Stat. lav. da G. Giugni, *op. cit.*, 1973, I, pp. 3 ss.; R. Scognamiglio, *op. cit.*, 1973, I, p. 167; U. Romagnoli, *Sub art. 13*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *op. cit.*, 1981; nonché sulla base del più complesso rinvio all'art. 2087 cod. civ. da Pera, *op. cit.*, 1991, II, p. 388).

Sempre la Cassazione, nella sentenza 3 giugno 1995, n. 6265, sottolineava come il «diritto all'esecuzione della prestazione non spetta solo al datore di lavoro come situazione soggettiva tradizionalmente esclusiva di quest'ultimo, evincendosi agevolmente, tra l'altro, dall'art. 13 Stat. lav. che, se il lavoratore ha diritto allo svolgimento delle mansioni per le quali è stato assunto, ovvero a quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza diminuzione della retribuzione, tanto più egli, in via di principio, ha diritto a non essere allontanato da ogni mansione e cioè il diritto all'esecuzione della propria prestazione, cui il datore di lavoro ha correlativamente l'obbligo di applicarlo». In tal senso la Cassazione, oltre a riconoscere un diritto del lavoratore, viene quindi a sancire in capo al datore di lavoro una vera e propria obbligazione di *facere*.

Pur non essendovi alcun dubbio che il totale svuotamento di mansioni nei confronti del dipendente sia riconducibile alla fattispecie dell'art. 2103 cod. civ. e sia sufficiente a configurare un inadempimento contrattuale del datore di lavoro (alla stessa conclusione, infatti, sono giunti tanto il giudice di primo grado quanto il giudice in appello e la S.C.), l'unica obiezione a riguardo può essere rinvenuta solo in considerazione della durata temporale dell'inattività cui è stato lasciato il lavoratore. Proprio la diversa stima del periodo di demansionamento è, infatti, alla base della diversa conclusione cui sono giunti nel caso in esame il Tribunale e la Corte d'Appello. Per il primo, il periodo (calcolato in un mese circa) è stato troppo breve per configurare un inadempimento, mentre viene considerato sufficiente per il secondo (che lo ha calcolato in due mesi e una decina di giorni circa). Attraverso una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, e in particolare della Cassazione, dobbiamo comunque rilevare che non esiste un indirizzo unanime a riguardo. Mentre l'orientamento prevalente legittima un'attribuzione a mansioni inferiori purché occasionale, quindi limitato temporaneamente e ovviamente collegato a esigenze specifiche dell'impresa (Cass. n. 03/6714; Cass. n. 01/7821; Cass. n. 98/2045; Cass. n. 93/6464), la stessa Cassazione, in altre occasioni, ha escluso la legittimità di assegnazioni a mansioni inferiori anche se solo in via temporanea (Cass. n. 03/6714; Cass. n. 01/7821; Cass. n. 98/2045; Cass. n. 93/6464). A riguardo, inoltre, può essere interessante ricordare che la Pretura di Milano, nella sentenza 31 luglio 1997, ha valutato la sostanziale inoperosità del dipendente causa di una lesione dell'immagine, ma non della professionalità acquisita, in quanto il demansionamento si era limitato a un periodo di circa sei mesi (ben più lungo quindi del periodo di inattività nel caso sottoposto in esame); tuttavia la stessa Pretura di Milano, nella sentenza del 7 gennaio 1997, ha ritenuto causa di un danno alla professionalità il demansionamento pur se limitato a un periodo di soli due mesi.

Posto quindi che vi sia stato un demansionamento, quindi una violazione dell'art. 2103 cod. civ., ciò che invece è interessante osservare è che la Suprema Corte, tornando a confermare l'orientamento ritenuto prevalente negli ultimi anni, ma rimesso in discussione proprio dalla giurisprudenza più recente (Cass. 14 maggio 2002, n. 6992), viene a superare il vincolo della prova in capo al lavoratore di dimostrare la sussistenza di un danno patrimoniale, tale da configurare un risarcimento. In tal caso quindi il pregiudizio inflitto al lavoratore, con conseguenze sulla sfera patrimoniale e non solo, appare *in re ipsa* nella violazione dell'art. 2103 cod. civ. operando una sorta di presunzione legale di risarcibilità [Lo stesso orientamento è stato per altro fatto proprio dalla Cass. 22 febbraio 2003, n. 2763, in q. *Riv.*, 2004, 3, p. 290, con nota di A. Riboldi; Cass. 6 novembre 2000, n. 14443; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *OGL*, 1999, 4, p. 905, con nota di A. Morone (in tal caso, pur ribadendo l'onere della prova in capo al lavoratore in ordine al preteso danno da dequalificazione, in mancanza di detta prova si riconosce, in via presuntiva, la sussistenza di un danno patrimoniale il cui ammontare è determinato equitativamente, secondo criteri che mutano anche in relazione alla particolarità delle diverse fattispecie); Cass. 16 dicembre 1992, n. 13299, in *GI*, 1995, I, 1, c. 169, e dalla giurisprudenza di merito del Tribunale di Roma 4 aprile 2000, in *OGL*, 2000, II, p. 370 (il quale pur riconoscendo *in re ipsa* il danno alla professionalità in caso di svuotamento delle mansioni, ritiene non risarcibile il danno biologico in mancanza della prova specifica); Pretura di Milano 21 gennaio 1992, in q. *Riv.*, 1993, II, p. 94, con nota di M. A. Bianca; Pretura di Milano 28 dicembre 1990, in *RIDL*, 1991, II, p. 388, con nota di G. Pera. Di contro si vedano la Cass. 8 novembre 2003, n. 16792, in *DL*, 2005, I, p. 40, con nota di R. Borlè Gioppi, che esclude che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo comporti una automatica dequalificazione professionale, e la Cass. 14 maggio 2002, n. 6992].

Al contrario, l'orientamento maggioritario nella Cassazione meno recente escludeva un'automatica lesione in capo al dipendente demansionato. Negando quindi che la semplice violazione all'art. 2103 cod. civ. potesse essere sufficiente a generare un'automatica lesione in capo al dipendente, si imponeva a quest'ultimo di fornire la dimostrazione concreta e puntuale del danno alla professionalità, subito conseguentemente al comportamento lesivo del datore di lavoro.

La Suprema Corte ha, infatti, avuto modo di puntualizzare a riguardo che: «per questa come per qualsiasi altra specie di danno civile il risarcimento spetta quando sia provata non solo l'attività illecita ma anche l'oggettiva consistenza del pregiudizio che da essa derivi [...] solo quando la sussistenza del danno sia in qualsiasi modo provata, anche per presunzioni, e tuttavia non sia dimostrabile il preciso ammontare, il giudice di merito può procedere alla valutazione equitativa *ex art.* 1226 cod. civ.» (in questi termini Cass. 14 maggio 2002, n. 6992, e in senso conforme: Cass. 11 agosto 1998, n. 7905; Cass. 4 febbraio 1997, n. 1026; Cass. 2 dicembre 1996, n. 10748; Cass. 18 aprile 1996, n. 3686; Cass. 22 aprile 1993, n. 4725; Cass. 13 agosto 1991, n. 8835, in *OGL*, 1992, I, p. 257).

Lo stesso orientamento è stato per altro fatto proprio anche dalla dottrina per molto tempo (A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Cedam, 1995, p. 160; S. Lecconi, *Il valore della professionalità: violazione all'art. 2103 cod. civ. e quantificazione del danno*, in *NGCC*, 1996, II, pp. 327 ss. Inoltre, sulla ambiguità della reale portata di una presunzione assoluta di danno alla professionalità de-

rivante da un demansionamento, si veda Del Conte, *La figura giurisprudenziale del «danno da demansionamento»: il problema delle fonti e della prova*, in *RCP*, 2000, p. 629).

La sentenza in epigrafe offre lo spunto per trattare un secondo aspetto altrettanto interessante e particolare, ovviamente collegato al tema del demansionamento.

La Suprema Corte ha accolto, in quanto motivato con giudizio di merito non censurabile in sede di legittimità, la decisione del giudice di II grado di ritenere legittimo e non contrario alla buona fede il rifiuto del lavoratore a presentarsi sul luogo di lavoro, quindi di adempiere la propria prestazione, in ragione dell'inadempimento del datore di lavoro che non assegna mansioni corrispondenti alla qualifica e alla professionalità del dipendente.

L'impostazione della Corte, peraltro conforme all'orientamento prevalente tanto in giurisprudenza (orientamento già condiviso dalla Cass. n. 2003/12001; Cass. n. 2003/7599; Cass. n. 2002/10187; Cass. n. 2000/9957; Cass. n. 2000/11457 e Cass. n. 1999/6663) quanto in dottrina, è perfettamente in linea al precedente disposto.

Se si considera, infatti, come obbligo del datore di lavoro assegnare mansioni al proprio dipendente, non dovrebbero esservi dubbi circa la sussistenza di un inadempimento contrattuale *ex art. 1460 cod. civ.* quando quest'obbligo non viene adempiuto. Da qui quindi, posto che il contratto di lavoro è un contratto a prestazioni corrispettive, il conseguente principio dell'*inadimplenti non est adimplendum* giustificerebbe il rifiuto del lavoratore.

Ovviamente la Suprema Corte, riprendendo un indirizzo consolidato nel tempo (Cass. 4 novembre 2003, n. 1650, in *OGI*, 2003, n. 4; Cass. 19 agosto 2003, n. 12161; Cass. 15 aprile 2002, n. 5444, e la Cass. 3 luglio 2000, n. 8880, richiamata nella sentenza in epigrafe), ha comunque precisato che: affinché possa operare l'*exceptio inadimplendi non est adimplendum* nei contratti a prestazioni corrispettive è comunque necessario far luogo a un giudizio di comparazione in ordine al comportamento di ambedue le parti, per stabilire quale di esse, con riferimento ai rispettivi interessi e alla oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle trasgressioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte, nonché della conseguente alterazione del sinallagma.

Più precisamente la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 11457 del 2000, ha esplicitato dei criteri specifici, al fine di valutare la correttezza del lavoratore che rifiuti la propria prestazione *ex art. 1460 cod. civ.*, i quali devono essere rinvenuti nella proporzionalità della reazione all'inadempimento datoriale, e nel comportamento secondo buona fede. La mancanza anche di uno solo dei suddetti requisiti legittima il licenziamento per giusta causa.

Tale accertamento ovviamente, essendo fondato su una valutazione dei fatti e delle prove, rientra nei poteri del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato. A riguardo, tuttavia, deve essere ricordato che la Suprema Corte, nella sentenza n. 19689 del 2003, ha considerato illegittimo il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa nei modi e nei termini precisati dal datore di lavoro, quando quest'ultimo, in forza del suo potere direttivo, abbia causato una dequalificazione delle mansioni del lavoratore, pur avendo adempiuto a tutti gli obblighi derivanti dal contratto. La Corte, infatti, ritenne di poter giustificare il rifiuto di compiere la propria prestazione *ex art. 1460 cod. civ.* solo qualora l'altra parte fosse stata totalmente inadempiente.

La possibilità data al lavoratore di rifiutarsi di svolgere le proprie prestazioni a seguito di un demansionamento sembra comunque essere accolta anche in dottrina. Anzi, da diversi Autori il rifiuto a prestare la propria attività lavorativa viene visto proprio come un mezzo di autotutela a disposizione del lavoratore (C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997; V. A. Poso, *Art. 2103*, in Grandi, Pera, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, 2005, *op. cit.*, p. 463. Per una attenta valutazione sui mezzi di tutela del lavoratore dequalificato si veda C. Ricci, *Dequalificazione professionale e risarcimento del danno*, in *DL*, 2002, V, p. 447). La dottrina maggioritaria, infatti, è concorde a ritenere che l'obbligo del lavoratore sia quello di adempiere alle prestazioni previste dal contratto sulla base di una qualifica da questo prevista, e non semplicemente di offrire un'indiscriminata messa a disposizione delle energie lavorative o di svolgere mansioni imposte da un datore di lavoro in base a un atto unilaterale contrario all'art. 2103 cod. civ.

D'altra parte non deve essere sottovalutato che, la maggior parte degli Autori che hanno trattato il tema dell'autotutela del lavoratore dequalificato, operata mediante astensione dallo svolgimento della prestazione, ha comunque rilevato l'elevato rischio di esposizione a eventuali sanzioni disciplinari e valutazioni discrezionali del giudice circa il *periculum in mora*. Peraltro tali rischi, se da una parte possono essere mitigati, qualora vi sia un atto del datore di lavoro che comporti la dequalificazione, quindi suscettibile di nullità (M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997; C. Ricci, *Dequalificazione professionale e risarcimento del danno*, in *DL*, 2002, V, p. 464), difficilmente potranno essere evitati con assoluta certezza quando, come nel caso preso in esame, e comunque in ogni ipotesi di svuotamento di mansioni, non vi sia stato nessun atto da poter attaccare. Più convincente sembrerebbe invece la possibilità di aggrapparsi, al fine di ridurre il pericolo di una valutazione negativa del giudice, all'aver agito precedentemente in giudizio per vedersi assegnare una mansione equivalente alle precedenti.

Se viene quindi accettata l'applicabilità del principio *inadimplenti non est adimplendum*, e se viene così ritenuta legittima e non contraria alla buona fede la scelta del lavoratore di assentarsi dal lavoro, non essendo disposto a prestare una mera disponibilità fine a sé stessa, non si può che concordare con l'impostazione della Corte nel ritenere l'assenza (oramai non più ingiustificata) non sufficiente a configurare una giusta causa di licenziamento.

Particolarmente interessante è la seconda parte della motivazione a riguardo, data dal giudice di appello e confermata in Cassazione (la S.C., infatti, pur criticando nella forma le considerazioni del giudice di secondo grado, ne condivide il risultato, poiché motivato in modo sufficiente e non contraddittorio).

È stato ritenuto, infatti, che, in via del tutto ipotetica, anche nel caso in cui si volesse considerare ingiustificata l'assenza del lavoratore, a causa dell'inoperatività dell'eccezione di inadempimento, il licenziamento sarebbe da ritenersi comunque illegittimo, in quanto la mancanza di mansioni da svolgere rende l'assenza del lavoratore di «scarsa importanza», quindi comunque insufficiente a configurare una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento.

Tuttavia, facendo un passo indietro, notiamo che la stessa Corte di Cassazione ha affermato che: affinché possa operare il principio di *inadimplenti non est adimplendum*

il giudice «deve procedere a una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti [...] per cui qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art. 1455 cod. civ., deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia di buona fede e quindi non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, comma 2, cod. civ.».

A questo punto, se si considera l'assenza del lavoratore ingiustificata, in quanto non riconducibile all'eccezione di inadempimento *ex* art. 1460 cod. civ. (e se in particolare la motivazione, come affermato dalla stessa Corte, viene a rilevarsi nel comma 2 dell'art. 1460: «tuttavia non può rifiutarsi alla prestazione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede»), poiché a seguito di una valutazione comparativa del giudice l'astensione è da ritenersi contraria alla buona fede, una volta accertata (o comunque valutata) la mala fede nell'inadempimento del lavoratore, sembrerebbe doversi ritenere più corretta la sussistenza, quantomeno, di un giustificato motivo di licenziamento.

Peraltro, sempre la Cassazione, nella sentenza n. 2000/11457, già precedentemente ricordata, ha precisato espressamente che, qualora un lavoratore rifiuti la propria prestazione, la mancanza di uno solo dei due requisiti (proporzionalità della reazione all'inadempimento contrattuale e comportamento secondo buona fede) sia sufficiente a legittimare il licenziamento per giusta causa (nell'ipotesi prospettata sembrerebbe che manchino addirittura entrambi i requisiti).

Nella giurisprudenza di merito, inoltre, il Tribunale di Torino nella sentenza 22 novembre 1999, ha riconosciuto legittimo il licenziamento del dirigente che si sia rifiutato di svolgere le nuove mansioni affidategli dal datore in base alla considerazione che tale principio non fosse conforme ai principi di correttezza e buona fede.

Tuttavia, a riguardo, potrebbe essere obiettato che nell'ipotesi di «svuotamento di mansioni» non vi sia in concreto alcuna mansione o prestazione che il lavoratore si sia rifiutato di svolgere.

Diego Del Biondo

Dottorando di ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato presso l'Università «G. d'Annunzio» di Pescara

CASSAZIONE, 2 maggio 2006, n. 10108 – Pres. Mattone, Est. Picone, P.M. Velardi (Diff.) – Euridea S.p.a (già Standa S.p.a.) (avv. Pulsoni) c. A. E. e altri (avv. ti Andreoni, De Felice, Marano) e Fallimento Center Adriano (avv. Greco).

Cassa con rinvio Corte d'Appello di Salerno, 7 febbraio 2003

Trasferimento d'azienda – Cessionario inaffidabile – Contratto in frode alla legge – Motivo illecito – Esclusione.

È diritto costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.) quello dell'imprenditore di dismettere o trasferire l'azienda; diritto che non soggiace ad alcun limite, neppure implicito, che sia sanzionato dall'invalidità o inefficacia dell'atto e che non confligge con altri diritti di rango costituzionale, considerato che i principi generali di tutela della persona e del lavoro (art. 4 Cost.) non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario.

Conseguentemente è legittima una cessione che, lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda, si realizzi in condizioni e modalità tali da rendere probabile la dissoluzione poiché la validità della cessione non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e le potenzialità imprenditoriali del cessionario.

Conseguentemente non è in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda a un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base a circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro.

L'ordinamento giuridico non contempla una norma che sancisca, come per il contratto in frode alla legge, l'invalidità del contratto in frode ai terzi, ai quali l'ordinamento appresta, a tutela dei propri diritti, altri rimedi, anche risarcitori, in determinate ipotesi.

L'ordinamento giuridico non contempla un principio generale che imponga di ritenere illecito, perché contrario all'ordine pubblico, l'intento comune delle parti di un contratto (di per sé lecito), di prevalere con questo mezzo su diritti di natura privata di origine negoziale. (1)

(Omissis) Con sentenza n. 1134 del 29 maggio 2001, il Tribunale di Nocera Inferiore, decidendo sul ricorso proposto da A. E. e altri 42 lavoratori, ha accertato la nullità della cessione del ramo d'azienda (Filiale

Standa di (*Omissis*) stipulata in data 19 febbraio 1998 tra la Standa S.p.a. (poi Euridea S.p.a.) e la Center Adriano S.r.l. e disposto il ripristino con il cedente dei rapporti di lavoro.

La Corte d'Appello di Salerno, decidendo sull'impugnazione di Euridea S.p.a., ha riformato la sentenza di primo grado limitatamente alla statuizione relativa al ripristino dei rapporti di lavoro, sostituendola con la dichiarazione di continuità giuridica con la Società cedente, confermando per il resto la decisione di primo grado. Ha dichiarato inammissibile nel giudizio d'appello l'intervento dei lavoratori T. A. e altri 13 intimati nell'epigrafe.

(*Omissis*)

Ha, quindi, ritenuto la nullità della cessione per frode alla disciplina della legge sui licenziamenti collettivi sulla base dei seguenti accertamenti di fatto: a) con Accordo sindacale del 19 giugno 1997, la Standa S.p.a. aveva assunto l'impegno di non cedere la filiale in questione e di collocare presso altre filiali i lavoratori eccedenti, nonché di concordare con i sindacati eventuali procedure di mobilità; b) la cessione era stata effettuata in concomitanza con la decisione di chiudere la filiale cui erano addetti i lavoratori appellati; c) la cessionaria aveva un capitale assai modesto (appena 40.000.000 di lire), non svolgeva alcuna attività di impresa e aveva tenuto comportamenti non compatibili con l'intento di continuare l'attività rilevata, cessando l'attività (e venendo dichiarata fallita) appena trascorso l'anno concordato dalla cedente con i sindacati in ordine alla garanzia di mantenimento dei rapporti di lavoro; d) le clausole del contratto di cessione avevano comportato l'acquisto della merce a prezzi di molto inferiori a quelli di mercato, mentre il prezzo della cessione (concordato con riferimento alle altre filiali cedute) in realtà era stato corrisposto solo in minima parte.

La cassazione della sentenza è domandata dalla Euridea S.p.a. con ricorso per tre motivi, proposti nei confronti di A. E. e delle altre resistenti, del fallimento della Adriano Center S.r.l. e degli interventori nel giudizio in appello T. A. + 13.

Motivi della decisione

(*Omissis*) La Corte giudica il ricorso fondato per quanto di ragione. Non sono fondate le censure contenute nel primo motivo, mentre vanno accolti il secondo e il terzo motivo nella parte in cui denunciano come viziata da violazione di norma di diritto la statuizione sulla nullità del-

la cessione del ramo d'azienda, restando assorbite le critiche mosse agli accertamenti di fatto e alle pronunce consequenziali alla ritenuta nullità.

In relazione all'affermata infondatezza del primo motivo, si osserva che la Società ricorrente riproduce integralmente i contenuti del ricorso introduttivo del giudizio e da essi risulta che, non soltanto si denunciava l'illegittimità della cessione per violazione dell'Accordo sindacale del 18 giugno 1997, ma anche la «fittizietà, fraudolenza e inefficacia» della cessione, allegando che era stato adottato uno strumento per realizzare lo scopo di ridurre il personale «individuando quali cessionari imprenditori o società compiacenti»; allegazione specificata con l'indicazione dei numerosi fatti che comprovavano, secondo la tesi degli attori, il reale scopo dell'operazione. Appare, quindi, evidente che, da una parte, nessuna delle allegazioni prospettava realmente una fattispecie di simulazione, dall'altra, che si domandava al giudice di accertare l'invalidità del contratto di cessione e la persistenza dei rapporti di lavoro con il cedente.

Per quanto concerne la corretta individuazione *sub specie iuris* della fattispecie di nullità dedotta in causa, si trattava, evidentemente, di un compito riservato soltanto al giudice, purché la qualificazione giuridica sia operata sulla base dei fatti ritualmente acquisiti alla causa nel contraddittorio tra le parti (è questo il fondamento della regola processuale secondo la quale la nullità di un contratto può essere rilevata anche d'ufficio: vedi Cass. n. 9779/05, n. 8474/05).

Come già riferito, la sentenza impugnata ha definito la lite sul presupposto che la cessione a titolo oneroso del ramo di azienda fosse il contratto realmente posto in essere dalle parti, con esclusione, quindi, di ogni ipotesi di simulazione, disattendendo la tesi, pure in qualche modo emergente dalle prospettazioni dei lavoratori, secondo cui l'operazione si era risolta nell'incarico, dato dal soggetto rimasto titolare, a un diverso soggetto, apparente titolare, di gestione delle obbligazioni inerenti all'attività dell'impresa.

Sul punto non vi è stata impugnazione.

I fatti accertati dal giudice del merito sono stati ritenuti idonei a comprovare una fattispecie di contratto nullo per frode alla legge (art. 1344 cod. civ.). La legge frodata è stata individuata in quella che appresta un sistema di garanzie per i lavoratori nel caso di licenziamenti collettivi per riduzione di personale, o anche conseguenti alla chiusura dell'insediamento produttivo (legge 23 luglio 1991, n. 223, in particolare, art. 24).

Una simile statuizione merita la censura di violazione degli artt. 1344 e 1345 cod. civ., siccome il risultato, proprio della cessione di azienda, di dismettere la veste di imprenditore e datore di lavoro, con le relative obbligazioni, non può in nessun caso considerarsi vietato dalle norme di garanzia dei lavoratori, atteso che l'applicazione di esse non dipende dall'esserne destinatario un soggetto, anziché un altro; mentre, neppure il motivo illecito (a prescindere dal mancato accertamento in concreto della comunanza di entrambi i contraenti) è configurabile, ovi si consideri che ragione determinante di un trasferimento di titolarità di beni ben può essere, del tutto lecitamente, proprio quella di addossare ad altri soggetti obbligazioni e oneri connessi.

Emerge dal complesso delle elaborazioni della giurisprudenza e della dottrina che, per aversi frode alla legge, occorre: a) che la norma imperativa abbia natura non formale ma materiale, nel senso che sia da essa enucleabile un precetto, non esplicitato, che vieti di raggiungere risultati sostanzialmente equivalenti a quelli espressamente vietati; b) che vi sia identità di risultato fra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione; c) che l'elusione sia svelata da indici sintomatici.

In altri termini, la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative. Per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344) sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte del medesimo.

In altri termini, la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative. Per mezzo di essa, e dunque a seguito del combinato disposto della norma imperativa speciale che pone il divieto e della norma imperativa generale che sanziona la frode (art. 1344), sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto normativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte.

Orbene, dal sistema di garanzie apprestato dalla legge n. 223 del 1991 non riesce possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possano portare agli esiti regolati dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabile quegli esiti.

Un divieto di questo genere non è desumibile neppure dall'esame di più ampio spettro di norme.

L'evento della cessione di azienda è certamente in grado di incidere fortemente sui diritti dei lavoratori, in particolare sulla occupazione.

Il legislatore, con l'art. 2112 e l'art. 47, legge n. 428 del 1990, ha predisposto una serie di cautele, che vanno dalla previsione della responsabilità solidale del cedente con il cessionario, in relazione ai crediti maturati dai dipendenti, all'intervento delle organizzazioni sindacali. Non di meno, nessun limite, neppure implicito, è stato posto alla libertà dell'imprenditore di dimettere l'azienda che sia sanzionato con l'invalidità o inefficacia dell'atto, il che dimostra l'inconsistenza giuridica della tesi della nullità di una cessione che, lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda, si realizzi in condizioni e con modalità tali da renderne probabile la dissoluzione. La validità della cessione, cioè, non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva, e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario.

Si tratta, del resto, di un diritto dell'imprenditore costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.), non confliggente con altri diritti costituzionali, considerato che i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario (vedi Corte Cost. n. 390 del 1999, n. 56 del 2006).

Quanto alla già accennata possibilità di ricondurre la fattispecie all'ipotesi di nullità per illiceità del motivo, va osservato che nozione di illiceità cui fa riferimento l'art. 1345 cod. civ. è quella stessa delineata dagli artt. 1343 e 1344 ai fini dell'illiceità della causa, per cui il motivo è illecito, e – se comune alle parti e decisivo per la stipulazione – determina la nullità del contratto, quando consiste in una finalità vietata dall'ordinamento, perché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero perché diretta a eludere, mediate la stipulazione del contratto (di per sé lecito), una norma imperativa.

Si sono già espone le ragioni per cui non è possibile ritenere illecito il motivo perseguito con un negozio traslativo di addossare ad altri la titolarità di obblighi e oneri conseguenti. Anche ammesso l'intento delle parti di recare pregiudizio ai lavoratori, non essendo riconducibile a una di dette fattispecie, si esula comunque dalle ipotesi di illiceità del contratto, non rinvenendosi nell'ordinamento una norma che sancisca – come per il contratto in frode alla legge – l'invalidità del contratto in fro-

de ai terzi ai quali l'ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi, anche risarcitori, a tutela dei loro diritti. In questi casi, l'illiceità del motivo non è riscontrabile neppure sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico, con la quale espressione si fa riferimento, come è noto, a principi di diritto che riflettono valori fondamentali dell'ordinamento e che si ricavano, essendone il presupposto comune, da sistemi di norme cogenti, per modo che essi operano accanto alle norme imperative come ulteriore limite negativo dell'agire negoziale. Infatti, non si rinviene nell'ordinamento un principio generale di questo tipo che imponga di ritenere illecito, perché contrario all'ordine pubblico, l'intento comune delle parti di un contratto (di per sé lecito) di prevalere con questo mezzo su un diritto di natura privata di origine negoziale (vedi, per tutte, Cass., Ss.Uu., n. 10603 del 1993).

In conclusione, in accoglimento per quanto di ragione del ricorso, la sentenza impugnata va cassata con rinvio per un nuovo esame della controversia, in applicazione del principio di diritto secondo il quale non è in frode alla legge, né concluso per motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro. (*Omissis*)

(1) TRASFERIMENTO DI AZIENDA, LICENZIAMENTI COLLETTIVI
E FRODE ALLA LEGGE

1. — La sentenza riguarda il caso di un contratto di trasferimento di un ramo di azienda (un esercizio commerciale) considerato dal giudice di secondo grado nullo perché in frode alla legge, in quanto, fra l'altro, la «cessionaria aveva un capitale assai modesto [...], non svolgeva attività di impresa e aveva tenuto comportamenti non compatibili con l'intento di continuare l'attività rilevata»; anzi, «le clausole del contratto di cessione avevano» provocato «l'acquisto della merce a prezzi di molto inferiori a quelli di mercato, mentre il prezzo della cessione [...] in realtà era stato corrisposto solo in minima parte», visto anche il rapido fallimento dell'acquirente (Così si esprime la sentenza in esame, ricostruendo il ragionamento della pronuncia di appello).

