

PARTE II
GIURISPRUDENZA

IL CASO

Sergio Vacirca (*)

IL NUOVO GIUDIZIO DI CASSAZIONE: SUPPLENZA ZERO (**)

SOMMARIO: 1. Origini e obiettivi della riforma. — 2. L'accesso alla pubblica udienza. — 3. La individuazione della *regola iuris*. — 4. La valutazione di ricorribilità e la formulazione delle censure. — 5. Il quesito di diritto. — 6. — La chiara indicazione del fatto controverso.

1. — *Origini e obiettivi della riforma* — Con la recente riforma si è attuata una modifica radicale delle modalità di accesso al giudizio di legittimità che ha origini anche lontane e, occorre sottolineare, obiettivi ben precisi. Si è infatti all'interno del tradizionale dibattito tra la funzione ordinamentale della Corte (*ius constitutionis*) e una sua funzione supplente, volta a non compromettere i diritti di chi sta in giudizio (*ius litigatoris*), segnato tuttavia nettamente dal prevalere della prima rispetto alla seconda (1).

Gli obiettivi di fondo sono il recupero della funzione nomofilattica e, soprattutto, la realizzazione di pressanti esigenze deflattive. Nel 2005 sono stati trattati circa 30.000 ricorsi con un carico di lavoro crescente (e spesso poco gratificante) su di un numero di giudici di legittimità che, pur non essendo modesto, è evidentemente inadeguato a sorreggere il peso di un tale volume di fascicoli.

L'estensione della nomofilachia ai contratti collettivi, la necessità di formulare il quesito di diritto e il rilievo d'ufficio delle questioni non potranno non incidere in profondità sul ruolo della Corte e, soprattutto, sul lavoro degli avvocati. Si è in sintesi pensato di rendere più rigorosi i tradizionali limiti di accesso imponendo un salto qualitativo «storico» al lavoro della difesa e sancendo di fatto il principio che quello che non ha fatto l'avvocato non lo fa, in nessun caso, la Corte. Si è attuata quindi la de-

(*) Avvocato in Roma.

(**) Si è scelto di dare evidenza a un caso di giurisprudenza intorno al quale si può aprire un dibattito per la rilevanza e l'attualità del tema.

Il testo della sentenza è pubblicato a seguire.

(1) Cfr. V. Carbone, *Presentazione*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, a cura di G. Ianniruperto e U. Morcavallo, Milano 2007, p. XI.

finitiva cessazione di qualsiasi attività di supplenza con il completamento di quella riforma sotterranea e strisciante iniziata circa venti anni fa con il recupero e il rilancio continuo del principio di autosufficienza, portata avanti con efficacia già con la istituzione della «Struttura centralizzata esame preliminare ricorsi civili», promossa dalla legge n. 89 del 2001 e funzionale al rito camerale.

In un contesto più generale, ulteriore sintomo della tendenza verso la richiesta di maggiore professionalità può essere considerata la lettura operata da parte della Corte di alcune regole di procedura e delle modalità di acquisizione delle prove (2). Parte della dottrina ha espresso perplessità sottolineando la tendenza verso il prevalere della verità processuale sulla verità sostanziale e, di fatto, sul senso di giustizia (3). In effetti, il primato del rito sulla sostanza non risulta in via di principio automaticamente giustificato e sorretto dalle esigenze di riduzione dei tempi processuali e di deflazione.

Tutto questo è emerso in riunioni e convegni dove si è sottolineata tra l'altro l'anomalia del caso Italia (tutti cassazionisti a una certa età) rispetto, ad esempio, a quanto succede in Francia (dove gli avvocati abilitati ad adire la Corte Suprema sono alcune decine). Sotto tiro quindi, con una certa dose di ironia e fastidio, la scarsa attitudine tecnica della difesa in sede di legittimità (basata essenzialmente sulla pratica: io sparo a raggio e poi si vede). Rispetto a un tema così delicato ci sembra tuttavia che sia giusto dare peso e fondamento alla necessità di «evitare il rischio di un soggettivismo interpretativo, essendo solo del ricorrente la responsabilità della redazione dell'atto introduttivo» (4).

2. — *L'accesso alla pubblica udienza* — In tempi brevi e con modi drastici si vuole, in buona sostanza, ottenere la riduzione del contenzioso di legittimità con un rigoroso rispetto delle nuove regole processuali che sono e saranno interpretate, secondo la intenzione prevalente, il più restrittivamente possibile. Ancora in sintesi, supplenza zero significa: la Corte non perde più tempo a colmare le lacune del tuo lavoro di avvocato e a dare comunque un senso alle tue difese allusive e poco centrate.

La riforma più significativa riguarda la redazione del ricorso. Si vuole che l'accesso alla Corte sia meditato e conforme alle regole, non solo nella sostanza ma anche, se non soprattutto, nella forma. Nulla si può più rica-

(2) Cfr. Cass., Ss.Uu., 20 aprile 2005, n. 8203, e Cass., Ss.Uu., 20 aprile 2005, n. 8202, edite in forma combinata in *Foro it.*, 2005, I, pp. 1690 ss.

(3) Cfr. A. Proto Pisani, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, 2005, I, pp. 1699 ss.

(4) Sottolineata con efficacia da A. Carrato, *I motivi di ricorso*, in *Il nuovo giudizio...*, cit., p. 220, nota 8.

vare dal contenuto complessivo dell'atto. Le inammissibilità sono effettive e diventeranno strumento potente di deflazione e di dissuasione. Le improcedibilità sono estese al tempestivo deposito di tutto quanto serva a sorreggere le censure e rappresentano, in molti casi, una efficace «tagliola». Così come, è stato sottolineato, lo sarà la formulazione del quesito (5).

Per quello che si è potuto capire, e per quello che emerge dalle indicazioni giurisprudenziali espresse dalla Corte, il primo ostacolo da superare è forse il più alto, ed è quello che consente di giungere a discutere le censure in pubblica udienza. Il tasso di rimessione alla camera di consiglio ha assunto, infatti, livelli particolarmente significativi, tutti ancorati a una rigorosa lettura delle norme e a una puntigliosa verifica da parte dell'ufficio della sussistenza di tutti i requisiti previsti.

Numerose rimessioni al rito abbreviato riguardano ancora il principio di autosufficienza, rinvigorito dalla sua avvenuta codificazione. In questo contesto non è ancora chiaro il modo in cui saranno lette le improcedibilità collegate a quanto previsto dall'art. 369, comma 2, n. 4, né se vi sarà un rifiuto assoluto della Corte di andare a verificare il contenuto dei fascicoli di merito, spesso voluminosi e disordinati. È tuttavia prudente (per non dire prevedibile) attendersi il peggio e depositare nei venti giorni dalla notifica, oltre alla sentenza impugnata e alle istanze di trasmissione, tutti gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda, in aggiunta a quanto già contenuto nei fascicoli di merito. Con una cura particolare nel recupero tempestivo dei documenti depositati dalla controparte, non acquisiti in copia nel corso del giudizio di merito o, comunque, non disponibili.

Per fare qualche preliminare constatazione, è già emerso che non si può comunque fare affidamento sull'eventualità che il quesito di diritto sia ricavabile dal contenuto dell'atto o che la Corte, anche con riferimento agli *errores in procedendo*, provveda direttamente alla verifica degli atti di causa dopo averli individuati. Vi devono essere infatti nel ricorso indicazioni precise e puntuali, nonché citazioni testuali (6).