La pronuncia impugnata aveva ritenuto i fatti «idonei a comprovare una fattispecie di contratto nullo per frode alla legge (art. 1344 cod. civ.). La legge frodata è stata individuata in quella che appresta un sistema di garanzie per i lavoratori nel caso di licenziamenti collettivi» (Così si esprime la sentenza in esame, ricostruendo il ragionamento della pronuncia di appello), senza che sia chiarito quale specifica disposizione inderogabile avrebbe visto elusa la sua applicazione a causa del collegamento negoziale (Sul fatto che la frode alla legge presuppone un collegamento negoziale, v. Cass. 21 luglio 2004, n. 13580, in *GI*, 2005, p. 925, con nota di Cassano. Cfr. anche Cass. 24

novembre 2003, n. 17867, in *Gdir*, 2004, fasc. 3, p. 59) fra l'accordo di cessione del ramo di azienda e i successivi recessi, intimati a tutti i prestatori di opere. Con una affermazione singolare, per la Suprema Corte, «il risultato, proprio della cessione di azienda, di dismettere la veste di imprenditore e datore di lavoro, con le relative obbligazioni, non può in nessun caso considerarsi vietato dalle norme di garanzia dei lavoratori, atteso che l'applicazione di esse non dipende dall'esserne destinatario un soggetto, anziché un altro» (Così si esprime la sentenza in esame).

Quindi, «la frode alla legge funziona come clausola generale di tipizzazione delle condotte tenute in violazione di norme imperative» e, così, «sono tipizzate non solo le violazioni dirette del precetto imperativo, ma anche le elusioni, gli aggiramenti, le violazioni mediate e indirette, non apparenti e occulte del medesimo» (Così si esprime la sentenza in esame). Pertanto, si afferma, «dal sistema di garanzie apprestato dalla legge n. 223 del 1991 non riesce possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possono portare agli esiti regolati dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti» (Così si esprime la sentenza in esame). Dunque, non sarebbe nulla una «cessione che, lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda, si realizzi in condizioni e con modalità tali da renderne probabile la dissoluzione. La validità della cessione, cioè, non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e potenzialità imprenditoriali del cessionario» (Così si esprime la sentenza in esame). Analogo ragionamento è proposto in relazione all'art. 1345 cod. civ. e, quindi, all'illiceità del motivo.

Fermo il fatto che, per la Suprema Corte, sarebbe di per sé irrilevante «l'intento delle parti di recare pregiudizio ai lavoratori» (Così si esprime la sentenza in esame. Sul fatto che il negozio in frode alla legge deve essere volto a eludere l'applicazione di una norma imperativa e non a recare un pregiudizio di fatto ai terzi, v. Cass. 29 maggio 2003, n. 8600, in *Gdir*, 2003, fasc. 45, p. 76), non sarebbe «illecito, perché contrario all'ordine pubblico, l'intento comune [...] di un contratto (di per sé lecito) di prevalere con questo mezzo su diritti di natura privata di origine negoziale» (Così si esprime la sentenza in esame). Pertanto, non sarebbe «in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro» (Così si esprime la sentenza in esame).

In sostanza, sembra di capire, poiché i licenziamenti collettivi sarebbero stati lo stesso possibili e nulla imponeva la conservazione dell'unità produttiva (Sulla legittimità di licenziamenti *ad nutum* intimati poco prima di un trasferimento di azienda, v. Cass. 19 gennaio 2004, n. 741, in *Gdir*, 2004, fasc. 7, p. 72; Cass. 3 febbraio 1994, n. 1091, in *Arch. civ.*, 1994, p. 391), la cessione del ramo di azienda non è in frode alla legge nonostante abbia accelerato o, se si vuole, determinato la dissoluzione della stessa struttura. Si concede che «l'evento della cessione di azienda è certamente in grado di incidere fortemente sui diritti dei lavoratori, in particolare sull'occupazione» (Così si esprime la sentenza in esame), ma, se bene si comprende, tali interessi sarebbero significativi in fatto, poiché nessuna norma, tanto meno imperativa, darebbe a essi tutela e condizionerebbe alla protezione di tali ragioni la validità del negozio traslativo. Quindi, in generale, è disatteso il ricco orientamento della giurisprudenza di me-

rito, che ha dato estesa applicazione all'art. 1344 cod. civ. in tema di trasferimento di azienda, in ipotesi simili a quella di specie (Cfr. Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, in q. *Riv.*, 2002, II, p. 564, con nota di Trimboli, sentenza di primo grado del giudizio che ha portato alla sentenza in esame; Corte d'App. Salerno 24 aprile 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 688, sentenza di secondo grado del giudizio che ha portato alla sentenza in esame; Corte d'App. Napoli 23 marzo 2000, *ibidem*, 2001, p. 948, con nota di L. Venditti; Trib. Treviso, 4 novembre 2003, *ibidem*, 2004, p. 141, con nota di Marchesan).

Poco importa chiedersi se fossero possibili altre qualificazioni della vicenda, poiché occorre commentare il rilevante principio di diritto enunciato e, nonostante la pubblicazione delle pronunce di merito dello stesso giudizio, la mancata conoscenza degli atti processuali potrebbe portare a conclusioni errate in ordine a diverse, plausibili interpretazioni, comunque senza che si possa fornire una completa ricostruzione della controversia (Per la tesi secondo la quale, nel caso di specie, si sarebbe dovuto fare riferimento all'istituto della simulazione relativa e, dunque, per una critica della sentenza di primo grado, v. Menegatti, *La frode alla legge nella cessione di ramo d'azienda*, nota a Trib. Nocera Inferiore 29 maggio 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 1171. Un passo della sentenza in esame sembra dare credito a tale impostazione, peraltro in via implicita). Per altro verso, mancano elementi sufficienti per stabilire se l'entità ceduta potesse essere annoverata fra i rami di azienda (Sulla necessità che il ramo di azienda debba essere «dotato di una sua vita», v. Romei, *Il trasferimento d'azienda e gli orientamenti della dottrina*, in *DDG*, 2004, n. 2, *Trasferimento di ramo d'azienda e rapporto di lavoro*, p. 303; cfr. anche Cester, *La fattispecie: la nozione di azienda, di ramo di azienda e di trasferimento fra norme interne e norme comunitarie*, in *QDLRI*, 2004, n. 28, *Il trasferimento di azienda*, p. 49), sia alla stregua della giurisprudenza comunitaria (Per una sintesi delle posizioni della giurisprudenza comunitaria, con particolare riguardo ai criteri identificativi del ramo di azienda, v. Foglia, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea sulla nozione di trasferimento d'azienda*, in *DDG*, cit., pp. 409 ss.), sia di quella italiana (Vedi Amoroso, *Il trasferimento d'azienda nel quadro della giurisprudenza di legittimità*, in *DDG*, cit., p. 360). Da ultimo, non è neppure il caso di chiedersi se e in che modo i singoli prestatori di opere potessero negare il loro consenso alla cessione od opporsi a essa (Sul preteso sussistere di un potere dei lavoratori di negare il consenso, v. Scarpelli, *Nozione di trasferimento di ramo di azienda e rilevanza del consenso del lavoratore*, in *RIDL*, 2003, II, pp. 150 ss., e, dello stesso Autore, *Trasferimento di azienda ed esternalizzazioni. Le opinioni di Mariella Magnani e Franco Scarpelli*, in *DLRI*, 1999, pp. 491 ss.; F. Mazziotti, *Trasferimento di azienda e tutela dei lavoratori*, in *Aa.Vv., Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, a cura di De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli, Napoli, 2004, p. 622; in senso opposto, v. Grandi, *Le modificazioni del rapporto di lavoro. I. Le modificazioni soggettive*, Milano, 1972, pp. 51 ss.), poiché ciò non è discusso in sentenza.

2. — Come ha rilevato la sentenza in esame, la frode alla legge presuppone l'elusione di una norma imperativa, per mezzo di una combinazione negoziale volta a realizzare un risultato vietato (Vedi Bianca, *Diritto civile. III. Il contratto*, Milano, 1987, p. 587; Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in *Diritto civile. Saggi*, Milano, 1951, p. 298). Quindi, «la frode alla legge può [...] definirsi come l'u-

tilizzazione di un contratto, in sé lecito, per realizzare un risultato vietato mediante la combinazione con altri atti giuridici» (Vedi Bianca, *Diritto civile. III. Il contratto*, cit., p. 588. Sul fatto che, per ovviare alla frode alla legge, è necessaria una interpretazione estensiva della disposizione elusiva, v. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge*, Torino, 1911, pp. 59 ss.). Nel proporre la distinzione fra norme imperative materiali e formali, la sentenza sembra aderire alla tesi oggettiva (Cfr. Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile*, vol. I, tomo II, Milano, 1986, pp. 726 ss. Sull'evoluzione della teoria oggettiva e sulla contrapposizione fra norme formali e materiali, v. Morello, *Frode alla legge*, Milano, 1969, pp. 19 ss.), per cui il negozio sarebbe illecito solo se raggiungesse le stesse finalità proibite dalla norma imperativa. Invece, secondo l'impostazione soggettiva (Cfr. Carraro, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, pp. 37 ss.; Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Cicu, Messineo, poi di Mengoni, ora di Schlesinger, Milano, 1988, pp. 250 ss.), «il negozio deve perseguire una finalità, un risultato, solo analogo rispetto a quello vietato [...]; deve sussistere, anche se desunto da elementi obiettivi, l'intento [...] di eludere la legge» (Vedi Morello, *Frode alla legge*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, vol. VIII, pp. 501 ss.).

Se sono state sollevate varie obiezioni sia alla teoria oggettiva, sia a quella soggettiva (Cfr. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Cicu, Messineo, poi di Mengoni, ora di Schlesinger, Milano, 1987, vol. I, pp. 339 ss.), una ricostruzione rilevante del tema ha sottolineato che, «con riferimento alla norma, si dovrà accertare se, date le finalità economiche che il procedimento elusivo si propone di realizzare, vi è un rischio di svuotamento [...] data la surrogabilità [...] e/o l'analogia dei risultati conseguiti rispetto a quelli proibiti». In ogni singolo caso, bisogna chiedersi se l'ordinamento accetti il legittimo raggiungimento di finalità analoghe a quelle proibite. Inoltre, si dovrà stabilire se sussista un «apprezzabile [...] interesse delle parti, oppure se l'unico interesse [...] non può che essere l'aggiramento della norma» (Vedi Morello, *Frode alla legge*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, cit., pp. 504 ss.).

A prescindere dal fatto che si aderisca a questa impostazione innovativa o si richiami la teoria oggettiva o ancora quella soggettiva, la sentenza non può essere condivisa, perché non mette in luce il punto fondamentale e, cioè, quale norma sarebbe stata elusa. Non si può discutere della frode alla legge senza l'analitica identificazione del preteso obiettivo illecito e il problema emerge a prescindere dalle diverse, possibili concezioni dell'art. 1344 cod. civ. In modo analogo si deve dire a proposito dell'applicazione dell'art. 1345 cod. civ.

In sostanza, la pronuncia non identifica il possibile scopo illecito della combinazione negoziale e, cioè, del collegamento fra il contratto di trasferimento di azienda e i successivi recessi. Poco importa se tale lacuna era propria della sentenza di secondo grado, perché, se così fosse stato, vi sarebbe stato con ogni probabilità un problema di carenza di motivazione (La sentenza in esame rileva come il motivo di impugnazione relativo era stato proposto) non messo in luce. È diverso e singolare negare in linea generale che sia in frode alla legge l'accordo sulla cessione dell'azienda che porti al suo rapido smembramento, come se fosse irrilevante considerare nel dettaglio il fine perseguito e le sue conseguenze rispetto alle diverse prescrizioni della legge n. 223 del 1991. Per la stessa pronuncia in esame, quella di secondo grado non aveva ravvisato una generica lesione degli interessi dei dipendenti, ma l'elusione delle garanzie della legge n. 223 del 1991. Però, non si può stabi-

lire se fosse stata identificata la singola prescrizione aggirata, nell'ambito dell'articolato contesto regolativo della stessa legge n. 223 del 1991.

Comunque, nello stipulare un contratto di trasferimento di azienda, le parti non hanno alcun dovere di proteggere l'interesse dei dipendenti (Sulla distinzione fra il negozio in frode alla legge e quello lesivo degli interessi dei terzi, v. Morello, *Frode alla legge*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, cit., pp. 507 ss.), né di perseguirlo (Sulla distinzione fra contratto in frode alla legge e contratto in frode ai terzi, v. Cass. 25 luglio 2003, n. 11561, in *Gdir*, 2003, fasc. 35, p. 70). È diverso asserire, in modo non persuasivo, che, di per sé, la cessione di ramo di azienda non potrebbe mai essere in contrasto con l'art. 1344 cod. civ., poiché il peggioramento delle prospettive occupazionali dei lavoratori non avrebbe alcuna conseguenza sulla validità o sull'efficacia del negozio (Sulle conseguenze del riconoscimento del negozio in frode alla legge e sulla distinzione fra efficacia e nullità, v. Morello, *Frode alla legge*, in *Dig., disc. priv., Sez. civ.*, cit., pp. 504 ss.), come, se bene si comprende, sembra si debba ricavare dalla sentenza.

Non si può escludere che un collegamento negoziale fra la cessione del ramo di azienda e i successivi licenziamenti possa portare all'elusione di norme imperative. Se, sul punto, vi erano carenze argomentative della sentenza di merito (e non è chiaro), non per questo si può asserire in positivo che «i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto», mentre si «dovrebbe riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario» (Così si esprime la sentenza in esame).

Poco importa il rilievo costituzionale della stabilità del rapporto, poiché l'operare dell'art. 1344 cod. civ. non postula che la norma imperativa elusa abbia risalto costituzionale. Né a tale singolare conclusione si può giungere, come sembra fare la sentenza, tracciando un opinabile nesso fra l'art. 41 Cost. e il trasferimento di azienda. Se anche, in modo molto indiretto, l'istituto della cessione del ramo di azienda fosse in funzione di promozione della libertà di iniziativa economica, non di meno il negozio non può essere combinato con altri al fine di aggirare l'operare di disposizioni inderogabili e, in tema di licenziamento, queste sono quanto mai articolate, a prescindere dal loro risalto costituzionale. Quindi, la considerazione delle ricadute dell'art. 1344 cod. civ. postula, per un verso, l'esame del complessivo schema negoziale voluto dai protagonisti e, per altro verso, la valutazione delle sue implicazioni rispetto al singolo precepto che si assuma aggirato (Sul fatto che per valutare l'operare dell'art. 1344 cod. civ. occorre un esame in concreto, v. Cass. 26 giugno 2001, n. 8742, in *Gcomm*, 2002, II, p. 329, per cui «il contratto atipico di *sale and lease back* è valido in via di principio in quanto realizza interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ. Tale contratto è nullo per violazione del divieto di patto commissorio soltanto qualora scopo effettivo dell'operazione sia quello di dotare il venditore di una provvista finanziaria assistita da una garanzia reale»), senza che venga in rilievo il collegamento con i principi costituzionali.

3. — La cessione del ramo di azienda a un soggetto che non garantisca lo svolgimento ulteriore e proficuo dell'attività non è di per sé né coerente, né in contrasto con l'art. 1344 cod. civ. e, dunque, il principio enunciato dalla sentenza non è persuasivo, poiché essa propende per la prima soluzione. A fronte di un negozio comunque singolare, perché non funzionale alla serena continuazione dell'impresa, vi è da chiedersi

(L'indagine sull'operare dell'art. 1344 cod. civ. postula che si riconosca comunque un trasferimento di azienda) se e quale disposizione imperativa possa vedere eluso il suo operare e, a tale fine, non si può considerare in modo unitario la complessa regolazione dei licenziamenti collettivi; al contrario, occorre isolare ciascun precetto, dopo che sia stato stabilito che cosa le parti abbiano voluto fare. In difetto, sarebbe impossibile rispondere in modo razionale al quesito posto dal concetto stesso di negozio in frode alla legge.

Se non si comprende il fine pratico delle parti e il suo nesso con le singole porzioni della disciplina inderogabile, non può essere indagato lo scopo del negozio, nel suo raccordo dialettico con la legge. Fra le tante, possibili questioni, si può immaginare che, con il trasferimento di un ramo di azienda, sia modificata la corretta determinazione del campo di comparazione per l'applicazione dei criteri di scelta, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991. Non a caso, con una posizione equilibrata, per una sentenza di merito è «illegittimo il licenziamento intimato dall'impresa cedente allorché risulti provato, sulla base di circostanze gravi, precise e concordanti, che la cessione dello stabilimento sia stata effettuata al fine di fruire della cessione *ex lege* dei relativi contratti di lavoro [...], per eludere in tale modo il sistema di garanzie e tutele previsto per il caso di licenziamento collettivo, con particolare riferimento alle norme che impongono un confronto tra le posizioni di tutti i dipendenti per l'individuazione del personale da porre in mobilità» (V. Trib. Padova 25 maggio 2002, in *Lav. giur.*, 2003, p. 361).

Perché possano essere attuati i criteri di selezione, il primo punto (sovente quello decisivo) è delimitare l'ambito di comparazione. Ciò impone di ricostruire il novero dei prestatori di opere che svolgano funzioni aziendali fra loro sostituibili. Occorre definire i lavoratori che, tra quelli con mansioni fungibili, meritino di eseguire i compiti ancora presenti nell'organizzazione. Del resto, va a beneficio dell'oggettività della selezione una estensione ragionevole dello spettro dei dipendenti sottoposti alla comparazione (V. Cass. 10 giugno 1999, n. 5718, in *RIDL*, 2000, II, p. 189, con nota di Corazza, *Ambito di comparazione e criteri di scelta: osservazioni sulla coerenza degli accordi ex art. 5 della legge n. 223/1991*, per cui «il datore di lavoro deve predeterminare l'ambito di riferimento entro il quale operare la scelta dei lavoratori da porre in mobilità, motivando la sua opzione in termini tecnici e produttivi in relazione all'intero complesso aziendale». Cfr. anche Trib. Milano 20 gennaio 1999, in *D&L*, 1999, p. 318); ciò consente ai tre canoni legali (ma soprattutto a quelli sociali) di esplicare pieni effetti e di graduare i licenziamenti secondo parametri di prevedibilità e di meritevolezza. Peraltro, vi è spesso il rischio di una definizione artefatta e poco scrupolosa dell'ambito nel quale compiere il paragone.

A maggiore ragione, sarebbe grave se lo spettro dei lavoratori fra i quali eseguire la comparazione fosse modificato con trasferimenti di rami di azienda volti a identificare, in qualche modo, i condannati, senza l'operare dei parametri dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991. In tale caso, a prescindere dalla concezione dell'art. 1344 cod. civ. e, dunque, dalla preferenza accordata all'una o all'altra impostazione teorica, si dovrebbe verificare con particolare attenzione se sia legittima una elusione della portata garantistica dell'art. 5 della legge n. 223 del 1991, compiuta con una combinazione fra i licenziamenti e il preventivo trasferimento di azienda. Peraltro, altre ipotesi possono essere immaginate, a partire da una cessione funzionale a escludere in

assoluto l'operare dell'art. 24 della legge n. 223 del 1991 e, dunque, delle relative tutele sia nell'ambito del rapporto, sia sul versante previdenziale.

4. — Nella riflessione sul trasferimento di ramo di azienda, è spesso invocato l'art. 1344 cod. civ. (Cfr. Scarpelli, *Il mantenimento dei diritti del lavoratore nel trasferimento d'azienda: problemi vecchi e nuovi*, in *QDLRI*, 2004, n. 28, *Il trasferimento di azienda*, p. 99; De Luca Tamajo, *La disciplina del trasferimento di ramo d'azienda dal Codice civile al decreto legislativo n. 276 del 10 settembre 2003*, in *Aa.Vv., Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, a cura di De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli, cit., p. 577; Lambertucci, *Modifica all'articolo 2112, comma 5, del Codice civile*, in *Aa.Vv., La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, a cura di Gragnoli, Perulli, Padova, 2004, p. 468), a maggiore ragione a seguito del cosiddetto processo di «smaterializzazione» della nozione di ramo (Vedi A. Andreoni, *Impresa modulare, trasferimenti d'azienda, appalti interni: la soft law sul ciclo di produzione*, in *Aa. Vv., Il lavoro tra progresso e mercificazione. Commento critico al decreto legislativo n. 276/2003*, a cura di Ghezzi, Roma, 2004, pp. 210 ss.; Perulli, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, pp. 487 ss.; Mainardi, «Azienda» e «ramo d'azienda»: il trasferimento nel decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, in *Dir. lav. merc.*, 2003, p. 699; Nuzzo, *L'oggetto del trasferimento: entità materiale, organizzazione o mera attività?*, in *Aa. Vv., Mercato del lavoro: riforma e vincoli di sistema*, a cura di De Luca Tamajo, Rusciano, L. Zoppoli, cit., pp. 598 ss.; Quadri, *I limiti di applicabilità dell'art. 2112 cod. civ. ai processi di «esternalizzazione»*, *ibidem*, 2003, pp. 337 ss.). Tale attenzione della dottrina è in singolare tensione con le conclusioni della sentenza e dimostra che, quanto più estensiva diventa la categoria del ramo di azienda, tanto più il rinvio all'art. 1344 cod. civ. può essere funzionale a evitare operazioni di elusione di disposizioni imperative. A ragione, si ricorda che il principio dell'art. 1344 cod. civ. «non attiene, teoricamente, alla sola operazione di trasferimento parziale dell'azienda, anche se nella prassi non può che ricorrere molto più di frequente in tale ipotesi, come del resto dimostra la casistica edita» (Vedi De Angelis, *La tutela del lavoratore ceduto*, in *DDG*, cit., p. 138), con specifico riferimento alle sentenze di primo e di secondo grado in qualche modo smentite da quella in esame.

Se mai, quanto più si estende la rilevanza del consenso del prestatore di opere, tanto meno si può pensare all'operare dell'art. 1344 cod. civ. qualora questi non abbia contestato il trasferimento (Per una ricostruzione del tema, v. De Angelis, *La tutela del lavoratore ceduto*, *loc. cit.*, pp. 129 ss.), con una questione di ordine generale (Vedi G. Santoro Passarelli, *Il trasferimento di parte dell'azienda tra libertà dell'imprenditore e tutela dei lavoratori*, in *DDG*, cit., p. 25) che valica i limiti di queste riflessioni, poiché il punto non è stato, né poteva essere considerato dalla pronuncia. Infatti, il tema non apparteneva all'oggetto del dibattito processuale. Comunque, la tutela inderogabile del lavoratore in materia di licenziamento può subire varie forme di elusione in relazione a negozi di trasferimento. A tale fine, occorre verificare ogni soluzione negoziale in relazione alle varie norme che compongono il complessivo sistema prescrittivo e l'art. 1344 cod. civ. resta uno dei profili centrali della riflessione, in specie se si nega la rilevanza del consenso del prestatore di opere inserito nel ramo ceduto.

Peraltro, fermo il risalto dell'art. 1344 cod. civ., è persuasiva l'osservazione per cui «l'affidare nella materia [...] gli strumenti di garanzia del lavoratore a disposizioni

normative dirette in via generale a sanzionare, sul modello dell'art. 1344 cod. civ., forme di aggiramento della legge significa fare dipendere la sorte del trasferimento dalla non agevole ricerca di figure sintomatiche della volontà fraudolenta con effetti sicuramente pregiudizievoli sul piano della certezza dei rapporti» (Vedi Vidiri, *Il trasferimento d'azienda tra diritto al lavoro e libertà d'impresa*, in *DDG*, cit., p. 65. Sulle difficoltà e sui limiti di un sindacato del giudice condotto sulla base dell'art. 1344 cod. civ., dello stesso Autore, v. *Il d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18: trasferimento d'azienda tra «flessibilità» e «garantismo»*, in *MGL*, 2003, p. 8). Tuttavia, altro è mettere in risalto quanto sia difficile applicare l'art. 1344 cod. civ., altro è accantonare il problema delle implicazioni della combinazione fra il contratto di trasferimento e i successivi licenziamenti collettivi, quasi che, in nome della libertà di iniziativa economica, il nesso fra tali negozi non possa portare all'aggiramento di norme imperative, prima fra tutte l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 sulla razionale determinazione dell'ambito di comparazione per l'attuazione dei criteri di scelta.

Enrico Gragnoli
Docente di Diritto del lavoro
nell'Università degli Studi di Parma

(1bis) FRODE ALLA LEGGE E TRASFERIMENTO D'AZIENDA:
IL CEDENTE NON HA L'ONERE DI VERIFICARE
LA CONSISTENZA IMPRENDITORIALE DEL CESSIONARIO

1. — A pochi mesi dalle sentenze n. 4963 dell'8 marzo 2006 – (in *Glav*, 9 giugno 2006, n. 24) con cui la Suprema Corte ha chiarito che per poter parlare di trasferimento di ramo d'azienda deve rintracciarsi nella sua struttura quella funzionalità e quella autonomia idonee a farne una piccola azienda, non coincidendo con lo «smembramento di frazioni non autosufficienti e non coordinate tra loro» né con «una mera espulsione di ciò che si riveli essere pura eccedenza di personale» – e n. 6292 del 22 marzo 2006 – (in *Glav*, 26 maggio 2006, n. 22, con nota di A. Simonetti) con cui la Corte di Cassazione ritiene ammissibile la configurazione di una fattispecie di trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 cod. civ. anche nel caso di trasferimento di un'entità costituita da soli dipendenti senza beni materiali purché i lavoratori costituiscano una entità economica organizzata per lo scambio di beni e servizi – la Corte di Cassazione interviene nuovamente sull'art. 2112 cod. civ., per dire che non costituisce frode alla legge l'operazione mediante la quale si cede a un imprenditore inaffidabile il ramo d'azienda (la sentenza è commenta in senso adesivo da A. Simonetti in *Glav*, 2006, n. 30, p. 10, e in senso critico da E. Barraco, in *LG*, 2006, p. 889).

Nel caso in esame un gruppo di lavoratori dipendenti di una filiale Standa ha impugnato il trasferimento del ramo d'azienda di cui facevano parte eccependo la nullità della cessione avvenuta, a loro dire, in violazione della normativa sui licenziamenti collettivi (legge 23 luglio 1991, n. 223).

Il giudice di primo grado (Tribunale di Nocera Inferiore, 29 maggio 2001, in *LG*, 2001, p. 1166, con nota critica di E. Menegatti) accertava la nullità del contratto di cessione di ramo d'azienda per l'illecita finalità di elusione dell'applicazio-

ne di norma imperativa di legge relativa ai licenziamenti collettivi, disponendo il ripristino dei rapporti di lavoro.

Su ricorso della cedente Standa S.p.a. (poi Euridea S.p.a) la Corte d'Appello, riformando la sentenza impugnata nella parte in cui veniva disposto il ripristino dei rapporti di lavoro, ha dichiarato la continuità giuridica degli stessi con la società cedente confermando, per il resto, la sentenza di primo grado.

La Corte d'Appello ha dichiarato la nullità del contratto di cessione di ramo d'azienda, per frode alla disciplina della legge sui licenziamenti collettivi (legge n. 223/91, cit.) sulla base dei seguenti accertamenti di fatto: a) con Accordo sindacale del 19 giugno 1997, la Standa S.p.a. aveva assunto l'impegno di non cedere la filiale in questione e di collocare presso altre filiali i lavoratori eccedenti, nonché di concordare con i sindacati eventuali procedure di mobilità; b) la cessione era stata effettuata in concomitanza con la decisione di chiudere la filiale cui erano addetti i lavoratori appellati; c) la cessionaria aveva un capitale assai modesto (appena 40.000.000 di lire), non svolgeva alcuna attività di impresa e aveva tenuto comportamenti non compatibili con l'intento di continuare l'attività rilevata, cessando l'attività (e venendo dichiarata fallita) appena trascorso l'anno concordato dalla cedente con i sindacati in ordine alla garanzia di mantenimento dei rapporti di lavoro; d) le clausole del contratto di cessione avevano comportato l'acquisto della merce a prezzi di molto inferiori a quelli di mercato, mentre il prezzo della cessione (concordato con riferimento alle altre filiali cedute) in realtà era stato corrisposto solo in minima parte. In accoglimento parziale del ricorso presentato dalla Società cedente, la Corte di Cassazione afferma che «una simile statuizione merita la censura di violazione degli artt. 1344 e 1345 cod. civ.» perché è lecito addossare ad altri soggetti obbligazioni e oneri connessi al trasferimento di titolarità di beni; fatto che a pieno titolo può essere la ragione determinante del trasferimento. Sicché non è in frode alla legge, né concluso per un motivo illecito, il contratto di cessione dell'azienda a un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base a circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro.

2. — La Corte di Cassazione ritiene che per aversi frode alla legge occorre «a) che la norma imperativa abbia natura non formale ma materiale, nel senso che sia da essa enucleabile un precetto, non esplicitato, che vieti di raggiungere risultati sostanzialmente equivalenti a quelli espressamente vietati; b) che vi sia identità di risultato fra contratto espressamente vietato e contratto mezzo di elusione; c) che l'elusione sia svelata da indici sintomatici»; nel caso in esame non può dunque rinvenirsi una ipotesi di frode alla legge perché dal sistema di garanzie apprestato dalla legge n. 223 del 1991 «non riesce possibile enucleare un precetto che vieti, ove siano già in atto situazioni che possano portare agli esiti regolati dalla legge, di cedere l'azienda, ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti».

3. — La dottrina civilistica (per tutti si v. V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica, P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto Privato*, Milano, 2002, p. 409, e qui la bibliografia a pp. 414 ss.) insegna che la figura giuridica della frode alla legge si basa sul rapporto fra risultato giuridico e mezzo giuridico. La norma imperativa vuole impedire un risultato indesiderabile (si veda, ad es., per il divieto del patto commissorio la norma dell'art. 2744

cod. civ.), normalmente perseguito dai privati col mezzo del contratto tipico. La norma allora vieta l'atto/mezzo, pensando così di vietare il risultato. Ciò però non impedisce che il risultato vietato possa essere ugualmente raggiunto con altri sistemi, ad es. mediante un collegamento negoziale (V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 410) oppure, come nel caso in esame, mediante «negozi o procedimenti in parte simulati o di negozi dissimulati tipici (o in parte tipici)» (Così U. Morello, voce *Negozio giuridico*, VI) *Negozio in frode alla legge*, in *EGT*, XX, 1990, p. 10). È per questa ragione che si suggerisce (V. Roppo, *Il contratto*, cit., p. 410) di effettuare un controllo sulla causa concreta per verificare che questa non sia illecita. Diversamente, è possibile frodare la legge mettendo in atto un sistema che consenta di aggirare una norma imperativa, vale a dire una norma che limita l'autonomia privata; pertanto ove venga a mancare la funzione tipica del contratto, costituente elemento indispensabile per la liceità del negozio, si ricade nella causa illecita, quindi sotto la sanzione della nullità. In questa prospettiva, la fittizietà, o apparenza, dimostra che vi è assenza totale degli interessi (di solito legittimi) che le forme negoziali dichiarate tendono a soddisfare e, per converso, l'esistenza effettiva di operazioni che alla base non soddisfano alcun interesse meritevole di tutela (se non l'interesse di eludere le disposizioni sfavorevoli) (In questi termini, cfr. U. Morello, *Negozio giuridico*, cit., 11). La dottrina distingue inoltre tra negozio simulato e negozio in frode alla legge perché quest'ultimo è realmente voluto come mezzo per il risultato elusivo (V. Roppo, *Il contratto*, cit., *ivi*) anche se si precisa (C. M. Bianca, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 627) che la simulazione può essere il mezzo per evitare l'applicazione di una norma imperativa; ma il mezzo non è qui costituito da un contratto che indirettamente persegue il fine vietato, bensì dall'occultamento del contratto illecito).

4. — Diciamo subito che la decisione, per molti aspetti discutibile, è stata condizionata, da un lato, dalla mancata impugnazione, nel giudizio di legittimità, del capo della sentenza che ha escluso la simulazione del negozio traslativo dissimulante un licenziamento collettivo e, dall'altro, da una inspiegabile latitanza delle organizzazioni sindacali coinvolte nella vicenda. A ciò si può aggiungere che non sono stati neppure invocati, anche ai soli fini di una improbabile tutela risarcitoria, i principi generali di correttezza e buona fede *ex artt.* 1175 e 1375 cod. civ. integrativi degli obblighi derivanti dall'esecuzione del contratto di lavoro. In questa prospettiva, nel caso di specie appare quanto meno in mala fede il comportamento dell'imprenditore cedente che ha consapevolmente sottratto i suoi dipendenti alle tutele – legali e collettive – derivanti dalla applicazione della legge n. 223 del 1991 per evitare i costi della mobilità.

Anche a questo riguardo soccorre la dottrina civilistica (C. M. Bianca, *Il contratto*, cit., pp. 501 ss.) che, riconoscendo il valore integrativo del principio della buona fede nei rapporti obbligatori, lo riporta ai termini della lealtà che s'impone fra i partecipi di un particolare rapporto e che si specifica come rispetto del reciproco affidamento. Sicché, nell'esecuzione del contratto e del rapporto obbligatorio la buona fede si specifica anche come obbligo di *salvaguardia* e di *lealtà* di comportamento.

Ora, se può essere vero che la norma dell'art. 2112 cod. civ. è «lungi dal tendere alla conservazione dell'azienda» perché la sua validità «non è condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva», non di meno è possibile impugnare il contratto di cessione quando questo ha recato un pregiudizio concreto ai lavoratori ceduti.

5. — Tali esigenze – e le considerazioni che le sorreggono – avrebbero potuto trovare tutela sul piano della giurisdizione soltanto se il sindacato, azionando la tutela dell'art. 28, legge n. 300/1970, avesse fatto valere l'inadempimento dell'Accordo del 1997 che imponeva alla Società cedente di ricollocare il personale della filiale oggetto del trasferimento presso un'altra filiale e se avesse fatto valere il proprio diritto a una informazione trasparente. Mentre i lavoratori avrebbero potuto chiedere l'accertamento della inesistenza dei requisiti oggettivi per la giuridica configurabilità della cessione del ramo d'azienda (Per tutti si v. G. Santoro Passarelli, *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*, in *ADL*, 2001, p. 575) ottenendo, su altro versante, il risultato di rimanere alle dipendenze del cedente.

6. — La difesa ha dovuto pertanto misurarsi con il difficile onere probatorio della frode alla legge (1344 cod. civ.) e, ancora, con la prova del motivo illecito (1345 cod. civ.) rilevante solo se comune a entrambe le parti. Entrambi i profili di nullità del contratto di cessione non sono stati accolti dai giudici di legittimità.

Invero, la Corte di Cassazione ritiene che i fatti materiali accertati dal giudice del merito non sono idonei a configurare la fattispecie del contratto in frode alla legge. La legge frodata attraverso lo strumento del contratto di cessione è stata individuata dai giudici di merito nella legge n. 223 del 1991. Tuttavia, la suddetta legge non vieta di cedere l'azienda «ove siano in atto situazioni che possano portare agli esiti regolati dalla legge [...] ovvero di cederla solo a condizione che non sussistano elementi tali da rendere inevitabili quegli esiti». Sicché, mancando il divieto manca anche la frode.

Da un punto di vista valutativo, ciò significa che se un imprenditore in crisi ha deciso di cessare in tutto o in parte la sua attività è libero di scegliere lo strumento per arrivare al risultato finale, vale a dire il licenziamento dei suoi dipendenti, purché tale risultato non sia arbitrario e perciò vietato.

Egli può scegliere, ricorrendone i presupposti, tra un licenziamento individuale plurimo o un licenziamento collettivo; o ancora percorrendo la via del trasferimento del ramo di azienda.

Ma dobbiamo chiederci se l'imprenditore è libero di scegliere tra licenziamento collettivo e trasferimento d'azienda pur sapendo che il cessionario è soggetto inaffidabile.

7. — Per rispondere a questa domanda, la Corte di Cassazione ricorda che nel nostro ordinamento costituzionale l'iniziativa economica privata è libera (art. 41 Cost.). In questa libertà secondo alcuni è compresa anche la libertà di far cessare l'impresa iniziata e perfino *in bonis* (M. Persiani, *Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa in bonis*, in *Scritti in onore di Salvatore Hernandez*, in *DL*, 2004, p. 579).

Certo, l'iniziativa economica non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale (art. 41, comma 2) e, anzi, costituisce adempimento del dovere di concorrere al progresso materiale della società (art. 4, comma 2, Cost.). Ora se è condivisibile l'idea che l'iniziativa economica privata cessa di essere libera, e in tal modo si snatura, se viene distolta dall'obiettivo primario ed essenziale, della realizzazione di un congruo profitto, è altresì vero che l'iniziativa imprenditoriale può incontrare limiti esterni ed essere opportunamente indirizzata e coordinata a fini sociali come dispongono i commi 2 e 3 dell'art. 41 Cost. (R. Scognamiglio, voce *Lavoro 1) disciplina costituzionale*, in *EGT*,

Roma, 1990, p. 7). Si realizza così quella forma di «funzionalizzazione debole» dell'impresa (G. F. Mancini, *Commento all'art. 4*, in *Comm. Cost.*, Branca, *Principi fondamentali*, artt. 1-12, Roma-Bologna, 1975, p. 213) che si esplica in congrua misura attraverso i molteplici provvedimenti legislativi e gli atti amministrativi volti a sostenere le imprese e a salvaguardare i posti di lavoro e l'occupazione «nei suoi diversi aspetti, e cioè sia come potenziale continuità del reddito che come conservazione del posto di lavoro acquisito (non solo sotto il profilo della stabilità ma anche sotto il profilo delle mansioni, dell'ambiente di lavoro ecc.)» (E. Ghera, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *GDLRI*, 1979, p. 374). Proprio in questa prospettiva è intervenuto il legislatore che con la legge n. 223 del 1991, ma anche con l'art. 47 della legge n. 428 del 1990, ha procedimentalizzato il potere datoriale di ridurre il suo organico o di cedere ad altri la sua attività e, nel far ciò, ha previsto uno stringente controllo sindacale.

Si consideri inoltre che la procedura disposta dalla legge 23 luglio 1991, n. 223, si ritiene obbligatoria anche nell'ipotesi di licenziamento per cessazione dell'attività aziendale nell'ambito di una procedura concorsuale a carico dell'impresa datrice di lavoro (Cfr. Cass. 8 luglio 2004, n. 12645, in *RIDL*, 2005, p. 217, con nota di C. Faleri).

Sulla base di tali premesse, riteniamo che quando, come nel caso in esame, «siano già in atto situazioni che possano portare agli esiti regolati dalla legge» l'imprenditore non sia libero di cedere la sua azienda per finalità meramente espulsive e pregiudicare in tal modo gli interessi dei lavoratori. E ciò soprattutto quando ci sono tutti i presupposti per un licenziamento collettivo in capo al cedente, perché è evidente che nel caso in esame l'operazione di ristrutturazione aziendale, scorrettamente qualificata come cessione di ramo di azienda, avrebbe dovuto comportare l'applicazione dei principi di cui agli artt. 4 e 5 della legge n. 223 del 1991, nel caso in esame del tutto ignorati. Sicché, quando l'interesse dell'impresa non incontra più l'interesse dei lavoratori, dovrebbe succedere che «viene meno la stessa esigenza di un temperamento e, quindi, dovrebbe essere assegnata preminenza alla soddisfazione dell'interesse di chi, dovendo lavorare per vivere, ha perso l'occupazione soltanto a ragione di una scelta imprenditoriale priva di qualsiasi giustificazione sociale» (Così M. Persiani, *Riflessioni sulle conseguenze della cessazione dell'impresa in bonis*, cit., p. 579).

8. — La sentenza n. 10108/06, oggetto del nostro esame, porta con sé una certa inquietudine proprio perché la Corte di Cassazione ammette che un imprenditore possa liberamente dismettere la sua attività di lavoro e scegliersi il modo più economico per sbarazzarsi del pesante fardello costituito dai propri dipendenti. La Corte, infatti, afferma che la ragione determinante di un trasferimento di titolarità di beni ben può essere, del tutto lecitamente, proprio quella di addossare ad altri soggetti «obbligazioni e oneri connessi» posto che «il risultato di dismettere la veste di imprenditore e datore di lavoro, con le relative obbligazioni, non può in nessun caso considerarsi vietato dalle norme di garanzia dei lavoratori, atteso che l'applicazione di esse non dipende dall'esserne destinatario un soggetto anziché un altro».

Il che equivale a dire che il cessionario può non essere un vero imprenditore. Tale affermazione non ci trova d'accordo perché per il lavoratore non è indifferente il fatto che il soggetto cessionario non sia in grado di offrire le stesse garanzie e la stessa capa-

cià imprenditoriale del cedente. Sappiamo, infatti, che la dimensione dell'azienda (di una sua parte o dell'unità produttiva) incide sull'applicazione di molte regole di tutela del lavoratore subordinato. Analogamente la qualifica soggettiva del datore di lavoro non è indifferente: basti pensare alla distinzione tra datore di lavoro imprenditore e non imprenditore (A tale riguardo sia consentito un richiamo a L. Valente, *Licenziamenti collettivi e nozione di datore di lavoro nel diritto comunitario: da una sentenza di inadempimento al d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110*, in q. *Riv.*, I, 2004, pp. 711 ss.).

9. — Ora, contraddicendo l'affermazione dei giudici di legittimità secondo la quale esiste una sorta di fungibilità — quanto al risultato finale — tra licenziamento collettivo e cessione di ramo d'azienda, riteniamo che con riferimento alla affidabilità dell'imprenditore (cedente e cessionario) una differenza — soprattutto riguardo al periodo successivo al licenziamento — esista in quanto l'indennità di mobilità, sempre dovuta ai lavoratori collocati in mobilità (art. 7) sempre che siano state esperite le procedure sindacali, spetta anche ai lavoratori licenziati collettivamente *ex art. 24* solo se l'imprenditore rientri in astratto nel campo di applicazione della integrazione salariale straordinaria (art. 16, comma 1). Ne consegue che per i non imprenditori e per le imprese escluse dalla C.I.G.S. (come sembra essere l'impresa del cessionario nella fattispecie in esame) si verifica un licenziamento collettivo senza indennità di mobilità con esonero (art. 24, comma 1-*bis*, comma 3) dell'imprenditore dalla apposita contribuzione previdenziale prevista dall'art. 5, comma 4.

A ciò si aggiunga che se le procedure sindacali prescritte dalla legge n. 223 del 1991 per il licenziamento collettivo non sono osservate il licenziamento è inefficace, mentre è annullabile il licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta (art. 5, comma 3). Con la conseguenza che i lavoratori licenziati dal cedente e/o dal cessionario affidabile avrebbero potuto chiedere e ottenere la reintegra nel posto di lavoro. All'opposto, se il cessionario è dichiarato fallito, il giudice del lavoro non può disporre la reintegra nel posto di lavoro *ex art. 18*, legge n. 300/1970, né condannare il fallimento al risarcimento del danno, essendo la sua competenza limitata all'accertamento della legittimità dei licenziamenti intimati.

10. — Resta peraltro il problema, se non costituisca un risultato vietato ai sensi dell'art. 1344 quello di precludere al lavoratore l'esercizio di un diritto conferitogli dalla legge, vale a dire il diritto alla continuità del rapporto di lavoro con il cessionario. La Corte di Cassazione risponde negativamente a tale quesito sul presupposto che «i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario» (vedi Corte Cost. n. 390 del 1999, n. 56 del 2006).

Tale affermazione, generalmente condivisa, non appare del tutto conferente. Come autorevolmente sostenuto (L. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in L. Mengoni, A. Proto Pisani, A. Orsi Battaglini, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile, processuale civile, amministrativo*, in *DLRI*, 1990, p. 45), i principi costituzionali hanno natura e significato diversi dai principi generali dell'ordinamento giuridico di cui parla l'art. 12 delle preleggi come referenti dell'attività giudiziaria di riempimento delle lacune. Il diritto al lavoro (art. 4 Cost.) è interpretato più come di-

rettiva rivolta al legislatore che come comando rivolto al giudice (G. F. Mancini, *Commento all'art. 4*, cit., *ivi*, e da ultimo A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, in part. Cap. VII). Piuttosto, per rendere effettivo il diritto al lavoro inteso come diritto a mantenere il posto di lavoro è necessario subordinare il potere di licenziamento alla presenza di valide ragioni giustificatrici e consentire al lavoratore di riprendere servizio se quelle ragioni sono inesistenti. In altre parole è necessario impedire il licenziamento arbitrario e perciò evitare che la norma dell'art. 2112 cod. civ. sia utilizzata per realizzare trasferimenti espulsivi. È per questo che si suggerisce un più stretto e profondo controllo causale dell'operazione (A. Perulli, *Il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*, in q. *Riv.*, II, 2004, p. 797).

11. — Il punto sembra dunque essere questo. A fronte dell'accertamento in fatto della sicura fase di ristrutturazione della azienda cedente, della inconsistenza patrimoniale e della incapacità industriale della cessionaria e, a fronte di una clausola accessoria al contratto di cessione che limitava la facoltà di recesso del cessionario per *un solo* anno, i giudici di legittimità non hanno ritenuto neppure di riconoscere la nullità del contratto di cessione per motivo illecito comune a entrambe le parti, che sia stato l'unico a determinare l'accordo (art. 1345 cod. civ.), perché nulla vieta di frodare terzi «ai quali l'ordinamento appresta, invece, in determinate ipotesi, altri rimedi, anche risarcitori a tutela dei loro diritti».

12. — Questa decisione non è del tutto condivisibile perché i lavoratori, in questa vicenda, non sono terzi ma sono parti di un contratto bilaterale di lavoro che è integrato dagli obblighi di correttezza e buona fede pure gravanti sul datore di lavoro. La violazione dei suddetti principi – ove correttamente azionata – costituisce inadempimento e dà luogo all'applicazione dei rimedi a tutela del contratto. A nostro avviso, nel caso in esame l'art. 2112 cod. civ. è stato utilizzato proprio per *by-passare* il consenso dei lavoratori necessario *ex art.* 1406 cod. civ., e per evitare il costo della mobilità.

13. — Infine va segnalata la decisione della Corte di Cassazione nella parte in cui afferma che la cessione dell'azienda è «uno strumento in grado di incidere fortemente sui diritti del lavoro, in particolare sulla occupazione». Tale orientamento appare in linea con i più recenti sviluppi normativi dell'ordinamento, e il riferimento va ovviamente al d.lgs. n. 276 del 2003, perché da questa sentenza esce rafforzata l'autonomia negoziale dell'imprenditore, che può disporre liberamente della sua impresa in linea, come dicevamo, con i più recenti interventi legislativi che decretando il venir meno del requisito della preesistenza e della autonomia della parte d'azienda ceduta, mettono al centro dell'operazione commerciale la libertà negoziale del cedente e del cessionario (due imprenditori), che possono tra di loro qualificare come «autonoma» una articolazione dell'azienda al momento della cessione.

14. — Certo, dobbiamo prendere atto che, dal diritto del lavoro inteso come insieme di tutele del contraente debole, siamo passati a un diritto del lavoro che è chiamato a «mantenere in equilibrio interesse dell'impresa e interesse del lavoro. Interesse, quest'ultimo, che, in un processo storico come quello ricordato, è destinato, inevita-

bilmente, a partire svantaggiato» [Così M. Rusciano, *Introduzione*, in *Istruzioni e regole del lavoro flessibile* (a cura di M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli), Napoli, 2006, p. IX]. Nel caso in esame, probabilmente, il problema è diverso e attiene all'indispensabile contemperamento degli interessi di chi detiene i mezzi di produzione e di chi lavora per vivere. Ora, secondo alcuni (A. Perulli, *Il trasferimento di ramo d'azienda tra controllo di fattispecie e frode alla legge*, in *q. Riv.*, II, 2004, p. 790, e, Idem, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, p. 484) «nei processi di esternalizzazione cambia l'interesse dell'impresa che è assunto a base dell'art. 2112 cod. civ.; non più quello relativo alla conservazione del valore di scambio e al mantenimento del complesso trasferito, bensì un interesse, per certi versi opposto, alla disaggregazione verticale dell'impresa realizzata attraverso programmi [...] che hanno l'obiettivo di "far dimagrire" l'azienda».

Insomma appare diffusa la consapevolezza di un uso distorto dell'art. 2112 cod. civ., «il quale recando in sé una diversa *ratio*, viene strumentalmente piegato per fornire forma giuridica alle pratiche aziendali di esternalizzazione» (A. Perulli, *Il trasferimento di ramo d'azienda...*, cit., *ivi*; ma si v. anche V. Speciale, *Appalti e trasferimento d'azienda*, D. Garofalo, M. Ricci (a cura di), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 535, e qui a p. 545 l'esautiva bibliografia).

15. — In conclusione, la sentenza in esame, probabilmente con eccesso di realismo, e proiettando all'indietro i risultati della più recente legislazione in materia di cd. esternalizzazioni, ritiene fisiologico e anzi legittimo che una operazione di trasferimento di ramo o parte d'azienda sia indirizzata alla espulsione, per questa via indiretta, di lavoratori eccedenti consegnati a un cessionario che non è in condizione di garantire le preesistenti condizioni di lavoro e in particolare la stabilità del posto di lavoro. Non resta che prenderne atto e auspicare un *revirement* della giurisprudenza.

Lucia Valente
*Professore associato di Diritto del lavoro
presso l'Università «La Sapienza» di Roma*

CASSAZIONE, 6 Aprile 2006, n. 8012, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Di Nubila, P.M. Gaeta (Conf.) – Poste Italiane (avv. Ursino) c. O. M. (avv.ti Brunetti e Magrone).

Malattia – Visita di controllo – Obbligo di reperibilità – Assenza del lavoratore – Sanzioni disciplinari – Giustificato motivo di assenza – Concomitanza di visite mediche, prestazioni sanitarie o accertamenti specialistici – Ammissibilità e condizioni.

Il giustificato motivo che esonera il lavoratore dall'obbligo di reperibilità ai fini della visita domiciliare di controllo non si identifica esclusivamente con lo stato di necessità o forza maggiore, ma è configurabile anche nell'ipotesi in cui sussista un impegno serio e apprezzabile, incompatibile con il rispetto delle fasce orarie, quale la sottoposizione a ciclo di cure extra-domiciliari. (1)

(Omissis) 5. Con il primo motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 cod. proc. civ., n. 3, della legge n. 638 del 1983, artt. 4 e 5, in relazione all'art. 18 del c.c.n.l. del settore, dell'art. 345 cod. proc. civ., nonché omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, ex art. 360 cod. proc. civ., n. 5: premesso che l'infortunio sul lavoro era stato ampiamente chiuso e che trattasi di normale malattia, la ricorrente sottolinea che, a sensi della vigente normativa, il lavoratore deve sempre rendersi reperibile al proprio domicilio nelle fasce orarie previste per il controllo e che la mera assenza costituisce causa di irrogazione della sanzione disciplinare a prescindere dal motivo dell'assenza medesima. La ricorrente cita giurisprudenza di questa Corte di Cassazione. Né rileva che, il giorno successivo alla mancata visita domiciliare, il lavoratore si rechi spontaneamente alla visita di controllo. La disciplina è rigorosa, in quanto perfino la mancata risposta al campanello è addebitabile al lavoratore per incuria e negligenza.

6. Il motivo è infondato. La giurisprudenza citata dalla ricorrente Poste Italiane risale agli anni 1999-2002 ed essa segue un indirizzo rigoroso in tema di assenza a visita fiscale: trattasi tra gli altri delle sentenze nn. 5150/99, 15766/2002. Successivamente l'atteggiamento di questa Corte di Cassazione diviene meno rigoroso con l'affermazione che, «in tema di indennità di malattia, il giustificato motivo di assenza, necessario per escludere la sanzione per il mancato reperimento del lavoratore

alla visita di controllo durante le fasce orarie di reperibilità, non si identifica esclusivamente con lo stato di necessità o di forza maggiore potendo essere, invece, costituito, alla stregua della sentenza n. 78/1988 della Corte Costituzionale, anche da una seria e valida ragione, socialmente apprezzabile – la cui dimostrazione spetta al lavoratore – quale quella di constatare la guarigione dalla malattia, al fine della ripresa dell'attività lavorativa (nella specie veniva cassata una sentenza la quale aveva negato ingresso alla prova per testi volta a dimostrare che il lavoratore si era recato dal proprio medico di fiducia): Cass. 29 novembre 2002, n. 16996. Tale indirizzo viene ribadito dalla giurisprudenza successiva Cass. nn. 22065/2004, 4247/2004, 9453/2005, 14735/2004, 15446/2004.

7. Ai principi come dianzi affermati, in base ai quali l'assenza dal domicilio per seguire un ciclo di cure può essere apprezzato dal giudice di merito quale giustificato motivo del mancato controllo, va aggiunta l'interpretazione del c.c.n.l. operata dalla Corte d'Appello secondo la quale a integrare l'infrazione contestata alla lavoratrice non è sufficiente la mera assenza dal domicilio del lavoratore, ma occorre che a essa si accompagni la volontà del lavoratore stesso di sottrarsi alla visita di controllo, circostanza questa che nella specie è stata negata. Ciò si risolve in un apprezzamento in fatto, insuscettibile di riesame in sede di legittimità, in quanto adeguatamente giustificato dal giudice dell'appello con motivazione esauriente e completa, talché essa si sottrae alla censura proposta. (*Omissis*)

(1) RILEVANZA DISCIPLINARE DELL'ASSENZA
ALLA VISITA DOMICILIARE DI CONTROLLO

1. — *La vicenda processuale* — Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione affronta la problematica inerente alle sanzioni disciplinari per assenza del lavoratore durante le fasce orarie di reperibilità [Cfr.: Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, in Schlesinger (diretto da), *Commentario al codice civile*, Milano, 1992, p. 193; Idem, *Il controllo della malattia*, in *DPL*, 2004, n. 37, inserto; Vallauri, Del Punta, *Sub art. 5 Stat. lav.*, in Grandi, Pera (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005, p. 669; Renzi, *Le ipotesi tradizionali di sospensione. Malattia*, in Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, Vol. II, Torino, 2004, p. 1160].

Una lavoratrice, dipendente delle Poste Italiane, impugnava davanti al Tribunale di Savona il provvedimento disciplinare irrogato dall'ente datore di lavoro perché assente alla visita fiscale, contestando l'illegittimità del controllo perché non previsto nella vigente normativa in materia di assenza dal lavoro a seguito di infortunio.

Il ricorso veniva rigettato dall'autorità giudiziaria adita, nonostante la ricorrente, assente dal domicilio per eseguire un ciclo di cure presso un istituto convenzionato, si fosse poi sottoposta alla visita di controllo ambulatoriale, con esito per lei favorevole.

Avverso tale statuizione veniva proposto gravame dinanzi alla Corte d'Appello di Genova, che riformava la sentenza di primo grado, ritenendo irrilevante che la malattia fosse conseguenza di infortunio o di normale malattia e stabilendo che ai fini dell'erogazione della sanzione disciplinare non è sufficiente la mera assenza del lavoratore alla visita domiciliare, ma occorre dimostrare che egli abbia dolosamente inteso sottrarsi al controllo.

La Suprema Corte, seguendo l'orientamento giurisprudenziale meno rigoroso recentemente consolidatosi, conferma la pronuncia della Corte d'Appello di Genova.

2. — *Normativa e giurisprudenza* — L'art. 5 della legge n. 300/1970, così come integrato dal decreto legge 12 settembre 1983, n. 463, convertito con modifiche nella legge 11 novembre 1983, n. 683, disciplina le modalità di espletamento degli accertamenti sanitari.

Lo stato di malattia, comunicato dal lavoratore e certificato dal medico di fiducia di quest'ultimo, può essere controllato su richiesta del datore di lavoro o dell'I.N.P.S., tramite le apposite strutture sanitarie autorizzate: dell'I.N.P.S. (mediante personale medico inserito in apposite liste istituite presso ogni sede) o delle A.S.L. (mediante i Servizi medico-legali). Per garantire l'imparzialità del controllo il legislatore ha vietato al datore di lavoro di avvalersi di un suo medico di fiducia, conciliando così il diritto alla salute del lavoratore previsto dall'art. 32 Cost. con l'interesse del datore e dell'istituto erogatore dell'indennità di malattia ad accertare l'effettività della malattia giustificativa dell'assenza dal lavoro *ex* art. 2110 cod. civ. (in tal senso vedi Cass. 8 gennaio 1998, n. 43, in *DPL*, 1998, p. 517, con nota di Aimò, *Accertamenti sanitari sui lavoratori*).

Allo scopo di rendere possibile il controllo dello stato di malattia, al lavoratore è fatto divieto di assentarsi dal proprio domicilio, senza giustificato motivo, negli orari stabiliti dal decreto del Ministero del lavoro 15 luglio 1986 che ha introdotto le «fasce orarie di reperibilità» (ore 10-12 e 17-19 di ogni giorno, compreso i festivi), previste per la prima volta dall'Accordo interconfederale del 26 gennaio 1977, sul costo del lavoro (in q. *Riv.*, 1977, I, p. 244; «la prima definizione normativa, contrattuale e di natura programmatica, delle fasce orarie di reperibilità» secondo Papaleoni, *Malattia del lavoratore e fasce orarie di reperibilità*, in *MGL*, 1988, p. 223). Tale obbligo di reperibilità, nascente dall'art. 5 della legge 11 novembre 1983, n. 638, secondo la giurisprudenza, non sarebbe altro che parte del più generale obbligo di correttezza e buona fede, previsto dagli artt. 1175 e 1375 cod. civ., immanente allo svolgimento di tutto il rapporto di lavoro.