3. — *La individuazione della regola iuris* — Tra i suggerimenti che alcuni giudici della Corte in occasioni pubbliche hanno dato agli avvocati per rendere il loro lavoro conforme ai dettati del codice (e alle aspettative) va segnalato — oltre a quello di evitare di appesantire gli atti con una pignolesca quanto inutile riproduzione di tutte le date, le fasi e i passaggi

(5) Cfr. A. Proto Pisani, *Novità nel giudizio civile di cassazione*, in *Foro it.*, 2005, IV, p. 252, citato da B. Balletti, F. Minichiello, *Il nuovo contenuto del ricorso per cassazione*, in *Il nuovo giudizio...*, cit., p. 202.

(6) Cfr. Cass., Sez. III, 18 giugno 2007, n. 14133.

del giudizio di merito – quello di proporre ricorso soltanto dopo aver individuato: a) la *regula iuris* applicata nella decisione che si intende impugnare; b) la *regula iuris* che si assume violata. Se questa duplice individuazione non è possibile, allora il ricorso non si deve fare.

Tali indicazioni (esemplificative, non scontate e certamente apprezzabili) mettono a mio avviso in luce (oltre all'evidente fastidio che negli ambienti della Corte si prova nei confronti di un livello professionale giudicato inaccettabile e, soprattutto, origine di pratiche defatiganti) la diversa prospettiva e i rischi di incomunicabilità che si nascondono nell'assolvimento dei rispettivi ruoli. E comunque non sembrano del tutto aderenti a quelle che, a volte, sono la realtà del processo (non tutte le sentenze consentono di cogliere la *regula* tra espressioni ellittiche e allusive, nell'ambito di giudizi di merito complicati e complessi) e la funzione della difesa (che non può sempre, *a priori*, per esigenze di trasparenza e chiarezza indirizzare verso un solo bersaglio le proprie frecce).

Gli avvocati vivono spesso nel dubbio. I giudici cercano invece di fornire certezze. Sono soltanto pignolo, inadeguato o pigro io difensore che posso rendere più diretto, comprensibile ed efficace il mio atto, o negli anni non è stata anche fuorviante (o comunque origine di deviazioni) la giurisprudenza che, a volte senza ragionevolezza o coerenza, ha disomogeneamente ampliato le potenzialità applicative del principio di autosufficienza, inducendo ad affastellare citazioni e richiami al giudizio di merito non sempre pertinenti? Siamo certi che è sempre possibile individuare nelle decisioni di merito una *regula iuris* chiaramente espressa e di generale applicazione?

E comunque, quando le ipotesi sono più di una, la fattispecie è complessa e la soluzione data non è poi così chiara, perché devo assumermi io avvocato tutti i rischi di una semplificazione o di scelte nette e definitive? Se mi si chiede maggiore chiarezza e professionalità è certo che dovrò adeguarmi o passare la mano. Se mi si chiede di limitare le potenzialità, anche solo ipotetiche, delle possibilità di difesa, evitando di moltiplicare le censure e i quesiti, allora il discorso si fa più complesso, soprattutto in una fase caratterizzata dall'incertezza.

4. — *La valutazione di ricorribilità e la formulazione delle censure* — È indubbio che il primo passaggio che bisogna operare per giungere a una valutazione di ricorribilità o meno in sede di legittimità è quella di un'attenta lettura della decisione impugnata e di una presa d'atto di tutte le motivate valutazioni di merito in essa contenute. Subito dopo però occorre ripercorrere il processo e verificare sia la ricognizione operata della fattispecie concreta che la rispondenza di quanto avvenuto a regole fon-

damentali quali, ad esempio, il rapporto tra il chiesto e il pronunciato o l'applicazione del principio *iuxta alligata et probata partis*. Dopo di che occorre senz'altro individuare la regola posta a base della decisione.

Le affermazioni di principio e le norme applicate consentono di verificare se la ricognizione della fattispecie astratta disciplinata dalla norma è corretta o censurabile perché, in ipotesi, contraria a quella vivente indicata dalla giurisprudenza. Il vizio di violazione di legge corrisponde appunto alla individuazione di una errata ricognizione della fattispecie astratta e, quindi, alla interpretazione della disposizione applicata. Costituisce peraltro principio da tempo consolidato quello in base al quale è inammissibile quella censura che, pure formulata con il richiamo alla violazione o alla falsa applicazione di determinate norme, non contenga né la trascrizione delle affermazioni in diritto contenute nella sentenza impugnata che si assumono errate, né la proposizione di una diversa interpretazione delle norme che si assume corretta.

Un capitolo a parte è costituito dalla estensione della nomofilachia ai contratti collettivi, realizzatasi con la introduzione nei tipi di censura degli *errores in iudicando*. La verifica della violazione o della falsa applicazione di una disposizione pattizia con efficacia nazionale avrà come punto di riferimento non eludibile le tradizionali regole di interpretazione poste dal codice civile, anche se il nuovo *status* nella gerarchia delle fonti non potrà non far nascere esigenze di integrazione dei canoni e di una loro più ponderata comparazione (7).

La verifica, invece, di una corretta ricognizione della fattispecie concreta e delle valutazioni di merito che sono frutto di questa ricognizione può condurre soltanto alla proposizione di un vizio di motivazione, così come la chiara individuazione di fatti controversi e decisivi che risultano non oggetto di esame (8).

La falsa applicazione vive in un'area limitata, che è compatibile con una corretta interpretazione della norma e una adeguata ricognizione della fattispecie concreta, ma che presuppone una errata correlazione tra la norma di diritto (correttamente interpretata) e la fattispecie concreta (correttamente ricostruita). Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che non siano più ammissibili censure complesse, censure, cioè, che fanno leva e richiamano più vizi allo stesso tempo (vizi che traggono tutti comunque origine dalle diverse previsioni di cui si compone l'art. 360) (9).

(7) Anche su tale punto di estremo interesse è la recente Cass., Sez. lav., 21 settembre 2007, n. 19560, in questo fascicolo della *Rivista*, p. 585.

(8) Cfr. Cass., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 13066.

(9) Cfr. B. Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, pp. 217 ss.

Si tratta di vedere quindi che fine farà, in questo contesto, la contemporanea censura di violazione e falsa applicazione di legge, tradizionale caposaldo di molti ricorsi. La prudenza consiglia di eliminare la consuetudine, anche se è auspicabile una certa tolleranza.

Nel vizio di nullità della sentenza o del procedimento devono essere fatte confluire tutte le censure che fanno leva sulla violazione di regole processuali. La omessa pronuncia o il vizio di ultra o extrapetizione non devono essere indicati facendo riferimento all'art. 360, n. 3 (e quindi alla violazione di legge), ma all'art. 360, n. 4. La violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. (norma che rappresenta un caposaldo nella formulazione di molti ricorsi) non deve quindi essere mai accostata alla violazione di legge ma alla nullità del procedimento (10).

Sotto quest'ultimo profilo, mi auguro davvero che, con l'aria che tira, non si debba arrivare alla declaratoria di inammissibilità di censure che, senza fare nessun riferimento all'art. 360 (né al n. 3 né al n. 4), si limitino a lamentare semplicemente la violazione della norma e del principio sottostante. Un ultimo corollario riguarda l'*error in procedendo* e il principio di autosufficienza. Occorre ormai tenere presente che non si può più fare affidamento sull'autonoma rilettura degli atti processuali da parte della Corte, neanche sotto questo profilo. L'obbligo di riesame viene, infatti, strettamente correlato alla indicazione di tutte le precisazioni e i riferimenti necessari per individuare la dedotta violazione processuale.

5. — *Il quesito di diritto* — Il nuovo e più atteso protagonista della riforma processuale è senza dubbio il quesito di diritto che, a pena di inammissibilità, deve essere formulato a conclusione della illustrazione dei motivi proposti. È esclusa l'applicazione del nuovo istituto all'ipotesi prevista dal nuovo testo dell'art. 360, n. 5, che impone invece la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria ovvero delle ragioni che determinano la inadeguatezza della sentenza a decidere il caso.

Le prime indicazioni giurisprudenziali consentono di determinarne i contenuti, almeno sul piano teorico, e di affermare che l'esistenza di tale requisito deve essere espressa ed effettiva e non ricavabile o estrapolabile dal contesto dell'atto. Il quesito non può essere generico né complesso; deve avere efficacia generale ma, allo stesso tempo, contenere chiari riferimenti alla fattispecie; deve condurre all'affermazione di un principio di diritto, *regula iuris* del caso e di casi analoghi, e a una decisione effettiva della fat-

(10) Cfr. sul punto A. Carrato, *op. cit.*, p. 235 e *passim*; nonché Cass., Sez. III, 5 giugno 2007, n. 13059.

tispecie. Il quesito è inesistente se non è né specifico né decisivo (11); non può essere poi «meramente ripetitivo del contenuto della norma applicata dal giudice del merito» (12).

Il quesito non può contenere implicazioni o presupporre sottintesi, dal momento che nessun vizio che non risulti direttamente riflesso nella formulazione proposta può essere preso in considerazione; non può essere unico per l'intero ricorso ma deve essere formulato separatamente rispetto a ciascuna censura sollevata; deve essere riferibile alla fattispecie concreta, soprattutto ed espressamente quando attiene a una delle tante norme elastiche che disciplinano il diritto del lavoro o quando punta all'affermazione di un principio di diritto su di una norma vivente (cioè così come interpretata dalla giurisprudenza prevalente).

In un caso del tutto particolare (in quanto caratterizzato dalla proposizione di un quesito di diritto secondo le previsioni delle nuove norme processuali, prima però della entrata in vigore della riforma) un Collegio della Sezione lavoro ha espresso indicazioni interpretative tolleranti, sulla cui presa è tuttavia rischioso scommettere. In quella occasione si è, infatti, affermato che la Corte non sarebbe vincolata alla formulazione del quesito qualora esso non corrisponda anche in parte al vero contenuto del motivo e alla sua illustrazione. Anche in questo caso l'interpretazione degli atti processuali spetterebbe al giudice, con i soli limiti imposti dall'art. 112 cod. proc. civ., dal divieto di ultra ed extrapetizione, nonché di omissione anche parziale della pronuncia (13).

In una importante serie di sentenze emesse ai sensi dell'art. 420-*bis* cod. proc. civ. è stato di recente affermato che «quello che è sempre richiesto ai fini dell'ammissibilità è che a un motivo di ricorso o a una censura si accompagni almeno un unico quesito». A ciò si è aggiunto che «l'indebita frammentazione di un unico motivo (o di un'unica censura) in una pluralità di quesiti non porta di per sé all'inammissibilità del motivo allorquando il giudice sia in grado di ridurre a unità i quesiti formulati attraverso una interpretazione della lettura del contenuto del motivo (o della censura), che riesca agevole per la chiarezza del dato testuale e che non faccia sorgere, quindi, dubbi o perplessità» (14).

(11) Cfr. Cass., Sez. I, 7 giugno 2007, n. 13329 (ord.); Cass., Ss.Uu., 5 gennaio 2007, n. 36; Cass., Sez. Trib., 22 maggio 2007, n. 11682; nonché infine la rassegna di giurisprudenza in *Foro it.*, 2007, I, commi 1385 ss., con nota di R. Caponi.

(12) Cass., Sez. I, 22 giugno 2007, n. 14682 (estratto), in *Giust. Civ.*, 2007, n. 9, *Anteprima di giurisprudenza*, IV.

(13) Cass., Sez. lav., 24 luglio 2006, n. 16876, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1397.

(14) Così testualmente Cass., Sez. lav., 21 settembre 2007, n. 19560, cit.

6. — *La chiara indicazione del fatto controverso* — Deve infine essere rilevato che si è anche ritenuto che la necessità che il ricorso presenti apposta parte destinata ad adempiere alla funzione di cui all'art. 366-*bis* (al di là della parte dedicata alla esposizione del motivo) esiste anche per quanto attiene al motivo di ricorso ai sensi del n. 5 dell'art. 360. Il che significa che la inammissibilità scatta anche con riferimento alla mancanza di una «chiara indicazione del fatto controverso e decisivo in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria» o delle ragioni per le quali l'insufficienza della motivazione la renderebbe «inidonea a giustificare la decisione».

Anche se è vero che il legislatore non ha detto espressamente che l'illustrazione del motivo deve concludersi con quella «chiara indicazione» (ma ha solo imposto che il motivo la debba «contenere»), la Corte ha affermato che anche i requisiti sopra richiamati non possono essere desunti o estrapolati all'interno dell'esposizione della censura e all'esito della sua completa lettura. Essi devono emergere espressamente. In particolare, la chiara indicazione del fatto controverso rappresenta una parte specifica ed essenziale della censura, che non può mancare (15).

Il ricorso per cassazione ai sensi del n. 5 dell'art. 360 non può infatti più risolversi nell'investire la Corte del controllo *sic et simpliciter* dell'*iter* logico della motivazione. Esso non può essere del tutto svincolato rispetto allo scopo da raggiungere, che è la prospettazione di una decisione che non poteva non essere diversa. Ne discende che, nonostante la mancanza di riferimento alla conclusività, i requisiti concernenti la censura di cui al n. 5 devono consistere in una parte del motivo che si presenti a ciò specificamente destinata, con indicazioni espresse e puntuali.

Anche in questo caso, quindi, la censura non può essere ritenuta ammissibile se l'osservanza del requisito dell'art. 366-*bis* cod. proc. civ. può essere ricavata esclusivamente da una completa lettura del motivo (all'esito, cioè, di un'attività di interpretazione e di supplenza che la Corte non vuole più svolgere) e non da una precisa indicazione da parte del ricorrente. Ancora una volta viene pertanto affidata a una lettura rigorosa delle nuove regole processuali non soltanto la salvaguardia della funzione affidata dall'ordinamento alla Corte, ma anche, se non soprattutto, l'intento deflattivo che è all'origine della riforma.

(15) Così Cass., Sez. III, 18 luglio 2007, n. 16002 (ord.).

CASSAZIONE, 21 settembre 2007, n. 19560, Sez. lav. – Pres. Mattone, Est. Vidiri, P.M. Fuzio (concl. diff.) – Q. L. e C. R. (avv. Vitale) c. Trenitalia Spa (avv. Ozzola).