La Corte di Cassazione ha avuto più volte modo di precisare come la permanenza del lavoratore nel proprio domicilio durante le fasce orarie di reperibilità non costituisce un onere, bensì un obbligo, anche se incoercibile (Cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1975, n. 23, in q. *Riv.*, 1975, II, p. 3, che ha chiarito come non sia possibile disporre un'ispezione coattiva stante la garanzia contenuta nell'art. 13 Cost.: il lavoratore può infatti rifiutare di sottoporsi alla visita di controllo dovendo però sopportare un più gravoso onere della prova del suo stato di infermità oltre alle conseguenze sul piano disciplinare).

La stessa Corte Costituzionale nella sentenza 26 gennaio 1988, n. 78 (in *RIDL*, 1988, II, pp. 2 e 305, con nota di Del Punta, *Note sull'incostituzionalità della normativa sulle fasce orarie di reperibilità*), ha osservato come tale obbligo, non gravoso, né vessatorio, stante il limitato ambito temporale delle fasce orarie, è estrinsecazione della doverosa cooperazione che il lavoratore, con un minimo di diligenza e disponibilità, deve prestare affinché siano realizzate le condizioni per l'erogazione del trattamento di malattia ed evitati gli abusi derivanti dall'ingiustificato comportamento del lavoratore ammalato per il sistema previdenziale e per il sistema economico nel suo complesso, costituendo, anzi, una legittima specificazione nell'interesse dello stesso lavoratore (Così Cass. 9 novembre 2002, n. 15773, in *RIDL*, 2003, II, p. 580).

L'assenza ingiustificata dal domicilio durante le fasce orarie di reperibilità, rendendo di fatto impossibile il controllo della sussistenza della malattia, costituisce un'inadempienza verso l'istituto previdenziale sanzionata con la perdita dell'indennità. Nell'ipotesi in cui il lavoratore risulti assente alla visita di controllo, senza giustificato motivo, decade dal diritto al trattamento economico per l'intero periodo fino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo (art. 5, comma 14, legge n. 638/1983; in giurisprudenza vedi: Cass. 14 settembre 1993, n. 9522, in *DPL*, 1993, p. 3116; Cass. 6 febbraio 1990, n. 814, in *FI*, 1990, I, c. 2487). Il giudice delle leggi ha avuto occasione di precisare al riguardo che il suddetto contenuto normativo è, però, illegittimo nella parte in cui non prevede una seconda visita medica di controllo prima della decadenza dal diritto a qualsiasi trattamento economico di malattia, nella misura della metà, per l'ulteriore periodo successivo ai primi dieci giorni (Cfr. sentenza additiva della Corte Cost. n. 78/1988, cit.). In estrema sintesi, in forza dell'attuale regolamentazione della materia, in tema di assenza ingiustificata alla visita di controllo, ai fini della decadenza dal trattamento economico, vige la seguente disciplina:

- a) prima visita di controllo: l'assenza comporta la perdita totale di qualsiasi trattamento economico per i primi dieci giorni di malattia;
- b) seconda visita di controllo: l'ulteriore assenza determina, oltre alla precedente sanzione, la riduzione del 50% del trattamento economico per il residuo periodo;
- c) terza visita di controllo: nei confronti del lavoratore, assente ingiustificato alla prima e alla seconda visita di controllo, per la terza volta assente ingiustificato nell'ambito di uno stesso evento morboso, l'indennità economica previdenziale a carico dell'I.N.P.S. viene interrotta da quel momento e fino alla fine del periodo di malattia, in quanto il caso si configura come mancato riconoscimento della malattia ai fini della corresponsione della relativa indennità (così Circolare I.N.P.S. 31 marzo 1989, n. 65).

La condotta del lavoratore costituisce, al tempo stesso, anche un obbligo nei confronti del datore di lavoro che ha interesse a ricevere la prestazione lavorativa e quindi a controllare quale ne sia la causa impeditiva. Infatti, anche se l'obbligo del lavoratore ammalato di rendersi reperibile presso il proprio domicilio durante le fasce orarie è finalizzato al controllo della malattia, è a questo strumentale e, pertanto, sanzionabile in via autonoma sotto il profilo disciplinare perché costituisce l'inadempimento di un obbligo di collaborazione in senso ampio, cui per legge il lavoratore è tenuto (Cfr.: Cass. 22 aprile 2004, n. 7691, in *NGL*, 2004, p. 332; Cass. 27 aprile 1996, n. 3915, *ivi*, 1996, p. 579; Cass. 19 settembre 2000, n. 12405; Cass. 24 luglio 2000, n. 9709, in *NGL*, 2001, p. 135; Cass. 21 maggio 1998, n. 5090, in *Giust. civ.*, 1999, p. 1497;

Cass. 7 ottobre 1997, n. 973, in *FI*, 1998, I, p. 94; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12686, in *RIDL*, 1996, p. 844), l'irrogabilità di sanzioni disciplinari è correntemente ammessa dalla giurisprudenza a condizione che venga rispettato il principio di predeterminazione dell'illecito disciplinare nel contratto (Cfr.: Cass. 9 agosto 1996, n. 7370, in *RIDL*, 1997, p. 553; Pret. Milano 7 gennaio 1997, in *Lav. giur.*, 1997, p. 417) e che il codice disciplinare sia preventivamente affisso in luogo accessibile a tutti, secondo le modalità prescritte dall'art. 7 Stat. lav. (Cfr. Cass. 24 maggio 1999, n. 5044, in *RIDL*, 2000, p. 173). Recentemente la Corte di Cassazione ha però ammesso la sanzione anche quando tale infrazione non sia prevista specificatamente nel codice disciplinare, ma comporti «la violazione non grave degli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro e stabiliti dalla legge» (Cass. 22 aprile 2004, n. 7691, cit.; Cass. 22 agosto 1997, n. 7884, in *NGL*, 1997, p. 646). La specifica previsione nel codice disciplinare sarebbe richiesta solo qualora il datore di lavoro intenda irrogare una sanzione conservativa, mentre il potere di recedere dal rapporto per giusta causa o giustificato motivo deriva direttamente dalla legge (Cass. 27 aprile 1996, n. 3915, in *NGL*, 1996, p. 579). Infatti, in relazione alla particolare gravità del caso, l'irreperibilità del lavoratore è stata ritenuta sanzionabile anche con il licenziamento (Cass. 3 febbraio 1996, in *FI*, 1996, I, c. 1271; Cass. 11 dicembre 1995, n. 12686, in *RIDL*, 1996, II, p. 844, con nota di Faleri; Pret. Ravenna Lugo 8 luglio 1997, in *Lav. giur.*, 1998, I, p. 401, con nota di Tullini; Poso, *Omessa giustificazione dell'assenza per malattia e giustificato motivo di licenziamento*, in *RIDL*, 1989, II, p. 100), purché sorretto dal criterio di proporzionalità, come richiesto dall'art. 2106 cod. civ. (così: Pret. Roma 30 giugno 1992, in *D&L*, 1993, p. 430; Cass. 7 agosto 2001, n. 11153, in *RIDL*, 2002, p. 189, con nota di Muggia; Trib. Pisa 13 marzo 2001, in *Lav. giur.*, 2001, p. 695).

La mancata reperibilità non è sanzionata, invece, nel caso in cui l'assenza domiciliare sia causata da un «giustificato motivo». L'onere della prova della giustificazione dell'irreperibilità grava sul lavoratore (Cfr.: Cass. 25 marzo 2002, n. 4233, in *MGL*, 2002, p. 604; Cass. 16 aprile 1994, n. 3642, in *FI*, 1994, I, c. 2398; Cass. 12 gennaio 1991, n. 268, in *DPL*, 1991, p. 1282). Il principio deriva dall'applicazione delle regole generali in materia di inadempimento dell'obbligazione, per le quali è il debitore che deve dare la prova liberatoria della sua non imputabilità o attraverso la dimostrazione di uno specifico impedimento che ha reso impossibile la prestazione o attraverso la dimostrazione che qualunque ne sia la causa non è a lui imputabile (Il lavoratore ammalato ha l'onere di provare, in applicazione dell'art. 2118 cod. civ., l'esistenza di uno specifico impedimento, che abbia reso impossibile l'adempimento del suo obbligo, essendo necessario un impedimento oggettivo, la cui influenza negativa per l'adempimento, se l'evento era prevedibile, non poteva essere evitata neanche con l'adozione di tutte le cautele necessarie. Così Cass. 4 gennaio 2002, n. 50, in *RIDL*, 2002, II, p. 339; Cass. 16 febbraio 1998, n. 1593, in *Glav*, 1998, n. 16, p. 17; Pret. Lucca 19 marzo 1998, in *RIDL*, 1999, p. 80; Cass. 22 giugno 2001, n. 8544, in *Rep. MGL*, voce *Malattia*, n. 87; Cass. 10 agosto 2004, n. 15446, *ivi*, n. 102; Cass. 23 novembre 2004, n. 22065, *ivi*, n. 103; Cass. 12 dicembre 1997, n. 12575, in *RIDL*, 1998, p. 535; Cass. 10 dicembre 1998, n. 12458, *ivi*, 1999, p. 726; Cass. 9 marzo 1995, n. 2756, *ivi*, 1996, p. 113). L'orientamento più rigoroso seguito dalla giurisprudenza di legittimità negli anni novanta, secondo il quale la mera assenza alla visita di controllo può essere oggetto di sanzione disciplinare, è stato successivamente mitigato. Dottrina e giuri-

sprudenza hanno fornito una lettura elastica del giustificato motivo di assenza alla visita fiscale, talvolta ritenendo sufficiente a integrarlo un qualsiasi serio impedimento (Cass. 16 aprile 1994, n. 3642, in *FI*, 1994, I, c. 2398), altre volte richiedendo un impedimento assoluto imputabile a causa ineluttabile e che risulti rigorosamente accertato in sede di merito sia che l'assenza fosse indifferibile sia che le modalità prescelte dal lavoratore per realizzare tale esigenza fossero le uniche ragionevolmente praticabili (Cfr.: Cass. 2 agosto 2004, n. 14735, in *NGL*, 2004, p. 214, secondo la quale «opinando diversamente si verrebbe a dilatare pericolosamente il concetto di giustificato motivo anche a ipotesi di mera opportunità e a consentire al lavoratore di sottrarsi al legittimo controllo della visita fiscale, senza che possano costituire un freno all'eventuale abuso l'onere della prova a carico del lavoratore e il controllo del giudice di merito, peraltro insindacabile in sede di legittimità, circa l'idoneità allo scopo della prova offerta»; Cass. 24 luglio 2000, n. 9709, in *NGL*, 2000, p. 135; Cass. 23 dicembre 1999, n. 14503, in *LPO*, 2000, p. 574; Cass. 3 agosto 1995, n. 8508). Il giustificato motivo di assenza non è pertanto integrato soltanto dalla forza maggiore bensì da ogni seria e valida ragione, che, alla stregua del giudizio medio e della comune esperienza, può rendere plausibile l'allontanamento del lavoratore dal domicilio (Cass. 27 giugno 1994, n. 6166, in *NGL*, 1994, p. 734; Cass. 16 aprile 1994, n. 3642, in *FI*, 1994, I, c. 2398); è pertanto sufficiente un apprezzabile e serio motivo che, ancorché non insuperabile e nemmeno tale da determinare, ove non osservata, la lesione di beni primari, abbia reso indifferibile altrove la presenza del lavoratore (Vedi in tal senso: Cass. 29 novembre 2002, n. 16996, in *MGL*, 2003, p. 69; Cass. 4 gennaio 2002, n. 50, in *RIDL*, 2002, II, p. 339; Cass. 23 dicembre 1999, n. 14503, cit.; Cass. 23 novembre 1992, n. 12500, in *DPL*, 1993, p. 257).

La giurisprudenza ritiene legittima la previsione contrattuale della preventiva comunicazione del lavoratore al datore della necessità di assentarsi durante le fasce orarie di reperibilità perché questa non costituisce una deroga *in peius* rispetto alla norma di legge, ma una specificazione del concetto di giustificato motivo (Cfr.: Cui, *Malattia: assenza alla visita fiscale*, in *DPL*, 2005, n. 28, p. 1537; Cass. 10 febbraio 2000, n. 1481, in *NGL*, 2000, p. 536; Cass. 9 marzo 1995, n. 2756, in *MGL*, 1996, p. 208). Circostanza frequentemente invocata per giustificare l'assenza dal domicilio è costituita dalle visite mediche. La casistica è ampia. In particolare è stata ritenuta giustificata l'assenza del lavoratore recatosi dal medico nel caso di riacutizzarsi della malattia o di nuovo sintomo, ma solo se tale esigenza non poteva essere soddisfatta fuori fascia (*ex plurimis*: Cass. 29 novembre 2002, n. 16996, in *MGL*, 2003, p. 69; Cass. 10 dicembre 1998, n. 12458, in *RIDL*, 1999, II, p. 726) oppure si era protratta oltre per fatto imprevedibile (Cass. 1° marzo 1995, n. 2390, in *MGL*, 1995, suppl. 23).

3. — *Le motivazioni della sentenza in esame* — Nel caso di specie la Suprema Corte, con la sentenza in esame, disattende l'orientamento più rigoroso adottato solo pochi anni prima e in base al quale il lavoratore deve sempre rendersi reperibile nel proprio domicilio durante le fasce orarie previste per il controllo, essendo causa di irrogazione della sanzione disciplinare la mera assenza e precisando che l'irreperibilità ingiustificata ricorre non solo nei casi di materiale assenza, ma anche quando il lavoratore, sebbene in casa, impedisca, di fatto, con la sua condotta, l'esecuzione del controllo sanitario per incuria, negligenza o imperizia (Cfr.: Cass. 26 maggio 1999, n. 5150, in *NGL*,

1999, p. 617; Cass. 9 novembre 2002, n. 15766, in *IPREV*, 2003, 274; Cass. 22 maggio 1999, n. 5000, in *Lav. giur.*, 1999, n. 12, p. 1178; Cass. 14 maggio 1997, n. 4216, in *D&L*, 1998, II, p. 77, con nota di Innocenzi, *Assenza del lavoratore alla visita medica di controllo*; Cass. 25 marzo 2002, n. 4233, in *NGL*, 2002, p. 489, e ivi riferimenti). Accoglie, invece, la definizione di giustificato motivo più favorevole al lavoratore, secondo la quale questo «non si identifica esclusivamente con lo stato di necessità o di forza maggiore, potendo essere, invece, costituito, alla stregua della sentenza n. 78/1988 della Corte Costituzionale, anche da una seria e valida ragione, socialmente apprezzabile, la cui dimostrazione spetta al lavoratore, quale quella di far constatare l'eventuale guarigione dalla malattia, al fine della ripresa dell'attività lavorativa» (come già affermato da Cass., 29 novembre 2002, n. 16996, in *MGL*, 2003, p. 69, e ribadito da Cass. 23 novembre 2004, n. 22065, in *MGL*, 2005, p. 62; Cass. 2 marzo 2004, n. 4247, in *OGL*, 2004, I, p. 177; in *D&L*, 2004, n. 18, p. 40, con nota di Cardarello, *L'assenteismo non può presumersi occorre valutarlo caso per caso*; Cass. 2 agosto 2004, n. 14735, in *NGL*, 2004, p. 210; Cass. 6 maggio 2005, n. 9453, in *MGL*, 2005, p. 781).

L'assenza dal domicilio del lavoratore per eseguire un ciclo di cure, come nel caso in esame, può essere apprezzato dal giudice di merito quale giustificato motivo del mancato controllo ed è insindacabile in sede di legittimità se motivato in maniera congrua e logica.

L'art. 360, n. 5, cod. proc. civ., non conferisce alla Suprema Corte il potere di esaminare e valutare il merito della causa, ma solo quello di controllare, sotto il profilo logico formale e della correttezza giuridica, l'esame e la valutazione fatta dal giudice di merito, al quale solo spetta di individuare le fonti del proprio convincimento, valutare le prove, controllarne l'attendibilità e le conclusioni (Cfr.: Cass. 1° marzo 1995, n. 2390; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11488, in *DPL*, 1992, p. 3407). Nel caso di specie, secondo l'interpretazione della Corte d'Appello del c.c.n.l. di settore, ai fini dell'irrogazione della sanzione disciplinare non è sufficiente la mera assenza ma è necessario che a questa si accompagni la volontà di sottrarsi al controllo (Cass. 17 agosto 2001, n. 11153, in *Rep. Giur. lav.*, n. 89; Cass. 10 marzo 1990, n. 1956), circostanza non riscontrata nei fatti. Tale valutazione è pertanto insindacabile in quanto adeguatamente motivata.

La sentenza in commento offre anche lo spunto per una riflessione sulle cause generatrici dell'assenza dal lavoro. Infatti il giudice di legittimità sembra aderire all'orientamento espresso dalla Corte d'Appello di Genova secondo il quale è irrilevante, ai fini dell'applicazione della disciplina delle fasce orarie e del giustificato motivo, che l'assenza dal lavoro sia causata da malattia o infortunio, diversamente da quanto, invece, sostenuto da una parte della dottrina (Lipari, *Inapplicabilità delle fasce orarie di reperibilità previste per il lavoratore ammalato al lavoratore assente per infortunio sul lavoro*, in *q. Riv.*, 1998, II, p. 639; Marinelli, *Infortunio sul lavoro e fasce orarie di reperibilità: la Cassazione cambia orientamento*, in *Lav. giur.*, 2003, p. 350) e della giurisprudenza (Cass. 30 gennaio 2002, n. 1247, in *RIDL*, 2002, II, p. 91). È, infatti, senz'altro criticabile la tesi di chi considera le fasce orarie di reperibilità una «eccessiva» limitazione alla libertà di movimento, costituzionalmente garantita dall'art. 16, solo per il lavoratore assente per infortunio e invece «giusta» per quello assente per malattia (In tal senso vedi: Ichino, *Il datore ha il diritto di controllare, ma il lavoratore ha diritto di sottrarsi al controllo*, in *RIDL*, 2002, II, p. 425; Fontana, *Malattia, infortunio, malattia-infor-*

tunio, in *DL*, 2002, II, p. 91; Brachetti, *Applicabilità delle fasce orarie di reperibilità e assenza per infortunio sul lavoro*, in *q. Riv.*, 2003, II, p. 563, che suggeriscono di estendere la disciplina delle fasce orarie anche al lavoratore infortunato). Infatti l'art. 5 Stat. lav. regola il controllo delle assenze per infermità, ossia il temporaneo impedimento del lavoratore a prestare la propria attività, riferibile sia al caso che questa dipenda da malattia, sia che dipenda da infortunio sul lavoro. La disponibilità che il lavoratore deve offrire per l'attuazione del diritto del datore di lavoro a controllare l'infermità deriva dal più generale obbligo di correttezza e buona fede, dal quale dottrina e giurisprudenza hanno fatto derivare una serie di comportamenti che «non si identificano esclusivamente, con le obbligazioni fondamentali nascenti dal contratto di lavoro subordinato, ma ricadono in una più vasta gamma di doveri, il cui adempimento è indispensabile per assicurare la corretta esecuzione del lavoro e, per quanto possibile, la produttività dell'impresa; costituisce pertanto violazione di tali doveri, rilevante anche sotto il profilo dell'art. 1375 cod. civ., in tema di buona fede, l'ingiustificata indisponibilità del lavoratore a consentire l'effettivo espletamento della visita di controllo del suo stato di salute» (Cass. 14 luglio 1994, n. 6597, in *NGL*, 1994, p. 624). La *ratio* della disciplina delle fasce orarie è stata, infatti, disposta per arginare il fenomeno dell'abusivo assenteismo dei lavoratori che provoca gravi ricadute sia sull'impresa, sia sul sistema previdenziale, ma che può essere causato tanto da malattia quanto da infortunio.

La sentenza in esame è, pertanto, pienamente conforme alle finalità della disciplina dettata per il controllo della malattia di contemperare, da un lato, l'esigenza del datore di lavoro, oltre, naturalmente, quella degli istituti previdenziali, di poter verificare, attraverso i controlli di cui si è fatto cenno, la reale sussistenza del legittimo impedimento del lavoratore a rendere la prestazione lavorativa, e, dall'altro, la insopprimibile esigenza del lavoratore di usufruire dei congedi di malattia, ove questa realmente sussistente, senza alcun tipo di compressione della sua sfera di libertà personale, tutelata in più parti dalla nostra Carta costituzionale e, più in generale, dal nostro diritto positivo; il tutto, ovviamente, teso ad arginare il diffuso fenomeno dell'assenteismo ingiustificato, deleterio per l'economia, per la società e per ciascun lavoratore che assolve correttamente alle proprie funzioni.

Barbara Caponetti
Praticante Avvocato in Roma

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 23 marzo 2006, n. 6429, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Balletti, P.M. Fedeli (Diff.) – Fiat Auto Partecipazioni S.p.a. (avv.ti De Luca Tamajo, Perlini e Fontana) c. S.IN. COBAS – Sindacato Intercategoriale dei Comitati di Base (avv. Marziale).

Repressione della condotta antisindacale – Legittimazione attiva – Attribuzione alle associazioni sindacali a diffusione nazionale e svolgenti un'attività di rappresentatività a livello nazionale – Necessità – Legittimazione delle rappresentanze sindacali aziendali costituite ex art. 19 della legge n. 300 del 1970 e delle rappresentanze sindacali unitarie – Esclusione.

Il sindacato nazionale il cui organismo locale è legittimato a proporre ricorso per la repressione della condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 della legge n. 300 del 1970 è quello che non solo ha effettiva diffusione su tutto il territorio nazionale, ma che svolge, altresì, in concreto un'attività sindacale (anche con riferimento al momento contrattuale) a livello nazionale; le rappresentanze sindacali aziendali, costituite in virtù dell'art. 19 della stessa legge n. 300 del 1970, e le rappresentanze sindacali unitarie, costituite in virtù dell'Accordo interconfederale del 20 dicembre 1993, non sono invece legittimate, esclusivamente in quanto tali, a proporre il ricorso disciplinato dal citato art. 28. (1) (Massima non ufficiale)

(*Omissis*) 2 -. Con il primo motivo di ricorso le ricorrenti in via principale – denunciando «violazione della legge n. 300 del 1970, art. 28, e vizi di motivazione» – rilevano criticamente che «la Corte d'Appello ha ritenuto di superare l'eccezione di difetto di legittimazione ad agire del sindacato ricorrente per la mancanza di prova sul suo carattere nazionale sulla base della documentazione esibita dal

sindacato sennonché tali documenti potevano dimostrare soltanto un particolare attivismo, il più delle volte manifestato su temi politici anziché sindacali, e non la diffusione sul territorio nazionale (per cui, nella fattispecie, difettavano del tutto elementi strutturali certi circa la consistenza del sindacato ricorrente, sicché l'accertamento della nazionalità è avvenuto sulla base di una mera autocertificazione priva di riscontri oggettivi)».

(Omissis)

3 -. Il primo motivo del ricorso «principale» si appalesa fondato.

Il profilo in ordine al quale ha argomentato la sentenza impugnata, e sul quale si appuntano le censure delle ricorrenti, riguarda direttamente l'identificazione del S.IN. COBAS, originario ricorrente, di un organismo locale di un'associazione sindacale nazionale, presupposto legittimante il ricorso per la repressione della condotta antisindacale della legge n. 300 del 1970, *ex art.* 28.

La sentenza impugnata, mediante una motivazione perverso stringata, osserva che si tratta di un sindacato «con presenza in oltre cinquanta Province e in quasi tutte le Regioni italiane, con promozione o adesione a iniziative di carattere generale e non circoscritti per area geografica o per settori merceologici e con un numero consistente di iscritti distribuiti nelle varie Regioni».

A fronte di questo rilievo meramente topografico – presenza del sindacato su un'ampia area territoriale del paese – fondatamente obietta la difesa delle Società ricorrenti che il carattere «nazionale» dell'associazione sindacale legittimata ai sensi della legge n. 300 del 1970, art. 28, è riferito anche e soprattutto all'attività del sindacato e che invece su tale punto una completa indagine non è stata compiuta dai giudici di merito, essendosi la sentenza impugnata arrestata sostanzialmente al mero rilievo topografico. Ossia – si sostiene – la «diffusione nazionale» è cosa diversa dall'«effettiva azione sindacale» su base nazionale.

Tale rilievo è corretto.

Il carattere «nazionale» dell'associazione – come è stato di recente statuito da questa Corte con la sentenza del 13 dicembre 2005/24 gennaio 2006, a cui occorre riferirsi pure per la parte motiva – è un dato attinente non solo alla mera dimensione territoriale, ma anche all'attività in concreto svolta dalla stessa che deve avere un orizzonte «nazionale» e non già «locale».

La legge n. 300 del 1970, art. 28 – com'è noto –, non riconosce la legittimazione ad agire a tutte le associazioni sindacali, ma la limita agli

«organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse», dettando così una disciplina differenziata che opera una distinzione tra associazioni sindacali che hanno accesso (anche) a questo strumento processuale di rafforzata e incisiva tutela dell'attività sindacale (tutela peraltro presidiata anche da una sanzione penale) e altre associazioni sindacali che hanno l'accesso (solo) alla tutela ordinaria di un giudizio promosso *ex art. 414 cod. proc. civ.*

La ragione giustificatrice di questo trattamento differenziato è stata posta in evidenza dalla giurisprudenza costituzionale.

Con la sentenza n. 54/1974 – quasi «a ridosso» della promulgazione della legge n. 300 del 1970 – la Corte Costituzionale ebbe a sottolineare «la razionalità della norma, la quale attribuisce questo mezzo, di per sé stesso efficace, a organizzazioni responsabili che abbiano un'effettiva rappresentatività nel campo del lavoro e possano operare consapevolmente delle scelte concrete, valutando, in vista di interessi di categorie lavorative e non limitandosi a casi isolati e alla protezione di interessi soggettivi di singoli lavoratori, protetti questi dalle norme comuni spettanti a ogni individuo, l'opportunità di ricorrere alla speciale procedura prevista dall'art. 28». Gli interessi che la procedura dell'art. 28 intende proteggere trascendono, quindi, sia quelli soggettivi dei singoli lavoratori, sia quelli localistici, ma sono quelli di un'associazione sindacale che si propone di operare e opera a livello nazionale per tutelare gli interessi di una o più categorie di lavoratori a quel livello.

La Consulta, con la sentenza n. 334/1988, ha successivamente ribadito che «un meccanismo selettivo di sostegno qualificato dall'azione sindacale nei luoghi di lavoro deve non solo rifiutare logiche puramente aziendalistiche, estranee al ruolo a questo assegnato dalla Costituzione, ma evitare sia i pericoli di eccessiva frammentazione della rappresentanza sindacale [...] sia un'incidenza nella sfera dell'imprenditore dei diritti a essa concessi (di assemblea, a permessi retribuiti ecc.) non proporzionata alle esigenze di efficace esercizio di questi».

Anche di recente la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 89/1995, ha ribadito che «la concezione che assume la dimensione organizzativa nazionale come indice di adeguato livello di rappresentatività [...] è apparsa idonea a consentire la selezione, tra i tanti possibili, dell'interesse collettivo rilevante da porre a base del conflitto con la parte imprenditoriale».

Emerge, quindi, che la ragione giustificatrice sottesa alla limitazione della legittimazione dell'art. 28 è anche sostanziale (legata al-

l'attività del sindacato e agli interessi collettivi tutelati) e non già solo formale (discendente dalla mera dislocazione del sindacato sul territorio); e anzi è soprattutto la ragione sostanziale della differenziazione che rende la stessa compatibile con il principio di eguaglianza (art. 3 Cost., comma 1) e con quello della libertà di azione sindacale (art. 39 Cost., comma 1).

In breve la dimensione territoriale nazionale deve necessariamente coniugarsi a un'attività orientata alla tutela dei lavoratori a quello stesso livello.

Pertanto un mero collegamento federativo pur a livello di plurimi sindacati locali, in ipotesi (come sembra essere nella specie) anche di categorie diverse, se vale a conferire al sindacato così federato la dimensione territoriale nazionale, non implica di per sé anche un'azione sindacale connotata dal carattere nazionale. Ove l'attività sindacale sia in concreto solo quella delle associazioni sindacali locali, scollegata da qualsivoglia politica sindacale nazionale perché inesistente, viene meno il carattere nazionale di siffatto sindacato «federato» ancorché le locali associazioni sindacali, legate dal vincolo federativo, siano plurime e diffuse su tutto il territorio nazionale.