Controversie di lavoro – Ricorso per Cassazione – Quesiti – Inammissibilità del ricorso – Estremi.

L'art. 366-bis cod. proc. civ. non può essere interpretato nel senso che il quesito di diritto possa desumersi implicitamente dalla formulazione del motivo di ricorso, poiché una siffatta interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma in questione che ha introdotto, a pena di inammissibilità, il rispetto di un requisito formale che deve esprimersi nella formulazione di un esplicito quesito di diritto tale da circoscrivere la pronuncia del giudice nei limiti di un accoglimento o di un rigetto del quesito formulato dalla parte; quesito che deve trovare la sua collocazione a conclusione dell'illustrazione di ciascun motivo di ricorso, che, da sola, non è però sufficiente ai fini del rispetto della norma in esame. (1)

L'indebita frammentazione di un unico motivo (o di un'unica censura) in una pluralità di quesiti non porta di per sé all'inammissibilità del motivo allorquando il giudice sia in grado di ridurre a unità i quesiti formulati attraverso un'interpretazione della lettura del contenuto del motivo (o della censura), che riesca agevole per la chiarezza del dato testuale e che non faccia sorgere, quindi, dubbi o perplessità. (2)

(Omissis) 2.2. Ai fini di un ordinato *iter* argomentativo e di una consequenzialità logico-giuridica nei vari passaggi motivazionali fondanti i principi di diritto da enunciare in sentenza, appare necessario in via pregiudiziale un esame sull'ammissibilità del ricorso alla stregua del dettato dell'art. 366-bis cod. proc. civ.

2.3. Tale norma prevede che nei casi previsti dall'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, nn. 1, 2, 3 e 4, l'illustrazione di ciascun motivo debba concludersi, a pena di inammissibilità, con la formulazione di un quesito di diritto; di contro, in relazione al motivo di cui all'art. 360 cod. proc. civ., comma 1, n. 5, stabilisce che l'illustrazione del motivo debba contenere, sempre a pena di inammissibilità, la chiara indicazione del fatto controverso in relazione al quale la motivazione si assume omessa o contraddittoria, ovvero le ragioni per le quali la dedotta insufficienza della motivazione la rende inidonea a giustificare la decisione.

2.4. È stato dalle Sezioni Unite già statuito che l'art. 366-bis cod. proc. civ. non può essere interpretato nel senso che il quesito di diritto possa de-

sumersi implicitamente dalla formulazione del motivo di ricorso, poiché una siffatta interpretazione si risolverebbe nell'abrogazione tacita della norma in questione che ha introdotto, a pena di inammissibilità, il rispetto di un requisito formale che deve esprimersi nella formulazione di un esplicito quesito di diritto tale da circoscrivere la pronuncia del giudice nei limiti di un accoglimento o di un rigetto del quesito formulato dalla parte; quesito che deve trovare la sua collocazione a conclusione dell'illustrazione di ciascun motivo di ricorso (cfr. Cass., Ss.Uu., 26 marzo 2007, n. 7258, cui *adde*, Cass., Ss.Uu., 5 gennaio 2007, n. 36).

2.5. Nel caso previsto dall'art. 360 cod. proc. civ., n. 5, l'illustrazione del motivo deve contenere, come detto, ai sensi dell'art. 366-*bis* cod. proc. civ., «la chiara indicazione del fatto controverso» e la «dedotta insufficienza» della motivazione che rende inidonea a giustificare la decisione, dovendosi ravvisare la *ratio* del d.lgs. n. 40 del 2006, art. 6, nella codificazione del principio applicato dalla giurisprudenza di legittimità dell'autosufficienza del ricorso per Cassazione, come regola funzionalizzata a rafforzare la nomofilachia e, nello stesso tempo, ad agevolare, in applicazione del disposto dell'art. 113 Cost., comma 2, una ragionevole durata del processo.

2.6. Alla stregua dei principi innanzi enunciati, il ricorso e i diversi suoi motivi sono ammissibili, non potendosi in contrario addurre che a fronte di due motivi di ricorso i ricorrenti hanno formulato tre quesiti, per avere il primo e secondo quesito scomposto il primo motivo di ricorso.

Invero quello che è sempre richiesto ai fini dell'ammissibilità è che a un motivo di ricorso o a una censura si accompagni almeno un unico quesito. E invero l'indebita frammentazione di un unico motivo (o di un'unica censura) in una pluralità di quesiti non porta di per sé all'inammissibilità del motivo, allorquando il giudice sia in grado di ridurre a unità i quesiti formulati attraverso una interpretazione della lettura del contenuto del motivo (o della censura), che riesca agevole per la chiarezza del dato testuale e che non faccia sorgere, quindi, dubbi o perplessità. Fattispecie, questa, ben distinta da quella del motivo complesso, in cui uno stesso motivo include diverse censure, aventi un proprio, specifico e ben delimitato oggetto, a fronte della quale la Corte di Cassazione è tenuta, nel caso di operata enunciazione di un unico quesito, a scindere lo stesso alla luce della pluralità delle censure, mentre nel caso come quello della fattispecie in esame, in cui a ciascuna delle diverse censure corrisponde un distinto quesito, nessuna attività ricostruttrice o rettificatrice è richiesta alla Corte, la quale dovrà limitarsi a decidere su ogni quesito già formulato e dovrà, rispetto a ciascun di esso, enunciare, in funzione nomofilattica, il principio di diritto.

2.7. In termini riassuntivi può affermarsi, con una considerazione destinata, però, per la sua portata generale, a presentarsi con qualche margine di

inadeguatezza, che il rapporto richiesto ai sensi dell'art. 366-*bis* tra motivo (o censura) del ricorso e quesito di diritto cui deve corrispondere l'enunciazione da parte della Corte di un corrispondente principio è assimilabile, seppur con qualche approssimazione per la diversità della materia, al rapporto corrente tra motivazione e dispositivo della sentenza almeno per quanto attiene all'approccio interpretativo imposto alla Corte di Cassazione per decidere sull'ammissibilità del quesito, dovendo la decisione al riguardo parametrarsi sulla compatibilità e corrispondenza di esso con il motivo che lo sorregge, in termini analoghi a quelli che segnano la valutazione della corrispondenza tra motivazione e dispositivo della sentenza.

3. Alla stregua delle considerazioni sinora svolte la Corte è tenuta quindi a dare risposta sia al primo che al secondo quesito posto dai ricorrenti; quesiti la cui proposizione impone di premettere alcune considerazioni in materia di accertamento pregiudiziale (sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti e accordi collettivi nazionali) *ex* art. 420-*bis* cod. proc. civ.