Se così fosse la mera creazione di un coordinamento nazionale – ciò anche con riferimento alle «rappresentanze sindacali unitarie» costituite *ex* Accordo interconfederale 20 dicembre 1993 sulle quali si sofferma (peraltro a diverso fine) la Corte territoriale al punto b) della sentenza impugnata – costituirebbe un *passe-partout* per l'accesso alla legittimazione al ricorso all'art. 28, cit., a qualsivoglia associazione sindacale meramente locale e verrebbe frustrata quell'esigenza di fondo che giustifica, anche a livello costituzionale, la limitazione della legittimazione. Certo il legislatore dello «Statuto dei lavoratori» non pensava a una costellazione di plurime associazioni sindacali locali raccolte sotto un'etichetta unitaria, bensì a un sindacato autenticamente «nazionale» che, avendo una visione ampia degli interessi dei lavoratori associati, ne perseguisse la tutela non già in un'area limitata, ma in tutto il paese e, quindi, con un'attività sindacale estrinsecatesi anche su tutto il territorio nazionale e non già solo localmente.

La necessità del concreto riscontro di un'attività sindacale di carattere nazionale risulta poi maggiormente coerente e omogenea con il vigente criterio di rappresentatività sindacale in azienda (legge n. 300 del 1970, *ex* art. 19) e, quindi, locale. In proposito questa Corte ha affermato che la rappresentatività utile per l'acquisto dei diritti sin-

dacali nell'azienda è condizionata unicamente da un dato empirico: quello dell'«effettività dell'azione sindacale» concretizzantesi nella stipula di contratti collettivi di lavoro (cfr. Cass. n. 2855/2005). A tale riguardo, in parziale difformità rispetto alla cennata sentenza, occorre precisare – per collegare «inazione-contrattazione sindacale» al «soggetto sindacale contraente» – che l'espressione «nazionale» caratterizzante siffatta azione sindacale deve, nella specie, identificarsi nella stipula di un contratto collettivo di quel livello (*id est*, «contratto collettivo nazionale del lavoro») e non, quindi, di un contratto «aziendale» (come si accenna apoditticamente nella sentenza impugnata) avente una dimensione meramente localistica.

Pertanto tipica – se pure non esclusiva – espressione «nazionale» dell'attività sindacale è la stipula di contratti collettivi di quel livello, come anche rileva ogni altro elemento indicativo in concreto di un'attività sindacale a livello nazionale, e non già il mero dato formale delle risultanze dello statuto dell'associazione, che di per sé è rappresentativo solo di un prefigurato obiettivo o di un'autoqualificazione del sindacato; mentre lo statuto è utile per individuare gli «organismi locali» del medesimo sindacato, una volta che il suo carattere «nazionale» sia stato coonestato da effettivi riscontri in concreto (Cass. n. 10616/2004). Peraltro il carattere «nazionale» dell'associazione sindacale – così inteso – non significa ovviamente che l'associazione debba far parte di una confederazione ed essere maggiormente rappresentativa (Cass. n. 3917/2004, Cass. n. 5765/2002). Né implica necessariamente la monocategorialità dell'associazione sindacale (Cass. n. 11833/2002), anche se, nel caso di sindacato pluricategoriale, il carattere nazionale dell'attività sindacale va ricercato con più attenta indagine, atteso che maggiore è il rischio della frammentazione dell'interesse collettivo dei lavoratori, se di diversi settori produttivi, in quello perseguito da distinte associazioni sindacali locali, meramente federate a livello nazionale. Nella specie la sentenza impugnata si è fermata al rilievo della diffusione sul territorio del sindacato, ritenendo evidentemente sufficiente il mero dato topografico della dislocazione del sindacato; non ha invece svolto – come avrebbe dovuto fare – alcuna completa indagine in ordine all'azione del sindacato (pure al momento della contrattazione collettiva) che, per le argomentazioni sopra svolte, deve essere parimenti connotata dal carattere nazionale. (*Omissis*)

(1) IL REQUISITO DELLA «NAZIONALITÀ» DELLE ASSOCIAZIONI SINDACALI
E LA LEGITTIMAZIONE AD AGIRE EX ART. 28, LEGGE N. 300/70

Con la sentenza in commento la Suprema Corte affronta di nuovo, a pochi mesi di distanza da una pronuncia pressoché identica (Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, in *Glav.*, 2006, 10, p. 40), il problema della legittimazione attiva ad agire ex art. 28, legge n. 300/70, chiarendo come debba essere interpretato il requisito della «nazionalità» delle associazioni sindacali.

Come noto, la legittimazione al ricorso a tale forma di tutela è stata riservata dal legislatore «agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse» (art. 28, comma 1, legge n. 300/70).

Tale formulazione, sin dalla sua promulgazione, ha destato non pochi dubbi interpretativi, sia in ordine alla definizione degli organismi locali, intesi comunemente quali gruppi associativi, dotati di una soggettività giuridica idonea alla proposizione di un'azione giudiziale (si veda: V. Simi, *Repressione della Condotta antisindacale*, in U. Prosperetti (diretto da), *Commentario dello Statuto dei Lavoratori*, Milano, 1975, pp. 948 ss.), sia, in particolare, sull'esigenza che l'organismo locale debba fare parte di un'associazione nazionale, escludendo, di conseguenza, i singoli lavoratori, le altre associazioni sindacali e le R.S.A. (v. Pera, *Art. 28*, in Assanti, Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, 1972, Padova, p. 332; Romagnoli, *Commento all'art. 28*, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972, p. 434; sull'esclusione delle R.S.A., tra le molte pronunce: Trib. Teramo, 30 maggio 2003, in *LG*, 2003, p. 883; Pret. Roma, 7 luglio 1994, in *LG*, 1995, p. 59; sull'esclusione degli organismi regionali: Cass., Ss.Uu., 17 marzo 1995, n. 3105, in *LG*, 1995, p. 876).

Sicché, già nel 1974, a ridosso della promulgazione della legge n. 300/70, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 54, fu chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale, riguardo all'art. 24 Cost., dei criteri selettivi per l'ammissione al ricorso ex art. 28, legge n. 300/70, affermando che la norma in contestazione ha la funzione di evitare «una pleora di ricorsi», tale da «compromettere l'attività dell'azienda, ledere la produttività di questa e ostacolare, se non paralizzare, l'azione direttiva dell'imprenditore» (Corte Cost., 06 marzo 1974, n. 54, in q. *Riv.*, 1974, 3, II, p. 338, con nota di M. D'Antona; in *MGL*, 1974, 1, p. 3, con nota di G. Tamburino; in *FI*, 1974, I, p. 963, con nota di Pera; in *Gcost*, 1974, p. 589, con nota di Giugni).

Successivamente, nel 1988, la Corte Costituzionale venne chiamata a pronunciarsi, una seconda volta, sull'argomento, questa volta in relazione agli artt. 3, 24 e 39, comma 1, Cost., ribadendo, con la sentenza n. 334, che l'art. 28, legge n. 300/70, non limita l'organizzazione o l'attività dei sindacati da esso esclusi, né li priva di alcuno degli strumenti di tutela, sostanziale e processuale, di cui già fruiscono (Corte Cost., 24 marzo 1988, n. 334, in *FI*, 1988, I, c. 1774; in *MGL*, 1988, p. 189, con nota di Pessi; in *RIDL*, 1988, II, p. 549, con nota di Poso).

Secondo la Consulta, infatti, si tratterebbe di un nuovo e diverso mezzo processuale, riservato a soggetti collettivi particolarmente qualificati, individuati attraverso non un modello, ma una dimensione organizzativa, quella nazionale, assunta come indice e garanzia di un adeguato livello di rappresentatività, capace di sele-

zionare, tra i tanti possibili, l'interesse collettivo rilevante da far valere, mediante lo specifico mezzo di tutela di cui all'art. 28, legge n. 300/70.

In sostanza, sostiene la Corte Costituzionale, il legislatore avrebbe utilizzato, nell'art. 28, legge n. 300/70, un criterio selettivo non dissimile da quello adottato nella formulazione dell'art. 19, legge n. 300/70, essendo soltanto il primo meno rigoroso del secondo.

La suddetta opzione, per i giudici di legittimità, oltre a evitare le conseguenze negative sull'attività aziendale, che si produrrebbero all'esito di un numero incontrollato di ricorsi (esigenza già valorizzata, come visto, con la precedente pronuncia del 1974), assicurerebbe una selezione anche dell'interesse collettivo sotteso, giacché sarebbe il frutto di una sintesi interpretativa, operata da soggetti rappresentativi di larghi strati di lavoratori, come tale funzionale a un rafforzamento delle loro posizioni di conflitto, che potrebbero essere, al contrario, minate da iniziative controproducenti e meramente strumentali.

Infine, sulla questione è intervenuta anche una terza pronuncia dei giudici costituzionali, la n. 89 del 1995 (Corte Cost., 17 marzo 1995, n. 89, in *FI*, 1995, I, p. 1735, con nota di Cerri), richiamata nella sentenza in commento, nella quale è stato confermato che la scelta legislativa di un livello rappresentativo nazionale, per accedere alla tutela di cui all'art. 28, legge n. 300/70, oltre a corrispondere al ruolo svolto tradizionalmente dal movimento sindacale italiano, si uniforma al principio solidaristico, nel quale va inserito l'art. 39, comma 1, Cost.

L'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, così come sopra sinteticamente tracciata, può ritenersi la risultante di un nutrito contenzioso giudiziale, sulla legittimazione ad agire *ex art. 28*, legge n. 300/70, che ha prodotto, nel tempo, un numero consistente di pronunce di merito e di legittimità, molte delle quali rispecchiano, inevitabilmente, l'evoluzione delle dinamiche e degli assetti sindacali, prodottasi dal 1970 a oggi (per una compiuta ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, si veda M. Novella, in *LD*, 1997, 1, pp. 81 ss.).

Per ragioni di sintesi espositiva, senza alcuna pretesa di completezza, le questioni affrontate dalla giurisprudenza possono, sostanzialmente, suddividersi in due grandi tematiche: la prima sulla definizione delle associazioni sindacali «nazionali» e la seconda sugli indici presuntivi dai quali evincere in concreto il requisito della «nazionalità» (cfr. M. Novella, *Condotta antisindacale...*, cit., p. 84).

Con riferimento alla prima, si possono rinvenire almeno tre distinti orientamenti giurisprudenziali (si veda in tal senso: L. Nogler, *Sul concetto di associazioni sindacali nazionali di cui all'art. 28 St. lav.*, in *RIDL*, 1993, II, p. 631, nota a Pret. Bologna, 30 novembre 1992), che sembrano ricalcare, per certi versi, l'evoluzione dell'organizzazione sindacale italiana dell'ultimo trentennio, durante il quale, come noto, si è assistito a una lenta e progressiva erosione della maggiore rappresentatività delle confederazioni storiche, in favore di organizzazioni più piccole e spesso non identificabili con le categorie merceologiche tradizionalmente rappresentate.

Il primo orientamento e, forse, anche il più datato e minoritario, riteneva che il legislatore, nel concepire il criterio selettivo in argomento, avesse inteso riferirsi ai medesimi sindacati di cui all'art. 19, legge n. 300/70 (ovviamente nella sua originaria formulazione, antecedente ai *referendum* abrogativi del 1995), richiedendo alle associazioni nazionali una dimensione organizzativa intercategoriale (Trib. di Verona, 11 no-

vembre 1972, in *GM*, 1973, II, p. 532, con nota di B. Ferraro), atteso che la struttura monocategoriale o di mestiere avrebbe imposto una diffusione, a livello nazionale, delle sedi aziendali del datore di lavoro (Pret. Firenze, 24 aprile 1992, in *RIDL*, 1992, II, p. 722, con nota di Pera, sul caso del Co.m.u., Coordinamento Macchinisti uniti; si veda anche: M. G. Garofalo, *Sulla legittimazione ex art. 28 Stat. lav. del coordinamento dei macchinisti*, nonché F. Mortillaro, *Sulla natura giuridica del «coordinamento dei macchinisti uniti»*, in q. *Riv.*, 1992, I, pp. 298 ss.; *contra* Pret. Livorno, 02 giugno 1992, in q. *Riv.*, 1992, II, p. 559).

Il secondo orientamento, più diffuso e anche più recente del primo, riteneva che le associazioni sindacali nazionali, di cui all'art. 28, legge n. 300/70, dovessero presentare una struttura organizzativa categoriale, in senso merceologico, ancorché per «nazionale» non necessariamente dovesse intendersi il sindacato costituito e operante in tutto il territorio nazionale, essendo sufficiente che fosse attivo sul territorio in cui si trovavano dislocate le imprese del ramo d'industria alle quali appartenevano i lavoratori che il sindacato intendeva rappresentare (cfr. L. Nogler, *Sul concetto di associazioni sindacali...*, cit., p. 632).

Per converso, non può ritenersi nazionale quel sindacato di categoria che operi solo in alcuni ambiti territoriali definiti, se la stessa categoria è diffusa in modo capillare sull'intero territorio nazionale (cfr. M. Novella, *Condotta sindacale e legittimazione...*, cit., p. 87, al quale si rinvia per la giurisprudenza sul punto).

Il terzo orientamento, che ha trovato conferma nella giurisprudenza di legittimità (Cass. 17 ottobre 1990, n. 10144, in *NGL*, 1991, p. 12; conf. Pret. Milano, 06 marzo 1992, in *OGI*, 1992, p. 282; Pret. Milano, 07 febbraio 1994, in *LG*, 1994, 4, p. 361; in dottrina: Garofalo, *Interessi collettivi e comportamenti antisindacali dell'imprenditore*, 1979, Napoli, p. 202; Romagnoli, in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Lo Statuto dei...*, cit., p. 434), tuttora prevalente e, aggiungasi, coerente con la progressiva erosione della maggiore rappresentatività dei sindacati confederali, ritiene che la norma in esame non abbia voluto privilegiare un modello specifico ma, piuttosto, una dimensione organizzativa del sindacato, che, per l'appunto deve essere nazionale (in tal senso: Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 334, cit.).

Ciò in considerazione dell'impossibilità di definire una categoria merceologica in termini aprioristici, ai sensi dell'art. 2070, comma 1, cod. civ., visto l'attuale assetto delle relazioni sindacali, improntato alla più assoluta libertà di organizzazione, secondo quanto sancito dall'art. 39, comma 1, Cost. (cfr. M. G. Garofalo, *Sulla legittimazione...*, cit., p. 294; Romagnoli, *Commento all'art. 28...*, cit., p. 434).

Come detto, quest'ultima opzione interpretativa può ritenersi definitivamente consolidata, come risulta dalla giurisprudenza di legittimità più recente (cfr. ad esempio: Cass. 26 febbraio 2004, n. 3917, in *MGL*, 2004, p. 458, che ha riaffermato l'esigenza di una semplice diffusione del sindacato sul territorio nazionale, non essendo richiesto che esso faccia parte di una confederazione o che sia dotato di maggiore rappresentatività; Cass. 07 agosto 2002, n. 11833, nella quale si valorizza, al pari dell'altra, la dimensione territoriale dell'organizzazione e non già il modello organizzativo dell'associazione sindacale).

Dunque, tracciato, sia pure sommariamente, il quadro giurisprudenziale in ordine alla definizione delle associazioni sindacali nazionali e appurata la preminenza del dato della diffusione nazionale della singola associazione sindacale rispetto alle modalità

organizzative della stessa, l'ulteriore tematica affrontata dalla giurisprudenza, come si è già anticipato, ha riguardato la difficile elaborazione degli indici dai quali desumere tale diffusione nazionale.

Un primo orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi soprattutto in epoca antecedente al *referendum* popolare del 1995, che ha interessato l'art. 19, legge n. 300/70 (come noto, abrogandone completamente la lett. *a* e parzialmente la lett. *b*, limitatamente alle parole «non affiliate alle predette confederazioni» e alle parole «nazionali o provinciali», così espungendo definitivamente dal sistema il principio della maggiore rappresentatività presunta, in favore di una rappresentatività effettiva), è concorde nel ritenere «nazionali» tutte quelle associazioni sindacali, che, ancorché non operanti effettivamente sull'intero territorio nazionale, si qualificano come tali mediante i loro statuti (tra le tante pronunce, soprattutto concentrate nel Foro di Milano, si segnalano: Pret. Milano, 9 dicembre 1994, in *OGL*, 1994, p. 729; Pret. di Milano, 21 giugno 1994, in *OGL*, 1994, p. 213; Pret. Milano, 8 marzo 1994, in *D&L*, 1994, p. 489, nonché Pret. di Roma, 16 luglio 1993, in *LG*, 1993, 10, p. 60).

Tale impostazione, non definitivamente superata, come dimostra la pronuncia in commento (che ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Roma, per aver quest'ultima considerato sussistente il requisito della nazionalità del S.IN. COBAS, solo sulla base dello Statuto), nel tentativo di favorire le associazioni sindacali di recente costituzione, privilegiandone l'intento propositivo, contenuto negli statuti, rispetto a quello dell'effettività dell'azione sindacale a livello nazionale, finisce per porsi in contrasto sia con l'interpretazione fornita dalla Corte Costituzionale, nelle sentenze n. 334 del 1988, cit., n. 89 del 1995, cit., sia, non da ultimo, con le scelte referendarie del 1995, che, come visto, pur non avendo interessato direttamente l'art. 28, legge n. 300/70, hanno, in generale, privilegiato un criterio di rappresentatività effettiva, basato sulla capacità di sottoscrivere contratti collettivi, in luogo della tradizionale maggiore rappresentatività presunta.

Al suddetto orientamento si contrappone l'altro che ritiene che il requisito della «nazionalità» delle associazioni sindacali di cui all'art. 28, legge n. 300/70, cit., vada verificato in concreto, a prescindere dalla mera dislocazione topografica del sindacato sul territorio e dagli obiettivi contenuti nei singoli statuti (tra le molte pronunce di merito: Pret. Milano, 23 novembre 1993, in *OGL*, 1994, p. 38; Pret. Milano, 29 novembre 1993, in *LG*, 1994, p. 276; Pret. di Foggia, Sez. S. Giovanni Rotondo, 6 ottobre 1993, in *LG*, 1994, p. 610).

Al contrario, il criterio topografico, ricavabile dai vari statuti, è risultato prevalente nell'individuazione degli organismi locali, intesi come quelli più periferici delle associazioni sindacali nazionali (tra le molte pronunce: Cass. 17 ottobre 1990, n. 10114, cit.; Cass. 6 marzo 1987, n. 2392, in *NGL*, 1987, p. 270; Trib. Verona, 11 maggio 1990, in *DPL*, 1990, p. 3005).

La sentenza che si annota conferma il secondo orientamento giurisprudenziale sopra illustrato, ribadendo, come già aveva fatto pochi mesi prima con identica pronuncia (Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, cit.), che la limitazione della legittimazione dell'art. 28 è anche sostanziale, legata, cioè, all'attività del sindacato e agli interessi collettivi tutelati, e non già solo formale, discendente dalla mera dislocazione del sindacato sul territorio.

Invero, secondo la Suprema Corte, è soprattutto la ragione sostanziale, sottesa al criterio selettivo per accedere alla tutela dell'art. 28, a rendere la norma compatibile con gli artt. 3 e 39, comma 1, della Cost., come d'altro canto statuito dagli stessi giudici costituzionali, con le sentenze n. 334/88 e n. 89/95.

In tal senso, quindi, se è corretto evincere dagli statuti interni delle singole associazioni sindacali quali siano gli organismi locali legittimati ad agire (cfr. Cass. 20 aprile 2002, n. 5765, in *MGL*, 2002, p. 748, con nota di Basenghi; conf. Cass. 03 giugno 2004, n. 10616), non lo è altrettanto ricavarne la dimensione territoriale, se ciò significa limitare l'analisi al dato formale.

Tra gli organismi locali, però, la Suprema Corte, richiamando la motivazione della precedente sentenza n. 1307/06, cit., esclude le R.S.U., non potendo le stesse acquisire, contrattualmente, delle prerogative ulteriori e maggiori di quelle per legge riconosciute alle R.S.A.; e ciò per la decisiva ragione che le R.S.A. non sono legittimate ad agire *ex art.* 28, Stat. lav., né la legittimazione processuale, che è disciplinata esclusivamente dalla legge, può essere conferita per via negoziale alle R.S.U. (v. Cass. 24 gennaio 2006, n. 1307, cit., che, a sua volta, richiama Cass. 3 giugno 2004, n. 10616, nella quale si affermava che «la scelta selettiva operata dal legislatore per l'individuazione della legittimazione ad agire *ex art.* 28, Stat. lav., è di natura diversa da quella richiesta in relazione alle R.S.A.»: pertanto, «è la mera lettura testuale delle due citate disposizioni a escludere che una R.S.A. sia per ciò solo legittimata a proporre ricorso *ex art.* 28, legge n. 300/70»).

Né a integrare gli estremi del requisito della «nazionalità» può soccorrere un mero collegamento federativo, a livello di plurimi organismi sindacali locali, come nel caso affrontato nella sentenza in commento, poiché ciò non implica un'azione sindacale connotata dal carattere nazionale (v. anche: Cass. 8 agosto 1997, n. 7368, in *MGL*, 1998, p. 43, con nota di Papaleoni).

In altre parole, l'assenza di una politica di azione sindacale a livello nazionale, secondo i giudici di legittimità, farebbe venire meno il requisito richiesto dalla norma in esame, ancorché «le locali associazioni sindacali, legate dal vincolo federativo, siano plurime e diffuse su tutto il territorio nazionale».

L'esigenza di un'indagine sulla concreta attività sindacale delle associazioni nazionali di cui all'art. 28, legge n. 300/70, secondo la Corte di Cassazione, sarebbe coerente con la nuova formulazione dell'art. 19, legge n. 300/70, che, prevedendo oramai solo un criterio di effettività ben preciso, consistente nella sottoscrizione di almeno un contratto collettivo applicato all'unità produttiva, consentirebbe di misurare, mediante un dato concreto, il livello di rappresentatività dei sindacati che aspirano a costituire delle R.S.A., tralasciando ogni presunzione.

Di qui, analogamente, l'indice per verificare la «nazionalità» delle associazioni sindacali di cui all'art. 28, legge n. 300/70, dovrebbe essere quello della sottoscrizione di un contratto collettivo che, però, in tal caso, visto il requisito richiesto dalla norma, non potrebbe non essere di livello nazionale, anche se tale indice, aggiunge subito dopo la Corte Suprema, non deve essere considerato esclusiva espressione «nazionale» dell'attività sindacale, potendo rilevare ogni altro elemento che sia indicativo, in concreto, dell'attività sindacale a livello nazionale.

Ebbene, tale interpretazione dell'art. 28, comma 1, legge n. 300/70, pur essendo costituzionalmente orientata al rispetto degli artt. 3 e 39, comma 1, Cost., conforme-

mente a quanto statuito dalla Corte Costituzionale nelle sentenze sopra richiamate, e pienamente condivisibile, quanto all'esigenza di indagare in concreto il requisito della «nazionalità», suscita delle perplessità in ordine all'esigenza che le associazioni sindacali in questione debbano, nella sostanza, risultare firmatarie di un contratto collettivo nazionale per poter essere definite «nazionali», o meglio per poter qualificare gli interessi collettivi, da esse tutelati, a detto livello.

Il rischio potrebbe essere quello di fornire un'interpretazione dei criteri selettivi di cui all'art. 28, legge n. 300/70, che consideri questi più restrittivi, rispetto a quelli previsti dall'art. 19 stessa legge, in contrasto con quanto affermato dalla Corte Cost. nella sentenza n. 334 del 1998, cit., e malgrado la giurisprudenza prevalente, di legittimità e di merito, abbia sempre distinto gli ambiti operativi delle due disposizioni in parola (cfr. la copiosa giurisprudenza in precedenza richiamata, anche dalla Suprema Corte, nella sentenza in commento).

Addirittura, con tale opzione interpretativa si verrebbe a creare una situazione a dir poco contraddittoria, giacché mentre per costituire le R.S.A., a norma dell'art. 19, legge n. 300/70, oramai è sufficiente che le organizzazioni sindacali siano firmatarie di un contratto collettivo applicato all'unità produttiva, a prescindere dal livello, per agire *ex art. 28* stessa legge, invece, dovrebbero essere, secondo la Corte di Cassazione, firmatarie di un contratto collettivo nazionale, essendo questo l'indice preferenziale della sussistenza di una politica sindacale di tale estensione e consistenza.

È vero che la stessa Corte di Cassazione afferma, subito dopo, che non si tratta di un indice esclusivo ma, indubbiamente, trattandosi di un parametro oggettivo molto rigido, finisce, inevitabilmente, per influenzare la valutazione giudiziale di tutti gli altri possibili criteri di effettività, rendendo la prova sul requisito della «nazionalità» particolarmente gravosa.

Sarebbe, dunque, auspicabile tornare a una soluzione intermedia, che contemperi il condivisibile principio di effettività della tutela degli interessi collettivi sul piano nazionale, richiesto dall'art. 28, legge n. 300/70, con il principio di libertà sindacale, *ex art. 39*, comma 1, Cost. che presuppone comunque un sistema pluralista.

Enrico Maria Terenzio
*Dottore di ricerca di Diritto del lavoro
presso l'Università «La Sapienza» di Roma*

DIRITTO SINDACALE

CASSAZIONE, 9 maggio 2006, n. 10624, Sez. lav. – Pres. Mileo, Est. Cuoco, P.M. Iannelli (Conf.) – Supermercati PAM S.p.a. (avv.ti Pinto e Bechi) c. Fisascat C.I.S.L. Grosseto (avv.ti Ciancaglini e Rossi).

Cassa App. Firenze 15 aprile 2003

Sciopero – Sostituzione di lavoratori in sciopero – Crumiraggio interno – Lavoro supplementare in contratto *part-time* a termine – Condotta antisindacale – Sussistenza.

Il contingente affidamento delle mansioni proprie dei dipendenti assenti per sciopero ai dipendenti che non hanno partecipato allo sciopero è diritto del datore di lavoro, tutelato dall'art. 2013 cod. civ., nelle condizioni ivi previste, salvo il caso di violazione di norma di legge o di norma collettiva. Tale è l'accordo aziendale con cui si è convenuta la possibilità di stipulare contratti a termine con lavoratori a tempo indeterminato, dipendenti da altro datore, per lo svolgimento di prestazioni part-time nei giorni di sabato e domenica (cd. contratti week-end). (1)

(*Omissis*) Con atto del 21 marzo 2002 la Supermercati PAM S.p.a. impugnò la sentenza con cui il Tribunale di Grosseto aveva respinto l'opposizione proposta dalla Società avverso il decreto emesso ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, a causa del comportamento antisindacale denunciato dalla Fisascat C.I.S.L. in occasione dello sciopero del 13 aprile 2001, per avere la Società sostituito i dipendenti, aderenti allo sciopero, con prestazioni supplementari di lavoratori studenti in regime di contratto a tempo determinato e parziale, in tal modo violando la normativa in materia.

Con sentenza del 13 aprile 2003 la Corte d'Appello di Firenze respinse l'impugnazione.

Premette il giudicante, per quanto giunge in sede di legittimità, che il datore di lavoro ha il diritto di limitare le conseguenze negative dello sciopero; questo diritto deve essere tuttavia esercitato nel rispetto delle norme di comportamento che regolano il conflitto tra le parti sociali: e pertanto avvalendosi solo delle possibilità di fatto e di diritto a disposizione del datore, anche sul piano dei rapporti di lavoro del personale dipendente.

In questo quadro, l'Accordo aziendale del 28 febbraio 2001, nato da deroghe concesse dal Comune all'obbligo di chiusura domenicale dell'esercizio commerciale, prevedeva la possibilità di assumere con contratti a tempo determinato studenti e/o lavoratori occupati a tempo parziale e indeterminato presso altro datore di lavoro.

E l'art. 3, comma 13, del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, consentiva la prestazione di lavoro supplementare solo da parte di lavoratori a tempo indeterminato (con l'eccezione dell'ipotesi in cui il lavoratore, pur a tempo determinato, sia chiamato a sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, e sia nominativamente specificata la causa dell'assenza).

Nel caso in esame, tuttavia, i lavoratori ai quali era stato chiesto il lavoro supplementare erano stati assunti a termine; e il lavoro supplementare non aveva come causa la sostituzione di dipendenti assenti con diritto alla conservazione del posto, bensì la sostituzione di dipendenti in sciopero.

Né il consenso degli assunti era idoneo a giustificare la deroga alla disciplina legislativa.

D'altro canto, poiché l'assunzione era stata effettuata per sostituire lavoratori in sciopero, e non per brevi necessità di intensificazione dell'attività lavorativa, la richiesta di lavoro supplementare non era giustificata neanche dall'art. 53 del Contratto collettivo nazionale di lavoro, che tale deroga prevedeva.

Per la cassazione di questa sentenza ricorre la Supermercati PAM S.p.a., percorrendo le linee di due motivi; la Fisascat C.I.S.L. resiste con controricorso.