(*Omissis*) 4.1. Nell'osservanza delle coordinate in precedenza tracciate, incentrate oltre che sulla funzione nomofilattica dei giudici di legittimità anche sulla regola dell'economia processuale, al primo interrogativo posto dai ricorrenti deve risponderci con l'enunciazione del principio di diritto secondo cui «alla immediata praticabilità dell'*iter* procedurale dettato dall'art. 420-*bis* cod. proc. civ., non osta la circostanza che la pregiudiziale sulla portata della disciplina collettiva si accompagni o meno ad altre questioni (anche esse pregiudiziali o preliminari ovvero che si presentano come logicamente antecedenti alla decisione finale), essendo richiesto unicamente che la suddetta pregiudiziale riguardi "l'efficacia, validità e interpretazione dei contratti e accordi collettivi" e che risulti, per il suo contenuto, suscettibile di sfociare in una definitiva nonché potenzialmente generale soluzione della questione posta e, conseguentemente, di rimuovere una situazione di incertezza (sorta nel corso di una controversia individuale di lavoro) attraverso uno strumento meramente processuale (sentenza non definitiva ricorribile in Cassazione), volto a provocare una pronunzia capace di vincolare tendenzialmente tutti i giudici investiti contestualmente o in futuro della medesima questione».

4.2. E come mero corollario della nuova e più incisiva dimensione ora assunta dalla funzione nomofilattica dei giudici di legittimità e di cui costituisce ulteriore e significativa espressione il disposto dell'art. 374 cod. proc. civ., comma 3 (riscritto dal già citato d.lgs. n. 40 del 2006, art. 8), voluto anche esso al fine di porre rimedio a una situazione caratterizzata dal frequente verificarsi di contrasti giurisprudenziali, si presenta pure la risposta da dare al secondo dei quesiti avanzati dai ricorrenti, che può enunciarsi quale principio di diritto nei seguenti testuali termini: «l'art. 420-*bis* cod. proc. civ. è applicabile anche nel caso in cui sulla stessa questione che si presenti come pre-

giudiziale nei termini indicati dalla suddetta norma si riscontrino precedenti arresti giurisprudenziali, stante l'autorità rafforzata, in termini di vincolatività per gli altri giudici, che la sentenza pronunciata all'esito dell'*iter* procedurale *ex art. 420-bis* cod. proc. civ. citato presenta rispetto a tutte le restanti decisioni della Corte di Cassazione». (*Omissis*)

OSSERVATORIO

LA CORTE COSTITUZIONALE LE DECISIONI NEL TRIMESTRE LUGLIO-SETTEMBRE 2007

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

SOMMARIO: 1. Illegittimità costituzionale della preclusione automatica e assoluta dall'assunzione a un nuovo impiego pubblico a causa della decadenza da un precedente impiego pubblico conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile.

1. — *Illegittimità costituzionale della preclusione automatica e assoluta dall'assunzione a un nuovo impiego pubblico a causa della decadenza da un precedente impiego pubblico conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile* — Il Tar della Puglia, Sez. Lecce, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 128, comma 2, d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo Unico delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato). La disposizione censurata stabilisce che l'impiegato dichiarato decaduto ai sensi della lettera *d* del comma 1 dell'art. 127 dello stesso decreto, e cioè quando sia accertato che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile, non può concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato. La questione è stata sollevata in un giudizio promosso da una docente per l'annullamento delle graduatorie permanenti del concorso, limitatamente alla sua mancata inclusione, in applicazione appunto dell'art. 128, comma 2, del d.P.R. n. 3 del 1957. La docente era stata dichiarata decaduta da un contratto annuale di insegnamento, avendo dichiarato di essere invalida civile, nonostante fossa affetta da minorazione fisica comportante una riduzione della capacità lavorativa inferiore al minimo previsto dalla legge per l'applicazione delle norme di tutela in materia di diritto al lavoro dei disabili. Il giudizio avverso il decreto di decadenza si era concluso con la sentenza di rigetto dell'impugnativa, passata in giudicato, avendo il giudice ritenuto non scusabile, né inevitabile l'ignoranza della misura di invalidità minima prevista dalla legge. Il Tar ha chiamato la Consulta a valutare se la norma censurata, anche in considerazione del carattere definitivo della esclusione dai concorsi ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato, violi: a) l'art. 3 Cost., per irragionevolezza, atteso che la diversa gravità obiettiva dei fatti pre-

supposti (dal reato di falso alla irregolarità documentale) contrasterebbe con il principio – enucleato dalla giurisprudenza costituzionale – della gradualità sanzionatoria e del tendenziale superamento di sanzioni rigide, volto a salvaguardare il parallelismo fra gravità delle condotte e conseguenze sanzionatorie; b) gli artt. 4, 35 e 51 Cost., essendo il difetto di ragionevolezza suddetto di tale gravità da comprimere altri diritti a valenza costituzionale, quali il diritto al lavoro e il diritto di accedere agli uffici pubblici; c) l'art. 97 Cost., sotto il profilo che, impedendo definitivamente ad alcuni soggetti di partecipare alle selezioni per l'accesso agli impieghi pubblici senza la verifica in concreto della presenza di gravi elementi ostativi, sarebbe violato il principio del buon andamento della pubblica amministrazione in riferimento alla migliore utilizzazione delle risorse professionali potenzialmente a disposizione. La Corte Cost. ha ritenuto la questione fondata (1). Il giudice delle leggi ha preliminarmente rilevato che nell'ambito dei requisiti generali per l'accesso all'impiego pubblico, l'art. 2, comma 5, del Testo Unico n. 3 del 1957 prevede alcune limitazioni. Non possono accedere all'impiego: a) coloro che siano esclusi dall'elettorato attivo (in base all'art. 2 del d.P.R. 20 marzo 1967, n. 223, contenente «Approvazione del Testo Unico delle leggi per la disciplina dell'elettorato attivo e per la tenuta e la revisione delle liste elettorali», coloro che sono sottoposti a misure di prevenzione e sicurezza e coloro ai quali è stata inflitta l'interdizione perpetua o temporanea – per il tempo della stessa – dai pubblici uffici, sempre che sia intervenuto un provvedimento definitivo); b) coloro che siano stati destituiti (all'esito del procedimento disciplinare) o dispensati (per insufficiente rendimento) dall'impiego. L'art. 128, comma 2, del Testo Unico n. 3 del 1957 aggiunge una limitazione all'accesso per l'impiegato dichiarato decaduto «quando sia accertato che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi o viziati da invalidità non sanabile» (art. 127, comma 1, lettera *d*). Questa norma persegue due obiettivi conformi alla Costituzione. Il primo è di vietare l'instaurazione del rapporto di impiego con soggetti che abbiano agito in violazione del principio di lealtà (art. 98 Cost.). Il secondo è di tutelare l'eguaglianza dei concorrenti, pregiudicati dalla sleale competizione con chi abbia partecipato alla selezione con documenti falsi o viziati (art. 97 Cost.). Tuttavia la Corte

(1) Corte Cost., sentenza 11-27 luglio 2007, n. 329 – Pres. Bile; Red. Cassese:

La Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 128, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3 (Testo Unico delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato), nella parte in cui non prevede l'obbligo dell'amministrazione di valutare il provvedimento di decadenza dall'impiego, emesso ai sensi dell'art. 127, comma 1, lettera d, dello stesso decreto, al fine della ponderazione della proporzione tra gravità del comportamento e divieto di concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato.

ha ritenuto che la norma censurata non sia conforme al principio, «che è alla base della razionalità che domina “il principio di uguaglianza”» (sentenza n. 16 del 1991) di cui all'art. 3 Cost., di adeguatezza tra illecito amministrativo e sanzione (cfr. sentenza n. 270 del 1986). Infatti, la preclusione prevista nell'art. 128 censurato colpisce per una durata illimitata nel tempo e automaticamente, senza distinzione, tutti i comportamenti (dalle varie fattispecie di reato in tema di falsità alla produzione di documenti viziati da invalidità non sanabile) rientranti nell'area della decadenza dall'impiego disciplinata dall'art. 127 dello stesso Testo Unico. La Corte Cost. ha quindi affermato la necessità che l'amministrazione valuti il provvedimento di decadenza emesso ai sensi dell'art. 127, comma 1, lettera *d*, dello stesso decreto, per ponderare la proporzione tra la gravità del comportamento presupposto e il divieto di concorrere ad altro impiego; potere di valutazione analogo a quello riconosciuto dalla stessa Corte ai fini dell'ammissione al concorso, con riferimento alla riabilitazione ottenuta dal candidato (sentenza n. 408 del 1993). La discrezionalità che l'amministrazione pubblica eserciterà in tal modo sarà limitata dall'obbligo di tenere conto dei presupposti e della motivazione del provvedimento di decadenza, ai fini della decisione circa l'ammissione a concorrere ad altro impiego nell'amministrazione. La Corte Cost. ha pertanto dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 128, comma 2, del d.P.R. n. 3 del 1957, nella parte in cui, facendo discendere automaticamente dalla dichiarazione di decadenza il divieto di concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato, non prevede l'obbligo dell'amministrazione di valutare il provvedimento di decadenza dall'impiego, emesso ai sensi dell'art. 127, comma 1, lett. *d*, dello stesso decreto, al fine della ponderazione della proporzione tra gravità del comportamento e divieto di concorrere ad altro impiego nell'amministrazione dello Stato.

SICUREZZA SOCIALE

*(a cura di Lorenzo Fassina)*SOMMARIO: 1. *Status* di disoccupato e legislazione regionale.

1. — *Status di disoccupato e legislazione regionale* — La conservazione dello *status* di disoccupato non è possibile al di fuori delle ipotesi previste dalla legislazione statale di principio, vincolante per le Regioni, di cui all'art. 4 del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181. La legge regionale impugnata (legge Regione Puglia 9 febbraio 2006, n. 4) prevedeva la conservazione dello *status* di disoccupato in caso di accettazione di un lavoro temporaneo o a tempo determinato per un periodo più lungo di quello indicato dalla legge statale e indipendentemente dal reddito che ne potesse derivare, mentre il d.lgs. n. 181 del 2000 ne ha previsto un preciso tetto. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 268/2007 (1), dopo aver rigettato la questione in relazione alla presunta violazione della competenza esclusiva statale *ex* art. 117, comma 2, Cost. (in quanto la legge regionale non riguarda l'accesso alle prestazioni previdenziali, bensì solo lo *status* di disoccupato), l'ha invece ritenuta fondata in riferimento all'art. 117, comma 3, Cost., perché le norme regionali impuginate rientrano nella materia della tutela e sicurezza del lavoro e ledono le prerogative dello Stato riguardo alla determinazione dei principi fondamentali in materia di competenza legislativa concorrente. A tal proposito, il giudice delle leggi ha richiamato la precedente giurisprudenza costituzionale (sentenze n. 50, n. 219 e n. 384 del 2005) con la quale ha affermato che le disposizioni dirette a regolare, favorendolo, l'incontro tra domanda e offerta di lavoro attengono appunto alla tutela del lavoro. Il legislatore statale, con l'art. 4 del d.lgs. n. 181 del 2000, ha posto la normativa di principio regolamentando lo stato di disoccupazione o di inoccupazione, prevedendo poi le evenienze che conducono alla perdita dello stesso e, a contrario, le condi-

(1) Corte Cost., 13 luglio 2007, n. 268 – Pres. Bile, Red. Amirante:

Dichiara l'illegittimità costituzionale della legge della Regione Puglia 9 febbraio 2006, n. 4 (Conservazione dello stato di disoccupazione e dei relativi diritti).

zioni necessarie per conservarlo, e demandando alle Regioni la determinazione di procedure uniformi in materia di accertamento del predetto stato sulla base di principi ivi testualmente stabiliti. Conseguentemente, secondo la Corte, la disciplina regionale, disciplinando lo «stato» di disoccupato, deve essere dichiarata illegittima perché contrastante con il riparto costituzionale delle competenze legislative tra lo Stato e le Regioni.

RAPPORTO DI LAVORO

CASSAZIONE, 9 maggio 2007, n. 10549, Sez. lav. – Pres. Mattone, Rel. Miani Canevari, P.M. Abbritti (concl. rig.) – Banca Roma Spa (avv. Perone) c. B. G. (avv. Milani).
(Rigetta, Corte d'App. L'Aquila, 22 Luglio 2004).

Lavoro all'estero – Licenziamento ingiustificato – Legge applicabile – Criteri ex art. 16 Convenzione di Roma – Limite dell'ordine pubblico – Accertamento d'ufficio della legge straniera.

Lavoro all'estero – Licenziamento ingiustificato – Contrasto con l'ordine pubblico della legge straniera – Tutela.

Per l'esame della controversia promossa da lavoratore dipendente di datore italiano per la dichiarazione di illegittimità di un licenziamento irrogato in relazione a rapporto di lavoro sorto ed eseguito all'estero e regolato dalla legge del luogo della prestazione lavorativa – secondo i criteri della Convenzione di Roma del 19 luglio 1980 sulle obbligazioni contrattuali, attuata dalla legge di ratifica 18 dicembre 1984, n. 975, e dalla legge 31 maggio 1995, n. 218 –, ai fini dell'individuazione della normativa applicabile e del principio che, ove la legge dello Stato estero non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato, deve farsi applicazione della legge italiana, l'accertamento della legislazione straniera è compiuto di ufficio dal giudice. A tale riguardo di fronte alla conoscenza della norma straniera il giudice italiano si pone nella stessa posizione che assume nei confronti della normativa italiana, trovando applicazione l'art. 113 del codice di procedura civile, che attribuisce in via esclusiva al giudice il potere di individuare le norme applicabili alla fattispecie, ricorrendo a qualsiasi canale di informazione e utilizzando anche le sue conoscenze personali o la collaborazione delle parti. Ove, in esito a tale verifica, escluda l'applicazione della legge straniera e ritenga applicabile quella italiana in materia di licenziamenti, il giudice farà applicazione di tutte le norme da questa previste, ivi comprese le garanzie conseguenti alla declaratoria di illegittimità del licenziamento previste dall'art. 18

della legge 20 maggio 1970, n. 300 (Nel caso di specie, la Corte Suprema ha confermato la sentenza di merito che, in sede di rinvio, aveva ritenuto che la legislazione dello Stato di New York, luogo della prestazione – applicabile secondo i criteri di collegamento della Convenzione –, non fosse compatibile con l'ordine pubblico italiano in quanto non assicura in via generale una tutela contro i licenziamenti ingiustificati). (1)

(*Omissis*)

1. Con il primo motivo di ricorso si denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto in relazione all'art. 16 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, ratificata dalla legge n. 975 del 1984, art. 16, comma 2, nonché della legge n. 218 del 1995, artt. 16 e 57.