Motivi della decisione

1. Con il primo motivo, denunciando per l'art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione dell'art. 3 del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, nonché omessa motivazione, la ricorrente sostiene che la prestazione disposta in sostituzione dei lavoratori in sciopero, sulla base della normativa vigente, era legittima. E in particolare:

1.a. l'art. 3 dell'indicato decreto legislativo prevede l'ultravigenza fino al 30 settembre 2002 della disciplina del lavoro supplementare dei *part-time* stabilita dalla contrattazione collettiva; e in tale ambito, l'art. 21 del Contratto collettivo nazionale di lavoro del 20 settembre 1999 prevede che le parti individuino ipotesi per le quali si dispongano assunzioni con contratti di lavoro a termine non inferiore a un mese e non superiore a 12 mesi e prorogabili ai sensi della legge 18 aprile 1962, n. 230;

1.b. l'Accordo 28 febbraio 2001 prevede che la Società possa stipulare fino a sei contratti a tempo determinato e parziale per 8 ore settimanali, con prestazioni di 4 ore nel sabato e 4 ore nella domenica;

1.c. l'art. 53 del Contratto collettivo 20 settembre 1999 consente il lavoro supplementare per brevi necessità di intensificazione dell'attività lavorativa; e nel caso in esame, intensificazione del lavoro vi era per il maggior afflusso di clientela nel venerdì che precede la Pasqua; e lo stesso maggior afflusso era la causa per cui in tale giorno era stato indetto lo sciopero.

2. Con il secondo motivo, denunciando per l'art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ. violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 4, 35, 36, 37, 40 e 41 Cost. nonché contraddittoria motivazione, la ricorrente sostiene che l'affermazione del giudicante per cui il datore, nell'attività diretta a limitare i danni dello sciopero, incontrerebbe il limite costituito dalla violazione di norme che regolano il rapporto fra datore e dipendente è infondata. E in particolare:

2.a. è necessario il bilanciamento fra diritto di sciopero e altri diritti di rango costituzionale (libertà, lavoro, iniziativa economica privata); e tale è il diritto del datore di lavoro di esercitare la propria iniziativa economica e di attenuare gli effetti dello sciopero, senza comportamenti diretti a impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero;

2.b. ed è ugualmente tale il diritto di altri lavoratori (non aderenti allo sciopero) di lavorare, sulla base d'una propria volontaria scelta, quale espressione del pensiero, del dissenso e delle libertà.

3. I motivi del ricorso, che, essendo interconnessi, devono essere esaminati congiuntamente, sono infondati.

4. Il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore (art. 2082 cod. civ.) è costituzionalmente garantito (art. 41 Cost.).

E sussiste anche in presenza di uno sciopero indetto dai lavoratori. In questo (espressione del lavoro – quale diritto e obbligo – e an-

ch'esso costituzionalmente garantito: artt. 4 e 40 Cost.) il primo trova tuttavia il suo limite.

Avendo entrambi eguale dignità e spessore, ed essendo l'uno condizione di esistenza dell'altro (l'impresa consente il lavoro e il lavoro consente l'impresa), il limite è reciproco.

Lo sciopero (quale sospensione dell'attività aziendale) e la continuazione dell'attività aziendale esprimono, nella loro oggettiva funzione, una legittima antitesi. Terreno di questa antitesi è la continuazione dell'attività dell'impresa. I lavoratori in sciopero tendono contingentemente a negarla con la relativa sospensione; l'imprenditore tende ad affermarla.

La legittima antitesi, in quanto ipotizzata dalla stessa norma costituzionale, esige che le parti si avvalgano degli strumenti e delle possibilità offerte dall'ordinamento. E resta pertanto legittima (normativamente garantita) in quanto si svolga in questo spazio.

Ove l'opposizione si effettui con strumenti non consentiti l'attività diventa illegittima.

E, per quanto attiene al datore, l'illegittimità dello strumento pone l'attività aziendale in uno spazio estraneo all'art. 41 Cost.; e poiché è questa norma che gli consente un'antitesi allo sciopero, con la violazione l'antitesi diventa illegittima. In tal modo, nella sua oggettiva funzione (e indipendentemente da soggettive finalità), la sua attività è diretta a limitare «illegittimamente» il diritto di sciopero (non è il limitare, in sé, bensì la sua illegittimità, lo spazio delineato dall'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300).

5. In questo quadro, il lavoratore (come osservato in dottrina e in giurisprudenza: Cass. 30 gennaio 1980, n. 711) può contingentemente limitare o impedire la produzione dell'imprenditore; non può ledere la potenzialità produttiva dell'impresa, quale attività diretta alla produzione. Ciò esige che la sua antitesi si attui in uno spazio di legittimità.

Eguale è a dirsi per il datore. Questi conserva il diritto di continuare a svolgere la propria attività aziendale; la continuazione resta tuttavia legittima nella misura in cui si svolga nei limiti normativamente previsti.

Nell'ambito di questo svolgimento, la legittimità del pur contingente affidamento delle mansioni proprie dei dipendenti assenti per sciopero a persone esterne all'azienda, isolatamente riconosciuta da Cass. 13 maggio 1986, n. 1701, è generalmente negata dalla giurisprudenza (Cass. 16 novembre 1987, n. 8401).

Legittimo è, in sé considerato, l'affidamento di tali mansioni ai dipendenti che non hanno partecipato allo sciopero (in tal senso, Cass. 4 luglio 2002, n. 9709; Cass. 16 novembre 1987, n. 8401). E invero, lo spostamento del lavoratore a mansioni equivalenti (quali quelle svolte dal lavoratore in sciopero), effettuato per esigenze aziendali, è diritto tutelato dall'art. 2103 cod. civ., nelle condizioni ivi previste (la legittimità del cd. *crumiraggio* interno è stata ripetutamente riconosciuta dalla giurisprudenza di legittimità; in tal senso, anche Cons. Stato, Sez. II, 27 gennaio 1982, n. 750). E l'esercizio da parte del datore, di questo diritto, non può costituire, di per sé, un comportamento lesivo del diritto di sciopero (il lavoratore ha diritto alla protrazione del rapporto di lavoro – eventualmente anche a tempo indeterminato – e, nei limiti dell'art. 2103 cod. civ., allo svolgimento delle mansioni alle quali è stato adibito; non al non svolgimento – da parte dei colleghi non scioperanti, e per il periodo della sua astensione – delle mansioni assegnategli).

Diversamente sarebbe invero a dirsi – per l'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300 – ove lo spostamento fosse effettuato alla sola finalità di ostacolare o vanificare l'attività sindacale (in tale ipotesi, tuttavia, la prova di tale finalità sarebbe onere di colui che l'invoca).

Il contingente affidamento delle mansioni, svolte da lavoratori in sciopero, a dipendenti non in sciopero diventa tuttavia illegittimo ove sia in violazione di norma di legge o di norma collettiva.

Questa violazione non si esaurisce in sé stessa: non è un fatto neutro nei confronti dello sciopero. Essendo effettuata al fine di continuare l'attività aziendale nel corso dello sciopero, diventa oggettivamente (per la sufficienza – ad altro fine – di questa oggettività, Cass. 5 febbraio 2003, n. 1684) un'illegitima antitesi allo sciopero.

7. Limiti normativi, che il datore incontra nell'esercizio del diritto di continuare a svolgere la propria attività aziendale, sono, oltre alle disposizioni di legge, anche le prescrizioni fissate dalle norme collettive; e in particolare quelli che egli stesso ha stipulato.

Tale è l'accordo aziendale con cui si è convenuta la possibilità di stipulare contratti a termine con lavoratori a tempo indeterminato dipendenti da altro datore, per lo svolgimento di prestazioni *part-time* nei giorni di sabato e domenica (cd. contratti *week-end*).

L'Accordo costituisce fra le parti una regola: l'assunzione è prevista per un particolare oggetto (prestazione nei giorni di domenica e di sabato) e per una specifica finalità (estendere in questi giorni l'apertura dell'esercizio, precedentemente non consentita).

In questa ipotesi, poiché la possibilità (prevista dalla norma collettiva) è limitata a un contratto per prestazioni lavorative nei giorni di sabato e domenica, con l'estensione della prestazione ad altro giorno e per altra causa il contratto (individuale) assume non solo un oggetto diverso (prestazione in altro giorno della settimana), bensì uno scopo diverso da quello normativamente pattuito (non il consentire l'attività aziendale a fine settimana, bensì il sostituire lavoratori in sciopero). E in tal modo diventa, con la violazione della regola costituita dalle parti, illegittimo contrasto dello sciopero.

È limite dell'attività aziendale anche la norma (art. 3, comma 13, del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61: «attuazione della Direttiva n. 97/81/Ce relativa all'Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale»), per cui «l'effettuazione di prestazioni lavorative supplementari o straordinarie è ammessa esclusivamente quando il contratto di lavoro a tempo parziale sia stipulato a tempo indeterminato» (a eccezione di lavoratori a tempo determinato chiamati in specifiche situazioni, pacificamente estranee a quanto dedotto in controversia). Anche in questa ipotesi, lo svolgimento di lavoro supplementare da parte di lavoratori *part-time* a tempo determinato, disposto al fine di sostituire lavoratori in sciopero, diventa illegittimo contrasto dello sciopero.

8. È pertanto da affermare che, «ove con contratto aziendale si sia convenuta la possibilità di stipulare (con lavoratori a tempo indeterminato dipendenti da altro datore) contratti a termine per prestazioni nei giorni di sabato e domenica, il disporre che i lavoratori, concretamente assunti con tali contratti, lavorino in altro giorno e al fine di sostituire i lavoratori in sciopero è comportamento lesivo del diritto di sciopero».

Eguale è a dirsi per lo svolgimento di lavoro supplementare, disposto per sostituire lavoratori in sciopero, e assegnato a lavoratori *part-time* a tempo determinato, in contrasto con la norma che prevede tale prestazione solo per lavoratori a tempo indeterminato.

9. Ciò, nel caso in esame, ove il giudice di merito ha dato applicazione all'indicato principio.

E invero, egli ha accertato che l'Accordo aziendale del 28 febbraio 2001 aveva la sua causa nella deroga, concessa dal Comune di Grosseto, all'obbligo di chiusura domenicale degli esercizi commerciali; e consentiva la stipulazione di contratti a tempo determinato con studenti e/o lavoratori, occupati a tempo parziale e indeterminato presso altro datore, per la prestazione di quattro ore nella giornata della domenica e di quattro ore nella giornata di sabato.

Nel contempo, l'art. 3, comma 13, del decreto legislativo 25 febbraio 2000, n. 61, prevedeva la possibilità di richiedere prestazioni di lavoro supplementare solo a lavoratori *part-time* a tempo indeterminato (con l'eccezione precedentemente descritta).

E il giudicante ha legittimamente affermato che la prestazione richiesta in violazione di questa norme al fine di sostituire i lavoratori in sciopero, in quanto diretta a limitare, con mezzi illegittimi, la sospensione dell'attività aziendale, è, nella sua oggettività, illegittima limitazione del diritto di sciopero.

L'art. 53 del Contratto collettivo nazionale di lavoro del 20 settembre 1999 consente lavoro supplementare, in presenza di accordo fra le parti, nella misura di 120 ore annue, per la compilazione degli inventari e dei bilanci o «analoghe brevi necessità di intensificazione dell'attività lavorativa aziendale» (sentenza p. 5).

E la valutazione del giudicante, che esclude l'inquadrabilità della situazione in controversia (assenza di accordo, assenza di intensificazione dell'attività aziendale, oggettiva diversità della sostituzione di lavoratori in sciopero) nella predetta disposizione, adeguatamente motivata e priva di errori logici e giuridici, in sede di legittimità è insindacabile.

10. Sulla base di queste osservazioni, le censure proposte dalla ricorrente e precedentemente esposte *sub* «1.» e «2.a.» sono infondate.

11. Ciò che si è detto in ordine al rapporto fra diritto dei lavoratori (di sospendere l'attività produttiva) e diritto del datore (di continuare l'attività produttiva) coinvolge anche il diritto dei lavoratori non in sciopero. Il loro diritto di lavorare (costituzionalmente garantito) deve essere esercitato attraverso strumenti normativamente legittimi.

L'esercizio in violazione di norma che fissa i limiti temporali e causali della loro prestazione non esclude (com'è ovvio) la generale tutela di questo lavoro (nei confronti del datore); ma non esclude, tuttavia, che la prestazione lavorativa resti (nei confronti degli altri lavoratori in sciopero) oggettivo strumento di illegittima antitesi del diritto di sciopero: non esclude la violazione di questo diritto da parte del datore.

Poiché l'illegittimità riguarda il rapporto fra lavoratori in sciopero e datore, il consenso alla prestazione, dato dai lavoratori non in sciopero, resta irrilevante.

E pertanto, anche la censura precedentemente esposta *sub* «2.b.» è infondata.

12. Il ricorso deve essere respinto. (*Omissis*)

(1) LIMITI ALLA SOSTITUZIONE DEI LAVORATORI IN SCIOPERO

1. — *Premessa* — Il diritto di sciopero, tutelato dall'art. 40 della Carta costituzionale, incontra dei limiti legittimi nel momento in cui il suo esercizio lede altri diritti essenziali garantiti dalla Costituzione o previsti dalla legislazione ordinaria. È pacifico che, per la sua natura, lo sciopero debba e possa limitare o impedire la produzione dell'imprenditore; non può invece pregiudicare la capacità produttiva, o meglio la produttività dell'impresa, intesa quale attività diretta alla produzione (Cass. 30 gennaio 1980, n. 711). Infatti, la possibilità per l'imprenditore di continuare a svolgere la propria attività è diritto sancito dall'art. 41 della Costituzione (Cass. n. 88/150; Cass. n. 90/3780; Cass. n. 90/10804; cfr. M. V. Ballestrero, *Diritto sindacale – Lezioni*, Torino, 2003; G. Giugni, *Diritto sindacale*, 2004).

Chiaramente, così come il diritto di sciopero, anche il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore incontra dei limiti, in quanto la possibilità a quest'ultimo riconosciuta di attenuare gli effetti dannosi dello sciopero non può e non deve, in alcun modo, indurlo ad assumere comportamenti volti a contrastare o impedire l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale né tanto meno il diritto di sciopero.

La Cassazione, nella decisione in epigrafe, partendo dal presupposto che il diritto di sciopero e il diritto di iniziativa economica hanno uguale dignità e spessore, essendo parimenti garantiti dalla Carta costituzionale, afferma che il limite è reciproco. Infatti, sostiene che «lo sciopero (quale sospensione dell'attività aziendale) e la continuazione dell'attività aziendale esprimono, nella loro oggettiva funzione, una legittima antitesi». Affinché, però, la contrapposizione tra i due diritti possa avere il carattere della liceità, le parti devono avvalersi degli strumenti previsti e consentiti dall'ordinamento; qualsiasi mezzo di contrasto all'altrui diritto non previsto dall'ordinamento rende l'antitesi illegittima.

Conseguenza di tale pronuncia della Corte è che il datore di lavoro che utilizzi uno strumento illegittimo per garantire la continuazione dell'attività di impresa si pone in una condizione che è estranea al principio sancito dall'art. 41 della Costituzione e pertanto non gli si può riconoscere il legittimo esercizio di un diritto, ma una diretta e illecita limitazione del diritto di sciopero.

2. — *Il crumiraggio quale strumento lecito per limitare gli effetti dello sciopero* — Il diritto del datore di lavoro di continuare a svolgere la propria attività d'impresa, avvalendosi di strumenti normativamente previsti, si esplica nel legittimo affidamento delle mansioni proprie dei lavoratori assenti ad altri lavoratori che non abbiano aderito allo sciopero.

Tale legittimo affidamento trova il suo benessere nell'art. 2103 del codice civile, che contempla la fattispecie della sostituzione dei lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto e il relativo affidamento ad altri di mansioni equivalenti o superiori. Secondo una costante giurisprudenza di legittimità (così, *ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. lav., 4 luglio 2002, n. 9709, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 383; v. De Falco, in *RIDL*, 1992, I, p. 331), la sostituzione dei lavoratori assenti deve essere garantita con personale interno all'impresa (crumiraggio interno); infatti, la sostituzione per mezzo di personale esterno (crumiraggio esterno), a parte casi isolati (Cass. Civ., Sez. lav., 13 maggio 1986, n. 1701, in *DL*, 1987, II, p. 410), viene concordemente respinta

(Cass. n. 87/8401; Cass. n. 86/1701; Pretura di Roma 23 novembre 1989, in q. *Riv.*, 1991, II, p. 553; Pretura di Milano 3 febbraio 1987, in *OGI*, 1987, p. 36).

Il crumiraggio interno viene considerato legittimo non solo per il prevalente orientamento di dottrina e giurisprudenza, ma per una conferma normativa; infatti, a partire dall'art. 1, comma 4, della legge n. 196/1997, che escludeva la possibilità di sostituire lavoratori in sciopero con lavoratori interinali, il divieto è stato confermato anche dalla successiva evoluzione normativa sia in riferimento al ricorso al contratto di lavoro a termine (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 368/2001) che al contratto di somministrazione (art. 20, comma 5, d.lgs. n. 276/2003).

Non si può sottacere altresì l'orientamento, seppur minoritario, della dottrina e di parte della giurisprudenza di merito, secondo cui il crumiraggio, in qualsiasi forma esercitato, sia lesivo del diritto di sciopero e quindi incarna la condotta antisindacale (G. Leotta, *Crumiraggio e art. 2103 Cod. Civ.: l'incertezza del diritto*, nota a sentenza Cass. n. 9709/2002, in q. *Riv.*, 2003, II, p. 388; T. Santulli, *Antisindacalità e reazioni datoriali allo sciopero: il crumiraggio*, nota a Cass. n. 6193/1998, in q. *Riv.*, 1999, II, p. 338). Secondo tale orientamento, essendo lo sciopero il bene da tutelare in quanto espressione del più ampio principio della libertà sindacale, l'elemento di rilievo diventa la sostituzione dei lavoratori in sciopero e nulla importa se siano lavoratori interni o esterni a svolgere le loro mansioni.

La pronuncia in commento, che invece conferma l'orientamento prevalente della giurisprudenza, nel riaffermare la legittimità del crumiraggio interno, ribadisce che l'affidamento delle mansioni dei lavoratori assenti ad altri lavoratori è lecita fino a quando non si configuri in violazione alla legge o alla «norma collettiva».

Infatti, secondo l'orientamento prevalente della Suprema Corte, la sostituzione di lavoratori in sciopero è un sistema atto a fronteggiare le conseguenze dannose dello stesso sciopero senza reprimerne l'esercizio; per tale ragione è legittima, e quindi non antisindacale, in quanto si concretizza in una condotta difensiva del datore di lavoro (Cass. n. 2002/9709; Cass. n. 91/12822; Cass. n. 87/8401; Cass. n. 86/1701; Pera, in *RIDL*, 1986, I, pp. 474-475), in perfetta linea con la tutela della libertà di lavoro riconosciuta a chi non aderisce allo sciopero (Corte Cost. n. 69/31).

La stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di alcuni provvedimenti che prevedevano la sostituzione degli ufficiali giudiziari e addetti alla cancelleria in sciopero, ha stabilito che le previsioni non sono contrarie alla Costituzione in quanto non sussiste la coartazione dello sciopero ma il mero contenimento dei suoi effetti dannosi (Corte Cost. n. 80/125, in *MGL*, 1980, p. 533; Dell'Olio, *Giurisprudenza*, p. 32; Vallebona, *L'autotutela*, p. 114).

In tale prospettiva, secondo una pacifica giurisprudenza di legittimità, deve ritenersi che la dimensione lesiva del crumiraggio, da alcuni ravvisata nell'attenuazione degli effetti dello sciopero da parte del datore di lavoro, non è di per sé sufficiente a configurare la condotta antisindacale proprio per il fatto che il diritto di sciopero va temperato con il diritto d'iniziativa economica di pari rango costituzionale. Il temperamento dei diritti dei lavoratori con quelli del datore di lavoro può e deve essere realizzato soltanto attraverso l'ordinamento positivo; ne deriva che il datore può legittimamente limitare gli effetti dello sciopero attraverso il crumiraggio soltanto se gli strumenti che adotta durante la sostituzione sono conformi alla legge e alle prescrizioni fissate dalle norme collettive.

La violazione di una norma di legge o collettiva non rappresenta un fatto a sé stante nel momento in cui viene posta in essere con la finalità di continuare l'attività aziendale nel corso dello sciopero; la sua conseguenza oggettiva è «un'illegittima antitesi allo sciopero».

La lecita sostituzione dei lavoratori in sciopero attraverso l'utilizzo di prestazioni di lavoro supplementare viene ritenuta illegittima, nella fattispecie in esame, in quanto contraria sia alla legge che alle norme collettive.

Infatti, il datore di lavoro nell'utilizzo di lavoro supplementare viola sia l'accordo sindacale da egli stesso sottoscritto, che l'art. 3, comma 13, d.lgs. n. 61/2000.

L'accordo aziendale nel quale il datore di lavoro si impegnava a stipulare contratti di lavoro *part-time* a termine da svolgersi in giorni stabiliti, viene violato nel momento in cui, utilizzando lavoro supplementare in altri giorni e per altre ragioni diverse da quelle pattuite, non si rispetta né l'oggetto né lo scopo normativamente concordato. La violazione della legge, secondo la Suprema Corte, si ravvisa nel mancato rispetto di quanto recitava l'abrogato articolo del d.lgs. n. 61/2000 che stabiliva l'effettuazione di prestazioni di lavoro supplementare o straordinario soltanto per contratti di lavoro *part-time* a tempo indeterminato, salve eccezioni estranee alla controversia.

3. — *Illegittimità del ricorso al lavoro supplementare* — Lo svolgimento di lavoro supplementare, inteso quale prolungamento della prestazione oltre l'orario stabilito nel contratto individuale a tempo parziale, era vietato dall'art. 5, comma 4, legge n. 863/1984; erano fatte salve soltanto le diverse previsioni dei contratti collettivi, anche aziendali, che dovevano far fronte all'individuazione delle situazioni specifiche che avrebbero potuto giustificare il superamento dell'orario di lavoro pattuito (sul punto v. Cass. n. 96/1121).

La volontà del legislatore era quella di evitare un utilizzo distorto del contratto di lavoro *part-time* oltre che una sua possibile strumentalizzazione, in quanto la richiesta di lavoro supplementare a un lavoratore a tempo parziale avrebbe potuto simulare un contratto di lavoro a tempo pieno [Alessi, in Brollo (a cura di), *Il lavoro a tempo parziale*, p. 124].

La disciplina del lavoro a tempo parziale introdotta dal d.lgs. n. 61/2000, in recepimento della Direttiva comunitaria del 15 dicembre 1997, n. 81/97, all'art. 3 riconosce, invece, la possibilità per il datore di lavoro di richiedere lo svolgimento di prestazioni supplementari rispetto a quelle concordate con il lavoratore (Lo Faro, in *DL-RI*, 2000, p. 616; Bolego, in *RIDL*, 2000, p. 448), e differenzia il prolungamento dell'orario di lavoro a seconda che le parti abbiano stipulato un *part-time* di tipo orizzontale, verticale o misto. Ne deriva la distinzione tra lavoro supplementare e lavoro straordinario: il primo, rivolto esclusivamente al contratto a tempo parziale di tipo orizzontale, viene inteso quale prolungamento dell'orario contrattualmente concordato entro i limiti del tempo pieno applicato in azienda; il secondo, applicabile invece in caso di *part-time* verticale e misto, è inteso quale prolungamento della prestazione lavorativa oltre il tempo pieno.

Il legislatore del 2000, nella formulazione originaria dell'art. 3, aveva affidato alla contrattazione collettiva il compito di stabilire il numero massimo di ore della prestazione supplementare sia in ragione annua che effettuabili nella singola giornata lavorativa, e di definire le cause obiettive che consentono il ricorso a detta prestazione, non-

ché le conseguenze del superamento delle ore di lavoro supplementare consentite. In attesa della disciplina collettiva, il ricorso al lavoro supplementare era ammesso nella misura massima del 10% della durata dell'orario di lavoro a tempo parziale riferita a periodi non superiori a un mese e da utilizzare nell'arco di più di una settimana. Il lavoratore aveva il diritto di rifiutare la prestazione lavorativa senza che questo potesse integrare gli estremi di una infrazione disciplinare né del giustificato motivo di licenziamento.

Inoltre, l'originaria stesura dell'art. 3, al quale la Suprema Corte fa riferimento nella fattispecie in esame, prevedeva che il lavoro supplementare potesse svolgersi soltanto in presenza di un contratto di lavoro a tempo parziale e indeterminato o, se a tempo determinato, soltanto se concluso per la sostituzione di un lavoratore con diritto alla conservazione del posto.

La disciplina attualmente vigente dell'art. 3, d.lgs. n. 61/2000, innovata dall'art. 46, d.lgs. n. 276/2003, consente la prestazione di lavoro supplementare anche nel contratto di lavoro *part-time* che sia a tempo determinato, e nelle sole ipotesi previste dal d.lgs. n. 368/2001.

Secondo la novella, ai contratti collettivi, anche territoriali o aziendali, spetta il compito di stabilire: il numero massimo di ore di lavoro supplementare effettuabile; le causali che giustificano la richiesta di prestazioni di lavoro supplementare da parte del datore di lavoro; le conseguenze derivanti dal superamento delle ore di lavoro supplementare ammesse dalla contrattazione collettiva. La novità assoluta è che il contratto collettivo acquista la funzione di poter rendere obbligatoria la prestazione di lavoro supplementare partendo dal presupposto che il lavoratore viene chiamato a prestare il proprio consenso soltanto ove non previsto dalla contrattazione stessa (sull'obbligatorietà del lavoro supplementare: Del Punta, in *Comm. Pedrazzoli*, p. 502; Vallebona, *La riforma dei lavori*, p. 52; *contra* Scarponi, in *Comm. Gragnoli-Perulli*, p. 569; Bolego, *Il lavoro straordinario*, p. 175).

Per quanto concerne la pronuncia in epigrafe va segnalato che, laddove la sostituzione dei lavoratori fosse avvenuta in vigenza dell'attuale disciplina, il limite legittimo alla continuazione dell'attività d'impresa non sarebbe stato dato dalla legge (per violazione della disciplina sul lavoro supplementare) ma sarebbe stato dato dalla norma collettiva configurandosi, pertanto, ugualmente un'illegittima limitazione del diritto di sciopero.

Milena Anna Impicciatore
Dottoranda di ricerca
presso l'Università «G. D'Annunzio» di Chieti-Pescara

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, Prima Sezione, 7 aprile 2006 – Pres. P. Jann, Avv. Gen. F. G. Jacobs, causa C-423/04 – S. M. Richards c. Secretary of State for Work and Pensions.

Parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale – Direttiva n. 79/7/Cee – Rifiuto di concedere una pensione di vecchiaia all'età di 60 anni a una transessuale che si è sottoposta a un intervento chirurgico di conversione dal sesso maschile al sesso femminile.

È incompatibile con la Direttiva Cee n. 79/7 una norma nazionale che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia a lavoratrice che, in conformità della legislazione nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale. L'applicazione di tale principio non è limitata nel tempo. (1)

(Omissis)

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 4 e 7 della Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, n. 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale (*GU-CE*, 1979, L 6, p. 24).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra Richards, una persona che si è sottoposta a un intervento chirurgico di mutamento di sesso, e il *Secretary of State for Work and Pensions* (segretario di Stato per il lavoro e per le pensioni; in prosieguo: il *Secretary*

of State) relativa al rifiuto di quest'ultimo di concederle una pensione di vecchiaia a partire dal compimento del suo sessantesimo anno di età.

Il contesto normativo

La normativa comunitaria

3. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 79/7:

«Il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione direttamente o indirettamente fondata sul sesso, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia, specificamente per quanto riguarda:

– il campo di applicazione dei regimi e le condizioni di ammissione a essi,

– l'obbligo di versare i contributi e il calcolo degli stessi,

– il calcolo delle prestazioni, comprese le maggiorazioni da corrispondere per il coniuge e per le persone a carico, nonché le condizioni relative alla durata e al mantenimento del diritto alle prestazioni».

4. L'art. 7, n. 1, della stessa Direttiva prevede che quest'ultima non pregiudichi la facoltà degli Stati membri di escludere dal suo campo di applicazione:

«a) la fissazione del limite di età per la concessione della pensione di vecchiaia e di fine lavoro e le conseguenze che possono derivarne per altre prestazioni;

(Omissis)».

La normativa nazionale

5. L'art. 29, nn. 1 e 3, della legge del 1953 sulla registrazione delle nascite e dei decessi (*Birth and Deaths Registration Act 1953*) vieta ogni modifica al registro degli atti di nascita, salvo nel caso di errore di scrittura o di errore materiale.

6. L'art. 44 della legge del 1992 relativa ai contributi e alle prestazioni di sicurezza sociale (*Social Security Contributions and Benefits Act 1992*) prevede che una persona possa beneficiare di una pensione di vecchiaia di categoria A (pensione di vecchiaia «normale») quando essa raggiunga l'età pensionabile e soddisfi diverse condizioni in materia di contributi.