Si sostiene che l'applicazione della legge n. 218 del 1995, art. 16, comma 2, si pone in violazione dell'art. 57 della medesima legge, secondo cui le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla citata Convenzione di Roma del 19 giugno 1980; tale disposizione non consente di far riferimento a regole desunte da altre diverse fonti normative, come la stessa legge n. 218 del 1995.

Erroneamente, quindi, la sentenza impugnata ha ritenuto di poter richiamare l'art. 16 di questa legge, anziché l'art. 16 della Convenzione di Roma.

Questa esclude che dalla disapplicazione di una norma di diritto straniero derivi un'automatica applicazione della legge generale interna, e postula la ricerca di soluzioni attraverso il ricorso a criteri alternativi e sussidiari; i principi ascrivibili all'ordine pubblico non devono essere necessariamente realizzati attraverso il diritto interno, poiché è concepibile una loro realizzazione anche attraverso un diritto straniero compatibile.

2.1. Con il secondo motivo si denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 384 cod. proc. civ., con riferimento all'art. 7 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980; si assume che il giudice del rinvio non si è attenuto al principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione nella sentenza di annullamento, con cui si è stabilito che la legge applicabile nella controversia doveva essere individuata secondo le disposizioni della citata Convenzione.

2.2. Si osserva inoltre che la stessa sentenza rescindente esclude che la disciplina relativa alla tutela reale per i licenziamenti ingiustificati costituisca «norma di applicazione necessaria», contrariamente a quanto affermato dal giudice del rinvio.

3. Con il terzo motivo, denunciandosi i vizi di violazione e falsa applicazione della legge n. 218 del 1995, art. 14, nonché insufficiente e contraddittoria motivazione, si censura il giudizio espresso nella sentenza oggi impugnata in ordine alla insussistenza nell'ordinamento statunitense di un si-

stema di tutela, in via generale, contro i licenziamenti ingiustificati; giudizio fondato solo sull'esame di una sentenza della Corte d'Appello di New York.

Si sostiene, al contrario, che tale tutela è ravvisabile in relazione alla generale erosione della dottrina di ciò che viene definito *employment at will*, cioè del contratto di lavoro subordinato senza limiti alla libertà di recesso delle parti, in relazione alle numerose eccezioni derivanti da principi generali di ordine pubblico, da vincoli scaturenti implicitamente dal comportamento delle parti del rapporto di lavoro, e infine da previsioni di leggi statali e federali (*New York employment relations Act, National labour relations Act, Employee retirement income security Act, Occupational safety and health Act, Family and medical Act*).

4. I motivi, che possono essere esaminati congiuntamente per la loro connessione, seguendo l'ordine logico delle questioni, non meritano accoglimento.

4.1. La Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, ratificata con legge 18 dicembre 1984, n. 975, stabilisce all'art. 4, comma 1, il principio generale secondo cui il contratto è regolato, in mancanza di scelta dei contraenti, dalla legge del paese con il quale il collegamento è più stretto; dopo aver disciplinato l'ipotesi in cui una parte del contratto sia separabile dal resto, detta nei commi successivi i criteri di applicazione della suddetta regola.

Il successivo art. 7 prevede il caso in cui può essere riconosciuta efficacia, nell'applicazione (secondo la Convenzione) della legge di un dato paese, alle norme imperative di un altro paese.

L'art. 16 della medesima Convenzione stabilisce che «l'applicazione di una norma della legge designata dalla presente Convenzione può essere esclusa solo se tale applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del Foro».

4.2. La legge 31 maggio 1995, n. 218, di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, stabilisce all'art. 57 che «le obbligazioni contrattuali sono in ogni caso regolate dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, resa esecutiva con la legge 18 dicembre 1984, n. 975, senza pregiudizio delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili».

La stessa legge dispone peraltro all'art. 16, comma 1, che «la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico», stabilendo poi, al successivo comma 2, che «in tal caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana».

4.3. La disposizione dell'art. 16 della Convenzione di Roma esclude che nell'ipotesi ivi prevista le regole fissate dalla medesima disciplina possano tro-

vare applicazione, e che quindi possa anche operare il richiamo alla stessa Convenzione contenuta nella legge n. 218 del 1995, art. 57.

Non rileva, quindi, il contenuto meramente negativo della clausola dell'ordine pubblico stabilita dalla suddetta disposizione, perché questa, escludendo l'applicazione della disciplina dettata da tale testo normativo per l'identificazione della legge che deve regolare il contratto, impone necessariamente di far riferimento, a tal fine, ad altra fonte di diritto, che può essere rinvenuta solo nel principio dettato dalla legge n. 218 del 1995, art. 16.

La sentenza impugnata sfugge dunque alle critiche mosse sia con il primo motivo, sia con la denuncia di violazione dell'art. 384 cod. proc. civ., perché l'applicazione del criterio fissato della norma da ultimo richiamata risulta conforme al principio di diritto enunciato dalla sentenza di annullamento.

5. Va ora esaminata la questione dei presupposti per l'operatività della clausola dello stesso art. 16, comma 2, in relazione al principio di diritto stabilito dalla Corte di Cassazione (secondo cui «è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato»).

5.1. Ai sensi della legge 31 maggio 1995, n. 218, art. 14, l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice; la norma enuncia così un principio di parità di trattamento rispetto alle leggi dello Stato, sicché di fronte alla conoscenza della legge straniera il giudice italiano si pone nella stessa posizione che assume nei confronti della normativa italiana, trovando in conseguenza piena applicazione l'art. 113 cod. proc. civ., che attribuisce in via esclusiva al giudice il potere di individuare le norme applicabili alla fattispecie dedotta in giudizio, ricorrendo a qualsiasi canale di informazione e utilizzando anche le sue conoscenze personali o la collaborazione delle parti (cfr. Cass. 12 novembre 1999, n. 12538, 26 febbraio 2002, n. 2791).

5.2. Il giudice del rinvio ha correttamente tratto una sintesi dell'assetto normativo vigente in materia nello Stato di New York dalla sentenza della *New York Court of Appeals* del 25 febbraio 2003 (*Horn v. New York Times*, 100 N.Y. 2d 85, 2003): un esame dell'elaborazione giurisprudenziale giustifica l'affermazione secondo cui nell'ordinamento di quello Stato opera tuttora la tradizionale dottrina dell'*employment at will*, traducibile come rapporto di lavoro a tempo indeterminato con libertà di recesso di entrambi i contraenti. Secondo questa dottrina, la stipulazione del contratto *for an indefinite term* (a tempo indeterminato) comporta che il rapporto può essere risolto liberamente da ciascuna delle parti *at any time for any reason or even no reason* (in qualunque momento, per qualunque ragione o anche nessuna ragione) come si legge in *Murphy v. American Home Prod.*, 58 N.Y. 2d 293, 1983, che cita un risalente orientamento.