7. Secondo l'allegato 4, parte I, art. 1, della legge del 1995 relativa alle pensioni di vecchiaia (*Pensions Act 1995*), un uomo raggiunge l'età della pensione a 65 anni e una donna nata prima del 6 aprile 1950 a 60 anni.

8. Il 1° luglio 2004 è stata adottata la legge del 2004 sul riconoscimento del genere (*Gender Recognition Act 2004*; in prosieguo: la «legge del 2004»), entrata in vigore il 4 aprile 2005.

9. Detta legge consente alle persone che abbiano già mutato sesso o che prevedano di sottoporsi a un apposito intervento chirurgico di chiedere il rilascio di un certificato di riconoscimento del genere (*gender recognition certificate*), in base al quale può essere ottenuto un riconoscimento quasi completo del loro mutamento di sesso.

10. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, della legge del 2004, il certificato di riconoscimento del genere deve essere rilasciato qualora il richiedente soddisfi in particolare le seguenti condizioni:

a) è o è stato affetto da disforia sessuale,

b) alla data della richiesta ha vissuto nel sesso acquisito per un periodo di due anni,

(*Omissis*)».

11. L'art. 9, n. 1, della legge del 2004 dispone:

«Quando a una persona è rilasciato un certificato completo di riconoscimento del genere, il sesso di detta persona diviene a ogni effetto il sesso acquisito (cosicché, in caso di nuova identità sessuale maschile, la persona è considerata di sesso maschile e, in caso di nuova identità sessuale femminile, essa è considerata di sesso femminile)».

12. In base all'art. 9, n. 2, della legge del 2004, il certificato di riconoscimento del genere non produce effetti sugli atti compiuti o sui fatti occorsi precedentemente al suo rilascio.

13. Riguardo alle prestazioni di vecchiaia, l'allegato 5, parte II, art. 7, n. 3, della legge del 2004 prevede:

«(*Omissis*) se (immediatamente prima che il certificato sia rilasciato) la persona

a) è un uomo che ha raggiunto l'età alla quale una donna raggiunge l'età pensionabile, ma

b) non ha raggiunto l'età di 65 anni,

la persona in questione deve essere considerata (*Omissis*) come se avesse raggiunto l'età pensionabile quando detto certificato è stato rilasciato».

La causa principale e le questioni pregiudiziali

14. La sig.ra Richards, ricorrente nella causa principale, è nata il 28 febbraio 1942 e nel suo atto di nascita è stata registrata come persona di sesso maschile. Essendole stata diagnosticata una disforia ses-

suale, essa si è sottoposta il 3 maggio 2001 a un intervento chirurgico di mutamento di sesso.

15. Il 14 febbraio 2002 essa ha presentato domanda al *Secretary of State* per beneficiare di una pensione di vecchiaia a partire dal 28 febbraio 2002, data in cui essa compiva 60 anni, età alla quale, ai sensi del diritto nazionale, una donna nata prima del 6 aprile 1950 può ottenere una pensione di vecchiaia.

16. Con decisione 12 marzo 2002, la detta domanda è stata respinta in quanto essa «[era] stata presentata più di quattro mesi prima che il richiedente compisse i 65 anni», vale a dire l'età pensionabile prevista per gli uomini nel Regno Unito.

17. Poiché il ricorso proposto dalla signora Richards dinanzi al *Social Security Appeal Tribunal* (Commissione di secondo grado per la legislazione sociale) è stato respinto, quest'ultima ha adito il *Social Security Commissioner*, rilevando che, a seguito della sentenza della Corte 7 gennaio 2004, causa C-117/01, K. B. (*Racc.*, p. I-541), il rifiuto di corrisponderle una pensione di vecchiaia a partire dall'età di 60 anni costituiva una violazione dell'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché una discriminazione contraria all'art. 4 della Direttiva n. 79/7.

18. Dinanzi al giudice del rinvio, il *Secretary of State* ha sostenuto che la domanda della ricorrente nella causa principale non rientrasse nell'ambito di applicazione della detta Direttiva. Infatti, secondo lo stesso, il diritto comunitario prevede, riguardo alle prestazioni di vecchiaia, soltanto misure di armonizzazione, senza pertanto attribuire il diritto di ottenere siffatte prestazioni. Inoltre, la sig.ra Richards non sarebbe stata discriminata nei confronti delle persone che costituiscono l'adeguato elemento di comparazione, vale a dire gli uomini che non si sono sottoposti a un intervento chirurgico di mutamento di sesso.

19. Al fine di risolvere la controversia, il *Social Security Commissioner* ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) se la Direttiva n. 79/7 osti al rifiuto di una pensione di vecchiaia, prima del raggiungimento dei 65 anni di età, a una persona transessuale passata dal sesso maschile a quello femminile, quando invece essa avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale;

2) in caso affermativo, a partire da quale data debba avere effetto la pronuncia della Corte sulla prima questione».

Sulla prima questione

20. Con la sua prima questione il giudice del rinvio chiede in sostanza se l'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 79/7 osti a una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia a una persona passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto i 65 anni di età, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale.

21. In via preliminare, si deve rilevare che spetta agli Stati membri determinare le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona (v., in tal senso, sentenza K. B., cit., punto 35).

22. Per rispondere alla questione, si deve sottolineare anzitutto che la Direttiva n. 79/7 costituisce l'espressione, nell'ambito della sicurezza sociale, del principio di parità di trattamento tra uomini e donne, che è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario.

23. Inoltre, in conformità a una giurisprudenza costante della Corte, il diritto di non essere discriminata in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza (v. sentenze 15 giugno 1978, causa 149/77, Defrenne, *Racc.*, p. 1365, punti 26 e 27, nonché 30 aprile 1996, causa C-13/94, P./S., *Racc.*, p. I-2143, punto 19).

24. Di conseguenza, la sfera d'applicazione della Direttiva non può essere ridotta soltanto alle discriminazioni dovute all'appartenenza all'uomo o all'altro sesso. Tenuto conto del suo scopo e della natura dei diritti che mira a proteggere, la Direttiva può applicarsi anche alle discriminazioni che hanno origine nel mutamento di sesso dell'interessata (v., a proposito della Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (*GUCE* L 39, p. 40), sentenza P./S., cit., punto 20).

25. Il governo del Regno Unito sostiene che i fatti all'origine della controversia di cui alla causa principale sono conseguenza della scelta operata dal legislatore nazionale di stabilire una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne. Poiché una siffatta facoltà è espressamente accordata agli Stati membri ai sensi dell'art. 7, n. 1, lett. a, della Direttiva n. 79/7, questi ultimi sarebbero autorizzati a derogare al principio di parità di trattamento tra uomini e donne in materia di pensioni di vecchiaia. Il fatto che, come nella causa prin-

cipale, la distinzione del regime pensionistico in funzione del sesso pregiudichi i diritti dei transessuali sarebbe priva di importanza.

26. Tale argomento non può essere accolto.

27. La sig.ra Richards sostiene che le sia stato impedito di godere di una pensione di vecchiaia dal momento in cui essa avesse raggiunto l'età di 60 anni, vale a dire dal momento in cui le donne nate prima del 6 aprile 1950 possono godere di detta pensione nel Regno Unito.

28. La disparità di trattamento controversa nella causa principale è dovuta all'impossibilità per la sig.ra Richards di vedersi riconoscere, ai fini dell'applicazione della legge del 1995 relativa alle pensioni di vecchiaia, il nuovo sesso da essa acquisito a seguito di un intervento chirurgico.

29. Contrariamente alle donne il cui genere non risulta da un intervento chirurgico di mutamento di sesso, le quali possono beneficiare di una pensione di vecchiaia all'età di 60 anni, la sig.ra Richards non può soddisfare una delle condizioni di accesso alla detta pensione, nella fattispecie quella relativa all'età pensionabile.

30. Poiché consegue a una conversione sessuale, la disparità di trattamento che ha colpito la sig.ra Richards dev'essere considerata una discriminazione vietata dall'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 97/7.

31. Infatti la Corte ha già dichiarato che una normativa nazionale che impedisce che un transessuale, a causa del mancato riconoscimento del suo sesso acquisito, possa soddisfare una condizione necessaria all'esercizio di un diritto tutelato dal diritto comunitario dev'essere considerata in linea di principio incompatibile con le prescrizioni del diritto comunitario (v. sentenza K. B., cit., punti 30-34).

32. Il governo del Regno Unito rileva che nessun diritto attribuito dal diritto comunitario è stato violato attraverso la decisione 12 marzo 2002 di diniego della pensione, poiché il diritto a beneficiare di una pensione di vecchiaia deriva soltanto dal diritto nazionale.

33. Al riguardo è sufficiente ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri a organizzare i loro sistemi previdenziali, e che, in mancanza di un'armonizzazione a livello comunitario, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare, da un lato, le condizioni del diritto o dell'obbligo di iscriversi a un regime di previdenza sociale e, dall'altro, le condizioni cui è subordinato il diritto a prestazioni (sentenze 12 luglio 2001, causa C-157/99, Smits e Peerbooms, *Racc.*, p. I-5473, punti 44-46, e 4 dicembre 2003, causa C-92/02, Kristiansen, *Racc.*, p. I-14597, punto 31).

34. Peraltro, le discriminazioni contrarie all'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 97/7 ricadono nell'ambito della deroga prevista dall'art. 7, n. 1, lett. *a*, di questa stessa Direttiva soltanto a condizione di essere necessarie per raggiungere gli obiettivi che la Direttiva intende perseguire, lasciando agli Stati membri la facoltà di mantenere un'età pensionabile diversa per gli uomini e per le donne (sentenza 7 luglio 1992, causa C-9/91, *Equal Opportunities Commission*, *Racc.*, p. I-4297, punto 13).

35. Benché i «considerando» della Direttiva non precisino la ragion d'essere delle deroghe che essa prevede, dalla natura delle deroghe che figurano all'art. 7, n. 1, della Direttiva si può dedurre che il legislatore comunitario ha inteso autorizzare gli Stati membri a mantenere temporaneamente, in materia di pensioni di vecchiaia, i benefici riconosciuti alle donne, al fine di consentire loro di procedere gradualmente a una modifica dei sistemi pensionistici su tale punto senza perturbare il complesso equilibrio finanziario di questi sistemi, di cui non poteva disconoscere l'importanza. Tra questi benefici figura in particolare la possibilità, per i lavoratori di sesso femminile, di beneficiare del diritto alla pensione prima dei lavoratori di sesso maschile, come prevede l'art. 7, n. 1, lett. *a*, della Direttiva (sentenza *Equal Opportunities Commission*, cit., punto 15).

36. Secondo una giurisprudenza costante, la deroga al divieto delle discriminazioni fondate sul sesso, prevista nell'art. 7, n. 1, lett. *a*, della Direttiva n. 79/7, dev'essere interpretata in modo restrittivo (v. sentenze 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, *Racc.*, p. 723, punto 36, e causa 262/84, *Beets-Proper*, *Racc.*, p. 773, punto 38, e 30 marzo 1993, causa C-328/91, *Thomas e a.*, *Racc.*, p. I-1247, punto 8).

37. Pertanto tale disposizione dev'essere interpretata nel senso che essa si limita a stabilire una diversa età pensionabile per gli uomini e per le donne. La causa principale non riguarda tuttavia una siffatta misura.

38. Da quanto precede risulta che l'art. 4, n. 1, della Direttiva n. 79/7 osta a una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia a una persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata come donna in base al diritto nazionale.

Sulla seconda questione

39. Con la sua seconda questione il giudice del rinvio chiede, nel caso in cui la Corte dovesse dichiarare che la Direttiva n. 79/7 osti alla nor-

mativa nazionale controversa nella causa principale, se gli effetti di una tale sentenza debbano essere limitati nel tempo.

40. Solo in via eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, la Corte può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede (sentenze 2 febbraio 1988, causa 24/86, Blaizot, *Racc.*, p. 379, punto 28, e 23 maggio 2000, causa C-104/98, Buchner e a., *Racc.*, p. I-3625, punto 39).

41. Inoltre, secondo costante giurisprudenza, le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non giustificano, di per sé, la limitazione dell'efficacia nel tempo di tale sentenza (sentenze 20 settembre 2001, causa C-184/99, Grzelczyk, *Racc.*, p. I-6193, cit., punto 52, e 15 marzo 2005, causa C-209/03, Bidar, *Racc.*, p. I-2119, punto 68).

42. La Corte ha fatto ricorso a tale soluzione soltanto in presenza di circostanze ben precise, quando, da un lato, vi era un rischio di gravi ripercussioni economiche dovute, in particolare, all'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base della normativa ritenuta validamente vigente, e quando, dall'altro, risultava che i singoli e le autorità nazionali erano stati indotti a un comportamento non conforme alla normativa comunitaria in ragione di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie; incertezza alla quale avevano eventualmente contribuito gli stessi comportamenti tenuti da altri Stati membri o dalla Commissione (sentenza Bidar, cit., punto 69).

43. Nel caso di specie, l'entrata in vigore, il 4 aprile 2005, della legge del 2004 ha l'effetto di far venir meno controversie quali quella che ha dato luogo alla causa principale. Inoltre, sia nelle osservazioni scritte depositate dinanzi alla Corte, sia in udienza, il governo del Regno Unito non ha mantenuto la domanda presentata nell'ambito della causa principale riguardante la limitazione nel tempo degli effetti della sentenza.

44. Di conseguenza, si deve rispondere alla seconda questione che non è necessario limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

Per questi motivi, la Corte (Prima Sezione) dichiara:

1) L'art. 4, n. 1, della Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, n. 79/7/Cee, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, osta a una normativa che nega il beneficio di una pensione di vecchiaia a una

persona che, in conformità alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, sia passata dal sesso maschile al sesso femminile per il motivo che essa non ha raggiunto l'età di 65 anni, quando invece questa stessa persona avrebbe avuto diritto a detta pensione all'età di 60 anni se fosse stata considerata una donna in base al diritto nazionale.

2) Non è necessario limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza.

(1) DIVIETO DI DISCRIMINAZIONE IN MATERIA PREVIDENZIALE
PER LAVORATORI/LAVORATRICI CHE HANNO MUTATO SESSO

La risposta alla questione pregiudiziale, considerando la precedente giurisprudenza della Corte (Causa C-117/01), poteva ritenersi relativamente scontata; tuttavia la sentenza in epigrafe risulta interessante soprattutto per alcuni profili:

– Tutela del lavoratore in applicazione di Direttiva comunitaria (Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, 79/7/Cee, in *GUCE*, 1979, L. 6, p. 24), in presenza di intervento (parzialmente) sfavorevole del legislatore nazionale per la sua attuazione;

– applicazione del diritto nazionale (inglese), con esclusione, in applicazione del diritto comunitario, delle sole limitazioni discriminatorie relative al sesso (normativa inglese relativa al cambiamento di sesso – *Gender Recognition Act 2004* e Direttiva Cee, n. 79/7 del 1978);

– contributo all'elaborazione giurisprudenziale della nozione di discriminazione ai danni di soggetti transessuali.

Mentre per i soggetti omosessuali l'attenzione dei legislatori nazionali e internazionali, fin dagli anni cinquanta, è stata rivolta in primo luogo alla necessità di protezione di tali soggetti in presenza di discriminazioni socio-economiche, soprattutto per difficoltà di accesso al mercato del lavoro o per esposizione al rischio di licenziamento, per i soggetti transessuali la questione giuridica più rilevante è stata considerata per molto tempo quella della immutabilità dello «stato civile», soggetto solo a eventuali correzioni di errori materiali nella redazione dell'atto di nascita, secondo le legislazioni dei singoli Stati membri.

La Convenzione dell'O.I.L. del 1958 sulla discriminazione in materia di impiego e professioni (Convenzione O.I.L. C111 – entrata in vigore il 15 giugno 1960), all'art. 1, lettera *a*, definì il termine discriminazione come «ogni distinzione, esclusione o preferenza fondata sulla razza, il colore, il sesso, la religione, l'opinione politica, la discendenza nazionale o l'origine sociale, che ha per effetto di negare o alterare l'uguaglianza di possibilità o di trattamento in materia di impiego o di professione», ma non conteneva riferimenti espliciti a singole fattispecie (omosessualità, transessualismo).

Essa mirava, per motivi di attualità sociale dell'epoca, a vietare, nel mercato del lavoro, semplicemente le discriminazioni relative al binomio uomo/donna, ma il generico riferimento alle distinzioni basate sul sesso, se era facilmente suscettibile di estensione interpretativa al divieto di discriminazioni ai danni di lavoratori omosessuali, più difficilmente si prestava a includere divieti di discriminazioni ai danni di soggetti transessuali, a causa del principio della immutabilità dello stato civile.

Anche il Consiglio d'Europa nel 1981 (Raccomandazione n. 924 e Risoluzione n. 756), quando condannò la discriminazione nel confronto degli omosessuali, non fece nessun riferimento alla problematica della transessualità.

L'Unesco nel 1991 accolse una petizione relativa alla violazione dei diritti umani ai danni di una giornalista, militante di un'associazione di donne lesbiche e redattrice di una loro rivista, ma l'intervento non ebbe seguito a causa dell'assoluzione dell'imputata da parte del Tribunale ellenico.

La Corte europea dei diritti umani, che ha sede a Strasburgo, ha considerato le discriminazioni ai danni dei soggetti omosessuali soprattutto come violazione del diritto alla *privacy*, sancito dall'art. 8 della Convenzione europea (cfr. *Dudgeon v. U. K.*, 4 Eur. Rep., 149/1981; *Norris v. Ireland*, 13 Eur. H. R. Rep., 186/1991; *Modinos v. Cyprius*, 16 Eur. H. R. Rep., 485/1993), in quanto il loro orientamento sessuale non può essere oggetto di indagine e deve essere comunque considerato irrilevante ai fini dell'instaurazione e dell'esecuzione del rapporto di lavoro.

Diversa, effettivamente, è la problematica dell'esercizio di diritti sociali, e in particolare previdenziali, connessi all'identità sessuale. In questo caso non si tratta solo di censurare la valutazione negativa (discriminatoria) di un orientamento personale e privato, che deve rimanere irrilevante nei rapporti di lavoro, in ossequio al principio della protezione della *privacy*, ma di riconoscere o di negare diritti soggettivi connessi al sesso, maschile o femminile.

Nella dottrina relativa alle questioni giuridiche poste dal cambiamento di sesso è apparsa come fondamentale la questione dello stato civile, con tutte le ripercussioni che ne conseguono (cfr. M. Pellegrino, *Transessuali fra breve transessuati – Problemi per l'ufficiale dello stato civile*, in *Stato Civ. It.*, 1981, p. 696; F. Gaetano, *Rettificazione degli atti di nascita dei transessuali*, in *Nuova Rass.*, 1982, pp. 1573 ss.; M. Finocchiaro, *I transessuali di nuovo innanzi alla Corte Costituzionale*, nota a Cass., ord., 20 giugno 1983, n. 515, in *GC*, 1983, I, p. 3247).

Un orientamento più articolato risulta dalla giurisprudenza francese di quegli anni. Secondo il Tribunale di grande istanza di Francia (16 novembre 1982), nel diritto francese «il principio di indisponibilità di stato non rende necessariamente inammissibile la domanda di cambiamento di sesso nell'ipotesi di transessualismo irreversibile» (in *FI*, 1984, IV, 318, con nota di Moccia).

Non si tratta quindi, secondo questa giurisprudenza, di semplice correzione dell'atto di nascita, ma di modifica di *status*, in seguito al cambiamento di sesso, con tutte le conseguenze che derivano alla posizione soggettiva della persona interessata.

C'è quasi un'anticipazione della sentenza in epigrafe: non si può affermare un diritto costituzionalmente garantito al cambiamento di sesso, ma una volta che tale cambiamento viene riconosciuto risultano acquisiti i diritti soggettivi da esso derivanti.

La Corte di Giustizia delle Comunità europee (Causa C-13/94, sentenza del 30 aprile 1996) affrontò una questione pregiudiziale relativa a discriminazione ai danni di soggetto transessuale nel 1996, dichiarando illegittimo, per violazione della Direttiva Cee n. 76/207, il licenziamento di un lavoratore, sottoposto a intervento chirurgico per cambiare sesso.

Non si trattava, in quel caso, di affrontare la questione delle conseguenze giuridiche del cambiamento di sesso, ma di affermare l'irrilevanza, ai fini della giustificazione

del licenziamento, di tale situazione e quindi di ribadire il divieto, per il datore di lavoro, di porre fine al rapporto di lavoro per tale motivo.

In tale occasione, ancora una volta, la Corte non affrontò la questione generica del riconoscimento della situazione particolare del soggetto che muta il proprio sesso, ma applicò il principio del divieto di ogni discriminazione riferita, comunque, al sesso del lavoratore con il conseguente divieto di licenziamento per motivi attinenti alla sessualità: «poiché il diritto di non essere discriminato a causa del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, la sfera d'applicazione della Direttiva non può essere ridotta alle sole discriminazioni dovute all'appartenenza all'uno o all'altro sesso, ma si estende alle discriminazioni determinate dal cambiamento di sesso dell'interessato, giacché licenziare una persona per il motivo che intende subire o ha subito un cambiamento di sesso significa usarle un trattamento sfavorevole rispetto alle persone del sesso al quale era considerata appartenere prima di tale operazione».

Risulta dalla sentenza emessa nella causa C-13/94, come nella sentenza in epigrafe (punto 21), che rimane di competenza degli Stati membri determinare «le condizioni del riconoscimento giuridico del mutamento di sesso di una persona».

La Corte ha ritenuto costantemente nella sua giurisprudenza che il principio comunitario del divieto di discriminazione per motivi sessuali non debba essere considerato come limitato alla differenza uomo/donna, ma sia da estendere anche alle discriminazioni ai danni di soggetti omosessuali o transessuali, pure ammettendo che la disciplina del mutamento di sesso sia riservata ai singoli legislatori degli Stati membri (cfr. le conclusioni dell'A. G. Elmer nella causa C-249-96: «Nulla si rinviene nel Trattato dell'Unione europea, né nel Trattato che istituisce la Comunità europea, da cui risulti che i diritti e gli obblighi derivanti dal Trattato Cee, ivi compreso il diritto a non essere oggetto di discriminazioni fondate sul sesso, non debbano applicarsi agli omosessuali [...] L'uguaglianza di fronte alla legge è un principio fondamentale di qualunque società retta dal diritto e quindi anche della Comunità europea»).

Non viene affermato, in nessuna di queste due sentenze, neppure l'obbligo degli Stati membri di disciplinare il diritto delle persone affette da disforia sessuale, in particolare un obbligo di modificare lo stato civile di tali persone, in seguito a intervento chirurgico per il mutamento del sesso, mentre sussiste l'obbligo per gli Stati membri di non discriminare, con trattamenti meno favorevoli, coloro che hanno acquisito lo stato giuridico relativo al sesso in un momento successivo alla nascita (in seguito a intervento chirurgico), rispetto a coloro che possiedono il medesimo stato giuridico fin dalla nascita.

Se il legislatore del Regno Unito non avesse provveduto a disciplinare, nel *Recognition Act 2004*, le conseguenze del mutamento di sesso, continuando quindi a considerare ininfluyente, sul piano giuridico, il mutamento di sesso realizzato chirurgicamente, la soluzione data dalla Corte nella sentenza in epigrafe sarebbe stata identica?

La risposta a tale quesito può essere trovata analizzando la sentenza della Corte del 7 gennaio 2004 (Causa C-117/2004).

La Corte riconosce che, sul piano dei principi del diritto comunitario, «l'art. 141 Ce osta a una legislazione che, in violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950, impedisce a una coppia di soddisfare la condizione del matrimonio necessaria affinché uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro».

Tuttavia essa ritiene limitato il proprio potere dalle competenze riservate ai singoli Stati membri: «Spetta al giudice nazionale verificare se una persona nella situazione di [...] [n.d.r.: transessuale sottoposto a intervento chirurgico] possa invocare l'art. 141 Ce affinché le si riconosca il diritto di far beneficiare il proprio convivente di una pensione di reversibilità».

Mentre nella sentenza in epigrafe la Corte rileva l'incompatibilità di una norma nazionale con la Direttiva Cee n. 79/7 e dichiara immediatamente non applicabili le limitazioni da essa poste, in quanto costituiscono discriminazione per motivi sessuali, la sentenza del 7 gennaio 2004 rinviava la decisione sul merito al giudice nazionale, in quanto, in quel momento, non esisteva nella normativa nazionale una specifica disciplina regolatrice del mutamento del sesso per intervento chirurgico, pur sussistendo un *vulnus* al principio comunitario del divieto di discriminazione.

C'è un certo paradosso in questo orientamento giurisprudenziale: in presenza di questo tipo di discriminazioni l'applicazione del diritto comunitario abilita il giudice comunitario a censurare le normative nazionali che pure hanno applicato, almeno in parte, le Direttive comunitarie finalizzate a rimuovere situazioni di svantaggio sociale, mentre non rende possibile una censura del giudice comunitario in assenza di specifiche norme nazionali.

Si potrebbe parlare di un particolare principio di sussidiarietà, tra diritto comunitario e diritti nazionali, che tiene conto del diverso grado di evoluzione sociale dei singoli Stati membri: il legislatore nazionale che interviene per attuare un principio e quindi una Direttiva comunitaria deve tenere conto dei limiti da essa derivanti, mentre occorre mostrarsi più tolleranti nei confronti degli Stati membri che, partendo da più lontano, ritardano nell'attuazione della normativa comunitaria.

La dottrina più recente sottolinea come «i giudici comunitari sono soliti valutare il possibile impatto socio-politico delle proprie decisioni nei confronti degli ordinamenti nazionali al fine di non spezzare il precario equilibrio sopranazionale che si fonda su una continua alimentazione della tolleranza costituzionale esibita dagli Stati membri» (O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 240).

In realtà si tratta di prendere atto della particolarità del diritto comunitario, perennemente *ius condendum* piuttosto che *ius conditum*, ispiratore di progresso prima ancora che codificatore di diritto positivo.

La Carta di Nizza supera (... supererà nel tempo) lo schema del divieto di discriminazioni, inteso come condizionamento migliorativo delle normative nazionali, e prefigura un contesto politico-costituzionale nuovo, finalizzato a realizzare e garantire solidarietà e uguaglianza effettiva, rispetto della dignità umana, libertà e democrazia.

Non si tratterà allora di assicurare diritti astrattamente uguali a persone concretamente diverse, ma (effettivi) diritti diversi a persone diverse (sostanzialmente uguali).

La sentenza in epigrafe non può essere considerata risolutiva delle diverse discriminazioni socio-economiche di cui sono vittime i soggetti transessuali, ma rappresenta sicuramente un intervento di protezione sociale realizzato con l'applicazione di una Direttiva comunitaria.

Antonio Mazziotti
Avvocato in Napoli

CASSAZIONE, 8 marzo 2006, n. 7548, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Morcavallo, P.M. Velardi (Diff.) – G. M. (avv. Pesca) c. Ministero dell'interno.

Invalidi civili – Prestazioni – Accertamento sanitario – Natura non provvedimentale – Effetti (art. 147 disp. att. cod. proc. civ.).

A norma dell'art. 147, comma 1, disp. att. cod. proc. civ., nelle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria, sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, di natura sostanziale e processuale, le collegiali mediche, quale ne sia la natura giuridica. Tale regola non è derogata dalle disposizioni speciali dettate dall'art. 1 della legge n. 295 del 1990, applicabile, nella specie, ratione temporis. In particolare, l'esame di tale disciplina, nella parte in cui prescrive le modalità di accertamento dei requisiti sanitari richiesti per la concessione di prestazioni di assistenza e prevede che i verbali di visita medica conseguenti agli accertamenti compiuti dalle commissioni costituite presso le U.S.L. vengano trasmessi alle commissioni mediche periferiche per le pensioni di guerra e di invalidità civile e, in mancanza di sospensione della procedura per ulteriori accertamenti, alle prefetture «per gli ulteriori adempimenti necessari per la concessione delle provvidenze previste dalla legge» (comma 7 dell'art. 1, cit.), conferma la natura non provvedimentale degli accertamenti sanitari dedotti in ricorso, in quanto meramente strumentali e preordinati all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione, in corrispondenza di funzioni di certazione assegnate dalla legge alle indicate commissioni mediche (natura strumentale che non muta in caso di accertamento negativo soggetto, alla stregua dell'art. 8 del medesimo articolo, al ricorso al Ministero del tesoro, cui spetta in via esclusiva, sentita la Commissione medica superiore, l'emissione del provvedimento decisivo ricorribile in via giurisdizionale). (1)

(Omissis)

A norma dell'art. 147 cod. proc. civ., comma 1, nelle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie sono privi di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale e processuale, fra gli altri atti, anche le collegiali mediche, quale ne sia la natura giuridica.

Tale regola non è minimamente derogata dalle disposizioni speciali dettate dalla legge 15 ottobre 1990, n. 295, art. 1 (applicabili nel caso in esame *ratione temporis*). In particolare, l'esame di tale disciplina, nella parte in cui questa prescrive le modalità di accertamento dei requisiti

sanitari richiesti per la concessione delle prestazioni di assistenza e prevede che i verbali di visita medica conseguenti agli accertamenti compiuti dalle commissioni costituite presso le U.S.L. vengano trasmesse alle commissioni mediche periferiche per le pensioni di guerra e di invalidità civile e, in mancanza di sospensione della procedura per ulteriori accertamenti, alle prefetture «per gli ulteriori adempimenti necessari per la concessione delle provvidenze previste dalla legge» (art. 1, cit., comma 7), conferma la natura non provvedimentale degli accertamenti sanitari dedotti in ricorso, in quanto meramente strumentali e preordinati all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione, in corrispondenza di funzioni di certazione assegnate dalla legge alle indicate commissioni mediche (la quale natura strumentale non muta in caso di accertamento negativo, il quale, ai sensi del comma 8 del medesimo articolo, è comunque soggetto a ricorso al Ministro del tesoro, cui spetta in via esclusiva, sentita la Commissione medica superiore, l'emissione del provvedimento decisorio ricorribile in via giurisdizionale).

(Omissis)

(1) ACCERTAMENTI SANITARI E DECADENZA NELL'INVALIDITÀ CIVILE

In materia di previdenza e assistenza obbligatoria, la Suprema Corte di Cassazione con la decisione in commento ha statuito l'importante principio di diritto secondo il quale «l'accertamento sanitario non ha natura provvedimentale in quanto meramente strumentale e preordinato all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione, in corrispondenza di funzioni di certazione assegnate dalla legge alle indicate commissioni mediche».

Alla luce di tale importante principio è inevitabile interrogarsi sulla decorrenza del brevissimo e anomalo termine di decadenza introdotto dall'art. 42, comma 3, del d.l. n. 269/03, in forza del quale: «La domanda giudiziale è proposta, a pena di decadenza, avanti alla competente autorità giudiziaria entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa».

In particolare, ci si chiede se sia possibile ancorare alla comunicazione del verbale di visita, atto privo della natura provvedimentale, la decorrenza del brevissimo termine di decadenza di sei mesi introdotto dal predetto art. 42 del d.l. n. 269/03.

Fino all'entrata in vigore della legge n. 326 del 2003 (02 ottobre 2003 con efficacia poi prorogata al 31 dicembre 2004), che ha convertito in legge il citato decreto, nel caso di accertamento sanitario sfavorevole o di diniego della concessione del beneficio per mancanza dei requisiti amministrativi e socio-economici era prevista la possibilità di ricorrere in via amministrativa avverso i verbali sanitari alla Commissione superiore del Ministero dell'economia e delle finanze e, avverso i provvedimenti di concessione o diniego della prestazione economica, al Comitato provinciale dell'I.N.P.S., nonché la possibilità di proporre azione giudiziaria rispettando i termini di prescrizione.

Con l'improvvida riforma di cui alla legge n. 326 del 2003 vengono abrogati i ricorsi amministrativi avverso i verbali sanitari e i provvedimenti di concessione o diniego della prestazione economica, nonché introdotto il termine di decadenza di soli sei mesi dalla data di comunicazione dei provvedimenti emanati in via amministrativa entro il quale proporre l'azione giudiziaria con possibilità, inoltre, di condanna del ricorrente alle spese.

A seguito di numerose contestazioni da parte delle associazioni nazionali dei disabili, l'efficacia delle disposizioni contenute nel comma 3 dell'art. 42 del d.l. n. 269/03, convertito nella legge n. 326/03, fu soltanto differita al 31 dicembre 2004 *ex art.* 23, comma 2, del d.l. n. 355/03, poi convertito nella legge n. 47/04, mentre, con nota del 14 febbraio 2005 indirizzata all'I.N.P.S., il Ministero dell'economia e delle finanze, in ragione di un confuso «metodo di interpretazione logico-sistematica», sostenne che l'abolizione dei ricorsi amministrativi dovesse essere riferita solo ai ricorsi «avverso il verbale di accertamento emesso dalle commissioni mediche»; nessun passo indietro, infine, in ordine al brevissimo termine di decadenza.

Ora, è evidente che una mera circolare non è provvista di forza di legge e come tale non è in grado di superare la lettera del predetto art. 42 neanche invocando l'art. 12 delle preleggi, data la contraddittorietà del messaggio del Ministero dell'economia e delle finanze, e di conseguenza la circolare non può far rivivere i ricorsi abrogati con legge.

Si sottolinea, inoltre, che la decadenza è un istituto di particolare forza processuale e sostanziale che estingue irrimediabilmente il diritto colpito ed è rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio.

Da qui la necessità e l'urgenza di un intervento legislativo che chiarisca la portata della norma; urgenza ancor più evidente alla luce della decisione in commento.

In particolare, secondo la lettera dell'art. 42, comma 3, del d.l. n. 269/03 «La domanda giudiziale è proposta, a pena di decadenza, avanti alla competente autorità giudiziaria entro e non oltre sei mesi dalla data di comunicazione all'interessato del provvedimento emanato in sede amministrativa».

Ne segue che l'operatività e la decorrenza di tale decadenza presuppone, da un lato, l'emanazione di un provvedimento e, dall'altro, la comunicazione di tale provvedimento.

Trattasi di una decadenza del tutto particolare nel panorama previdenziale, ove l'inalienabilità e l'indisponibilità dei diritti assistenziali e pensionistici impone, invece, la limitazione dell'oggetto della decadenza ai soli ratei della prestazione (art. 47, d.P.R. n. 639/70, e art. 4, d.l. n. 384/92).

L'art. 42 del d.l. n. 269/03, di contro, non fa cenno ad alcuna limitazione, andando così a coniare una peculiare decadenza assistenziale che colpisce il diritto in sé e la relativa azione dando adito a forti e legittimi dubbi sulla sua costituzionalità, dato il potenziale contrasto con gli artt. 3, 24 e 38 della Costituzione.

Ebbene, il tentativo di una lettura costituzionale di tale decadenza assistenziale può essere proposto in relazione alla sentenza della Suprema Corte n. 21595 del 15 novembre 2004.

A fronte del principio generale posto dall'art. 3, comma 4, della legge n. 241/90, secondo il quale in ogni atto notificato al destinatario devono essere indicati il termine e l'autorità cui è possibile ricorrere, la decadenza dall'azione giudiziaria non potrebbe

operare nel caso di silenzio sulla domanda di prestazione in violazione della suddetta norma; in particolare, la Corte di Cassazione, richiamandosi alle decisioni della Corte Costituzionale n. 86/98 e n. 311/94, con la predetta sentenza ha stabilito che: «In tema di decadenza dall'azione giudiziaria per il conseguimento di prestazioni previdenziali, ai sensi dell'art. 47, d.P.R. n. 639 del 1970 (nel testo modificato dal d.l. n. 384 del 1992, convertito nella legge n. 439 del 1992), la mancanza di un provvedimento esplicito dell'I.N.P.S. sulla domanda, oppure l'omissione nel provvedimento delle indicazioni prescritte dal comma 5 del detto articolo (precisazione dei gravami esperibili e dei termini per l'esercizio dell'azione giudiziaria), configurano un impedimento al decorso del termine di decadenza dalla scadenza dei termini prescritti per l'esaurimento del procedimento amministrativo (computati a decorrere dalla data di presentazione della richiesta di prestazione)» (vedi Cass., Sez. lav., 15 novembre 2004, n. 21595, in *GC*, 2005, 5, I, p. 1209).

Ne segue che, al fine di un'interpretazione conforme alla Costituzione, si deve sostenere l'inoperatività della decadenza «assistenziale» per mancanza della comunicazione del termine di decadenza e soprattutto per la mancanza di un provvedimento che possa definirsi tale, data l'opinabilità della natura di provvedimento amministrativo dell'accertamento sanitario.

L'art. 147, comma 1, disp. att. cod. proc. civ., infatti, dispone che «nelle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatoria sono prive di qualsiasi efficacia vincolante, sostanziale e processuale, tra gli altri atti, le collegiali mediche, quale ne sia la natura giuridica».

In applicazione di tale disposizione, la Suprema Corte, con la decisione in commento, ha stabilito che «l'accertamento sanitario non ha natura provvedimentale in quanto meramente strumentale e preordinato all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione, in corrispondenza di funzioni di certazione assegnate dalla legge alle indicate commissioni mediche».

L'efficacia non vincolante dell'accertamento sanitario comporta il potere del giudice di merito di rinnovare detto accertamento attraverso l'esperimento della consulenza tecnica d'ufficio, nonché la possibilità di tener comunque conto dell'accertamento svolto in via amministrativa ai sensi dell'art. 116 cod. proc. civ., ma, si ribadisce, senza alcuna interferenza nell'azione giudiziaria, potendo e dovendo il giudice procedere all'accertamento della situazione di invalidità con i mezzi consentiti dall'ordinamento processuale.

In tal senso più volte si è espressa la Suprema Corte (v., da ultimo, Cass. 14 gennaio 1997, n. 317, in *RIMP*, 1997, II, p. 50) con decisioni nelle quali la Cassazione ha sempre ribadito la natura non vincolante delle collegiali mediche e la possibilità del giudice di merito di tenerne conto alla stregua di ogni altra fonte di prova ai fini della formazione del suo convincimento, ma senza alcuna preclusione di ulteriori indagini.

A fronte di tale incontestabile natura non vincolante dell'accertamento sanitario, mero strumento preordinato all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione e privo di una natura provvedimentale, così come definito dalla decisione in commento, è evidente l'impossibilità di individuare nella comunicazione del verbale di visita il momento iniziale della decorrenza del brevissimo termine di decadenza introdotto dall'art. 42 del d.l. n. 269/03, dato che il verbale di visita non costituisce un provvedimento amministrativo.

Diversamente si incorrerebbe nella violazione degli artt. 147 disp. att. cod. proc. civ. e dello stesso art. 42 del d.l. n. 269/03 con inevitabile e ingiustificato pregiudizio di diritti fondamentali quali quelli dei disabili.

A ulteriore conferma di quanto asserito dalla Cassazione con la predetta decisione, si sottolinea che il verbale di visita appare del tutto privo di quegli elementi caratterizzanti il provvedimento amministrativo.

In particolare, la dottrina definisce il provvedimento amministrativo come il provvedimento finale cui tende il procedimento amministrativo, a sua volta composto da una serie di atti tra i quali sono annoverabili anche gli accertamenti sanitari (vedi G. Corso, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2006, p. 222).

Ne segue che gli atti amministrativi sono quelli che precedono il provvedimento amministrativo e hanno rispetto a esso una funzione preparatoria e strumentale; di contro, il provvedimento amministrativo coincide con la decisione.

In ragione di tale distinzione, la giurisprudenza amministrativa ha individuato il mero atto amministrativo nell'atto non impugnabile che si caratterizza per l'incapacità (almeno di regola) di ledere un interesse di individui o di enti morali giuridici; il provvedimento amministrativo, invece, viene identificato nell'atto impugnabile, in quanto solo l'atto conclusivo del procedimento è in grado di ledere diritti e interessi.

Secondo la definizione più accreditata in dottrina, il provvedimento amministrativo è l'atto con cui l'autorità amministrativa dispone in un caso concreto in ordine all'interesse pubblico che è affidato alla sua tutela (competenza), esercitando una potestà amministrativa e incidendo su situazioni giuridiche di privati.

Secondo l'elaborazione dottrinale gli elementi del provvedimento amministrativo sono:

- l'autorità amministrativa quale soggetto emanante il provvedimento, poiché solo a essa la legge attribuisce il potere amministrativo che si traduce in una restrizione della sfera dei diritti fondamentali del privato (per altra parte della dottrina l'autorità amministrativa sarebbe un presupposto indefettibile della qualificazione dell'atto come provvedimento e non un elemento vero e proprio dello stesso);
- l'emanazione del provvedimento nell'esercizio di una potestà amministrativa;
- la disposizione in un caso concreto in ordine a un interesse pubblico;
- l'efficacia sulle situazioni giuridiche dei privati; efficacia non riscontrabile negli atti interni e strumentali che esplicano i loro effetti all'interno del procedimento;
- la discrezionalità, che si estrinseca nella necessaria comparazione tra interesse pubblico e privato e che di fatto si traduce nella scelta della misura da prendere;
- la motivazione, espressamente prevista dall'art. 3 della legge n. 241/90, dalla quale devono risultare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

Il provvedimento amministrativo, infine, è dotato di una particolare efficacia (almeno secondo parte della dottrina) in quanto incide sulla sfera giuridica del terzo a prescindere dal suo consenso e si contraddistingue per la sua imperatività.

Alla luce di quanto esposto è evidente che al verbale di visita non è riconoscibile la natura di provvedimento amministrativo: esso, infatti, seppure emanato da un soggetto amministrativo, non viene adottato nell'esercizio di una potestà amministrativa in quanto si limita soltanto a fornire un parere medico in ordine a una condizione di potenziale invalidità; non dispone in ordine a un interesse pubblico, non incide sulla sfe-

ra giuridica del privato, non è dotato di imperatività, non è adottato a seguito di una comparazione tra interesse pubblico e privato, non indica i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione; ciò gli è precluso perché l'accertamento sanitario non decide alcunché né adotta alcuna misura a tutela di un interesse pubblico, ma è soltanto un atto endoprocedimentale, non vincolante, contraddistinto da una funzione preparatoria e strumentale all'adozione del provvedimento di attribuzione della prestazione.

Ne segue che il termine di decadenza introdotto dal d.l. n. 269/03 dovrebbe considerarsi inoperante ove venga fatto decorrere dalla comunicazione del verbale di visita in quanto atto privo della natura di provvedimento, pena, si ribadisce, l'ingiustificato e incostituzionale pregiudizio dei diritti dei disabili.

Raffaella Cultrera
Avvocato in Roma

ANALITICO-ALFABETICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

CONTRATTO A TERMINE

Direttiva n. 1999/70/Ce – Clausole 1, lett. *b*, e 5 dell'Accordo quadro sul lavoro a tempo determinato – Costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato in caso di violazione delle norme che disciplinano i contratti a tempo determinato stipulati in successione – Possibilità di deroga per i contratti di lavoro conclusi con una pubblica amministrazione (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 7 settembre 2006, cause n. 53/04 e n. 180/04, Seconda Sezione). 602

Direttiva n. 1999/70/Ce – Misure di prevenzione degli abusi – Inapplicabilità della sanzione della conversione nel settore pubblico – Nessuna previsione sanzionatoria alternativa – Violazione dei principi di equivalenza e di effettività – Sussistenza (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 luglio 2006, causa n. 212/04, Grande Sezione). 601

Direttiva n. 1999/70/Ce – Contratti di lavoro successivi – Intervallo di lasso temporale minimo non superiore a 20 giorni – Compromette l'effettività dell'Accordo quadro (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 luglio 2006, causa n. 212/04, Grande Sezione). 601

Direttiva n. 1999/70/Ce – Ragioni obiettive per il rinnovo di contratti a termine – Circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività – Insussistenza – Incompatibilità con lo scopo e l'obiettivo dell'Accordo quadro (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 luglio 2006, causa n. 212/04, Grande Sezione). 601

INVALIDI CIVILI

Prestazioni – Accertamento sanitario – Natura non provvedimentale – Effetti (art. 147 disp. att. cod. proc. civ.) (Cassazione, sentenza 8 marzo 2006, n. 7548, Sez. lav.) 727

MALATTIA

Visita di controllo – Obbligo di reperibilità – Assenza del lavoratore – Sanzioni disciplinari – Giustificato motivo di assenza – Concomitanza di visite mediche, prestazioni sanitarie o accertamenti specialistici – Ammissibilità e condizioni (Cassazione, 6 Aprile 2006, n. 8012, Sez. lav.) 683

MANSIONI

Demansionamento – Rifiuto del lavoratore di presentarsi sul luogo di lavoro – Licenziamento – Giusta causa e giustificato motivo – Insussistenza (Cassazione, 16 maggio 2006, n. 11430, Sez. lav.) 651

MOBBING

Art. 2087 cod. civ. – Inadempimento dell'obbligo di sicurezza – Natura contrattuale – Ripartizione dell'onere della prova – Prova liberatoria – Estremi (Cassazione, 25 maggio 2006, n. 12445, Sez. lav.) 632

Fattispecie – Obblighi di sicurezza *ex* art. 2087 cod. civ. – Violazione – Estremi (Cassazione, 6 marzo 2006, n. 4774, Sez. lav.) 632

PARITÀ DI TRATTAMENTO

Direttiva n. 79/7/Cee – Rifiuto di concedere una pensione di vecchiaia all'età di 60 anni a una transessuale che si è sottoposta a un intervento chirurgico di conversione dal sesso maschile al sesso femminile (Corte di Giustizia delle Comunità europee, Prima Sezione, 7 aprile 2006). 716

REPRESSIONE DELLA CONDOTTA ANTISINDACALE

Legittimazione attiva – Attribuzione alle associazioni sindacali a diffusione nazionale e svolgenti un'attività di rappresentatività a livello nazionale – Necessità – Legittimazione delle rappresentanze sindacali aziendali costituite *ex art.* 19 della legge n. 300 del 1970 e delle rappresentanze sindacali unitarie – Esclusione (Cassazione, 23 marzo 2006, n. 6429, Sez. lav.) 691

RINUNZIE E TRANSAZIONI

Art. 2113 cod. civ. – Quietanza a saldo – Configurabilità – Estremi (Cassazione, 15 giugno 2006, n. 15792, Sez. lav.) 622

SCIOPERO

Sostituzione di lavoratori in sciopero – Crumiraggio interno – Lavoro supplementare in contratto *part-time* a termine – Condotta antisindacale – Sussistenza (Cassazione, 9 maggio 2006, n. 10624, Sez. lav.) 703

TRASFERIMENTO D'AZIENDA

Cessionario inaffidabile – Contratto in frode alla legge – Motivo illecito – Esclusione (Cassazione, 2 maggio 2006, n. 10108). 663

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2006

MARZO

Cassazione, 6 marzo 2006, n. 4774, Sez. lav., – Pres. Mercurio, Est. Miani Canevari, P.M. Funzio (Conf.) – M. M. (avv.ti Salemi e D'Angelo) c. Unicredito S.p.a. (avv. Wongher e Melchiorri).
Cassa Appello Venezia (manca data) 632

Cassazione, 8 marzo 2006, n. 7548, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Morcavallo, P.M. Velardi (Diff.) – G. M. (avv. Pesca) c. Ministero dell'interno. 727

Cassazione, 23 marzo 2006, n. 6429, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, Est. Balletti, P.M. Fedeli (Diff.) – Fiat Auto Partecipazioni S.p.a. (avv.ti De Luca Tamajo, Perlini e Fontana) c. S.IN. COBAS – Sindacato Intercategoriale dei Comitati di Base (avv. Marziale). 691

APRILE

Cassazione, 6 Aprile 2006, n. 8012, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Di Nubila, P.M. Gaeta (Conf.) – Poste Italiane (avv. Ursino) c. O. M. (avv.ti Brunetti e Magrone). 683

Corte di Giustizia delle Comunità europee, Prima Sezione, 7 aprile 2006 – Pres. P. Jann, Avv. Gen. F. G. Jacobs, causa C-423/04 – S. M. Richards c. Secretary of State for Work and Pensions. 716

MAGGIO

Cassazione, 2 maggio 2006, n. 10108 – Pres. Mattone, Est. Picone, P.M. Velardi (Diff.) – Euridea S.p.a (già Standa S.p.a.) (avv. Pulsoni) c. A. E. e altri (avv. ti Andreoni, De Felice, Marano) e Fallimento Center Adriano (avv. Greco). Cassa con rinvio Corte d'Appello di Salerno, 7 febbraio 2003 663

Cassazione, 9 maggio 2006, n. 10624, Sez. lav. – Pres. Mileo, Est. Cuoco, P.M. Iannelli (Conf.) – Supermercati PAM S.p.a. (avv.ti Pinto e Bechi) c. Fisascat C.I.S.L. Grosseto (avv.ti Ciancaglini e Rossi). Cassa App. Firenze 15 aprile 2003 703

Cassazione, 16 maggio 2006, n. 11430, Sez. lav. – Pres. Mileo, Est. Amoroso, P.M. Pivetti (Conf.) – ILVA S.p.a. (avv.ti Romei, Abbatescianni e Failla) c. L.A. (avv.ti Bussa e Aquilino). 651

Cassazione, 25 maggio 2006, n. 12445, Sez. lav. – Pres. Ciciretti, Est. De Luca, P.M. Matera (Conf.) – M. M. (avv. Brognieri) c. A.N.M.I.L. – Associazione Nazionale Mutilati e Invalidi Del Lavoro (avv. Martorano). 632

GIUGNO

Cassazione, 15 giugno 2006, n. 15792, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Coletti De Cesare, P.M. Finocchi Ghersi (Diff.) – E.N.E.L. Produzione S.p.a. (avv. Gentile) c. F. C. (avv.ti Ricciuti e De Cesare).
Cassa App. Bari, 16 aprile 2003 622

LUGLIO

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 4 luglio 2006, causa n. 212/04, Grande Sezione – Pres. V. Skouris, Rel. R. Schintgen, Avv. Gen. J. Kokott – Konstantinos Adeneler e a. c. Ellinikos Organismos Galaktos (E.L.O.G.). 601

SETTEMBRE

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 7 settembre 2006, causa n. 53/04, Seconda Sezione – Pres. C. W. A. Timmermans, Rel. R. Schintgen, Avv. Gen. M. Poiares Maduro – Cristiano Marrosu, Gianluca Sardino c. Azienda ospedaliera Ospedale di San Martino di Genova e cliniche universitarie convenzionate. 602

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 7 settembre 2006, causa n. 180/04, Seconda Sezione – Pres. C. W. A. Timmermans, Rel. R. Schintgen, Avv. Gen. M. Poiares Maduro – Andrea Vassallo c. Azienda ospedaliera Ospedale di San Martino di Genova e cliniche universitarie convenzionate. 602

**PRINCIPALI FONTI NORMATIVE
E CONTRATTUALI**

COSTITUZIONE

– art. 2	633
– art. 3	649, 694, 705, 729
– art. 4	658, 678, 705
– art. 13	685
– art. 15	633
– art. 16	689
– art. 24	654, 696, 729
– art. 32	633, 685
– art. 35	633, 658, 705
– art. 36	705
– art. 37	705
– art. 38	729
– art. 39	694
– art. 40	705
– art. 41	647, 663, 705

Preleggi

– art. 12	680, 729
-----------------	----------

CODICE CIVILE

– art. 1174	648
– art. 1175	648, 677, 685
– art. 1218	634
– art. 1226	659
– art. 1228	633
– art. 1321	648
– art. 1322	672
– art. 1343	667
– art. 1344	665
– art. 1345	666
– art. 1362	623
– art. 1374	634
– art. 1375	648, 677, 685
– art. 1406	681
– art. 1455	655

– art. 1460	653
– art. 2013	703
– art. 2082	705
– art. 2087	632, 658
– art. 2094	648
– art. 2103	648, 651, 707
– art. 2104	633
– art. 2110	685
– art. 2112	667
– art. 2113	622
– art. 2118	633, 687
– art. 2119	633
– art. 2120	622
– art. 2121	623
– art. 2126	619
– art. 2697	623, 633
– art. 2729	640
– art. 2744	676
– art. 2909	633
– art. 2934	622
– art. 2946	622
– art. 2948	622

CODICE PROCEDURA CIVILE

– art. 147 disp. att.	727
– art. 112	654
– art. 113	654
– art. 115	654
– art. 116	730
– art. 345	683
– art. 346	639
– art. 360	633, 653, 683, 703
– art. 414	693

LEGGI E DECRETI

d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547	636
legge n. 604 del 1966	656

legge 20 maggio 1970, n. 300	
– art. 4	633
– art. 5	684
– art. 7	687
– art. 9	633
– art. 13	658
– art. 18	680
– art. 19	691
– art. 28	678, 691, 703
d.P.R. n. 639/70	
– art. 47	729
legge 29 maggio 1982, n. 297	
– art. 2	622
– art. 4	623
decreto legge 12 settembre 1983, n. 463	685
legge 11 novembre 1983, n. 638	
– art. 4	683
– art. 5	683
legge n. 863 del 1984	
– art. 5	712
decreto del Ministero del lavoro	
15 luglio 1986	685
legge n. 241 del 1990	
– art. 3	729
legge 15 ottobre 1990, n. 295	
– art. 1	727
legge n. 428 del 1990	
– art. 47	667
legge 23 luglio 1991, n.223	
– art. 4	679
– art. 5	673
– art. 7	680
– art. 16	680
– art. 24	665
d.l. n. 384/92	
– art. 4	729
legge n. 439 del 1992	730
d.lgs. del 1994, n. 626	636
legge n. 196 del 1997	
– art. 1	711
legge n. 197 del 1997	620

d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61	
– art. 3	704
d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 18	675
d.lgs. n. 165 del 2001	
– art. 36	611
d.lgs. n. 368 del 2001	611, 711
– art. 1	617
– art. 5	614
legge della Regione Lazio dell'11 luglio 2002, n. 16	640
d.P.R. 23 maggio 2003	
– punto 4.9	640
d.l. n. 269 del 2003	
– art. 42	728
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	674
– art. 20	711
– art. 46	713
legge n. 326 del 2003	728
legge n. 355 del 2003	
– art. 23	729
legge n. 47 del 2004	729
d.lgs. 8 aprile 2004, n. 110	680
legge sul <i>mobbing</i> della Regione Abruzzo del 2004, n. 26	640
legge sul <i>mobbing</i> della Regione Friuli Venezia Giulia del 2005, n. 7	640

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce

– art. 141	725
– art. 234	615
– art. 249	606

Commissione europea

Direttiva del Consiglio 9 febbraio 1976, n. 76/207/Cee	719
Direttiva del Consiglio 19 dicembre 1978, n. 79/71/Cee	
– art. 4	715
– art. 7	715

Direttiva 15 dicembre 1997, n. 97/81	708
– art. 3	712
Direttiva del Consiglio 28 giugno 1999, n. 1999/70/Ce	602
– art. 2	606

Consiglio d'Europa

Raccomandazione n. 924 n. 756	724
Risoluzione n. 756	724

Risoluzione del Parlamento europeo del 21 settembre 2001, n. AS-0283/2001	640
--	-----

CCNL E ACCORDI SINDACALI

Accordo di concertazione Accordo tripartito del 23 luglio 1993	620
---	-----

c.c.n.l. elettrici del 1979	623
-----------------------------------	-----

c.c.n.l. elettrici del 1983 – art. 43	623
--	-----

c.c.n.l. postelegrafonici – art. 18	683
--	-----

c.c.n.l. commercio del 20 settembre 1999 – art. 21	705
– art. 53	704

Accordo sindacale Standa

Accordo sindacale 19 giugno 1997	664
Accordo sindacale 18 giugno 1997	665

ACCORDI INTERCONFEDERALI

Accordo interconfederale 26 gennaio 1977 ...	685
Accordo interconfederale 20 dicembre 1993 ..	691

CIRCOLARI I.N.A.I.L.

Circolare I.N.A.I.L. del 17 dicembre 2003, n. 73	640
---	-----

CIRCOLARI I.N.P.S.

Circolare I.N.P.S. del 31 marzo 1989, n. 65 ..	686
--	-----

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Accordo quadro C.E.S., U.N.I.CE., C.E.E.P. sul lavoro a tempo determinato del 18 marzo 1999	
– preambolo	605
– considerazione generale n. 6	605
– considerazione generale n. 8	605
– clausola 1	602
– clausola 5	601

Convenzione europea per la salvaguardia
dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali
del 4 novembre 1950

– art. 8	718
----------------	-----

Convenzione O.I.L. C111 del 1958,
entrata in vigore il 15 giugno del 1960

– art. 1	723
----------------	-----

NORMATIVE DEL REGNO UNITO

<i>Birth and Deaths Registration Act 1953</i>	
– art. 29	715
<i>Social Security Contributions and Benefits Act 1992</i>	
– art. 44	715
<i>Pensions Act 1995</i>	
– art. 1	715
<i>Gender Recognition Act 2004</i>	
– art. 2	716
– art. 7	716
– art. 9	716

NORMATIVE DELLA REPUBBLICA ELLENICA

legge del 1994, n. 2190	
– art. 21	604
decreto presidenziale n. 81/2003	
– art. 5	604
decreto presidenziale n. 164/2004	610
decreto presidenziale n. 180/2004	614

PUBBLICITÀ UNIPOL

INS NUOVA PUBBLICITÀ UNIPOL

RICORDA:

QUELLA NUOVA

Finito di stampare
nel mese di dicembre 2006
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