In questo sistema, il termine *wrongful discharge* (equivalente a licenziamento illegittimo) non può essere riferito al recesso privo di causa giustificativa, perché riguarda solo il licenziamento intimato per motivi contrari all'ordinamento o in violazione di obblighi assunti con il contratto. Così, si afferma nella sentenza del caso Horn che mentre la legislazione ha introdotto significative norme antidiscriminatorie, specialmente con il *National labour relations Act* del 1935 e il *Civil rights Act* del 1964, «le Corti americane si sono mostrate caute nel creare eccezioni di *common law* alla regola (generale) e riluttanti a espandere eccezioni già riconosciute» come quelle riconducibili a un dovere di correttezza e buona fede implicito nel contratto stipulato (*obligation of good faith and fair dealing*): e quindi (citandosi la decisione del caso Murphy) che *under New York law as it now stands, absent a constitutionally impermissible purpose, a statutory proscription, or an express limitation in the individual contract of employment, an employer right at any time to terminate an employment at will remains unimpaired* (per l'attuale legislazione di New York, quando non ricorra un intento costituzionalmente illecito, una prescrizione di legge, o un'espressa limitazione nel contratto individuale di lavoro, il diritto del datore di recedere liberamente in ogni momento dal contratto rimane illimitato).

Ai fini dell'indagine qui svolta (che riguarda, come si è detto, l'esistenza di una regola generale di necessaria giustificazione del licenziamento) non rilevano le norme antidiscriminatorie introdotte da leggi federali e dello Stato che vietano il licenziamento basato su fattori di discriminazione quali sesso, razza, religione, condizioni di disabilità o altro, né la particolare previsione di una legge penale (*N.Y. Penal Law 215.14*) dell'illegittimità del licenziamento motivato dalla testimonianza resa da un dipendente in un processo.

Va peraltro rilevato che nel caso Lobosco *v.* New York Telephone Company/Ninex, 96 N.Y. 2d 312 (2001) si è affermato che *New York does not recognize the tort of wrongful discharge, and there is no exception for firings that violate public policy, such as a discharge for exposing an employer's illegal activities* (New York non riconosce l'illecito di *wrongful discharge*, e non sussiste un'eccezione per i licenziamenti che violano i principi del sistema legale, come nel caso di licenziamento intimato al dipendente per aver denunciato attività illegali del datore di lavoro).

Nel caso Sabetay *v.* Sterling Drug, 69 N.Y. 2d 329 (1987) la Corte ha escluso di poter ravvisare nel contratto di lavoro un patto implicito di buona fede (*covenant of good faith and fair dealing*) tale da rendere illecito il licenziamento di un dipendente motivato con il suo rifiuto di partecipare a condotte scorrette.

Nel caso Wieder *v.* Skala, 80 N.Y. 2d 628 (1992), in cui si discuteva dell'illegittimità del licenziamento di un associato di uno studio legale, che aveva

denunciato a un'autorità disciplinare il comportamento scorretto di un altro associato, la Corte è giunta a una diversa soluzione in ordine alla configurabilità di una violazione di obblighi derivanti dal contratto (*breach of contract*), in considerazione degli specifici patti che legavano gli associati dello studio.

Nel citato caso Horn, la Corte ha peraltro ribadito il proprio orientamento escludendo che la *narrow exception* (stretta eccezione) alla «regola tradizionale» – affermata nel caso Wieder – potesse operare per il licenziamento di un medico che forniva prestazioni sanitarie ai dipendenti di un importante organo di stampa (era stata dedotta l'illegittimità del recesso motivato dal rifiuto del sanitario di trasmettere informazioni riservate sui pazienti). In un passo finale della decisione, che chiarisce assai bene l'orientamento della giurisprudenza sul punto, si legge quanto segue.

We have constantly declined to create a common law tort of wrongful or abusive discharge, or to recognize a covenant of good faith and fair dealing to imply terms grounded in a conception of public policy into employment contracts, as the dissent would have us do, and we again decline to do so (Abbiamo costantemente rifiutato di creare un illecito di *common law* di licenziamento illegittimo o abusivo, o di riconoscere un patto di buona fede e correttezza, tale da implicare nei contratti di lavoro delle condizioni fondate su una concezione dei principi del sistema legale, come vorrebbe l'opinione dissenziente, e ancora rifiutiamo di farlo).

6. In relazione al profilo di censura di cui sopra, *sub* 2.2., resta da esaminare – una volta stabilita l'applicazione della legge italiana in base alla regola dettata dalla legge n. 218 del 1995, art. 16, u.c. – la questione della identificazione della norma concretamente applicabile in luogo di quella contraria all'ordine pubblico (la regola della libertà di recesso, in quanto esclude la tutela contro il licenziamento ingiustificato).

La sentenza di annullamento, mentre include tra i principi dell'ordine pubblico la regola di stabilità del posto di lavoro (corrispondente al principio di giustificazione necessaria dell'esercizio della facoltà di recesso), afferma anche, quanto alle conseguenze del licenziamento intimato in violazione di questo principio, che la disciplina della tutela reale di cui alla legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, non ha il connotato dell'ordine pubblico; che «di tale dimensione» (dell'ordine pubblico) «fa parte non il concreto meccanismo attraverso il quale di tale dimensione si sanziona il recesso ingiustificato del datore di lavoro, bensì il principio che questi non possa a proprio arbitrio recedere dal rapporto». A tale enunciazione la decisione della Corte di Cassazione fa seguire questa affermazione: «solo ove, in esito a tale verifica, si dovesse escludere l'applicazione della legge straniera e ritenere applicabile la legge del Foro, le conseguenze saranno quelle da questa concretamente previste».

In base al principio di diritto stabilito dalla sentenza rescindente, l'applicazione della normativa italiana sui licenziamenti comporta dunque anche l'operatività delle garanzie poste dalla *lex fori* per l'ipotesi di licenziamento illegittimo.

A tale principio si è attenuto il giudice di rinvio, con l'applicazione nel caso in esame della tutela prevista dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 18.

7. Il ricorso deve essere respinto con la condanna della parte ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio liquidate come in dispositivo.

(*Omissis*)

(1) IL PRINCIPIO DI GIUSTIFICAZIONE NECESSARIA DEL LICENZIAMENTO COME PRINCIPIO DI ORDINE PUBBLICO

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di Cassazione ha ribadito l'orientamento precedentemente espresso in merito alla riconducibilità all'ordine pubblico del principio di giustificazione necessaria del licenziamento (Il principio di diritto è stato solennemente affermato dalla Suprema Corte nella sentenza n. 15882 del 11 novembre 2002, rispetto alla quale sono stati elaborati numerosi contributi; si consultino in particolare: C. Ogriseq, *Recesso libero e limite dell'ordine pubblico*, in *Mass. giur. lav.*, 2003, pp. 357 ss.; C. Fossati, *La stabilità del rapporto di lavoro, ma non la regola della reintegrazione automatica, costituisce espressione dell'ordine pubblico internazionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, pp. 663 ss.; I. Azzolini, *Rapporti di lavoro di diritto estero: normativa applicabile*, in *Dir. prat. lav.*, 2003, pp. 395 ss.).

La pronuncia si inserisce in una lunga e articolata vicenda giudiziaria, relativa a un rapporto di lavoro instaurato tra un cittadino italiano e la Banca di Roma, integralmente eseguito presso la filiale di New York della Banca medesima, e ivi risolto. Il dipendente, citata in giudizio la datrice di lavoro, aveva dedotto l'illegittimità del licenziamento intimato in assenza di giusta causa o giustificato motivo, e aveva domandato la reintegrazione nel posto di lavoro. La domanda, rigettata nei gradi di merito (Per la pronuncia di primo grado cfr. Pret. Roma 8 gennaio 1998, in *Not. giur. lav.*, 1998, pp. 18-19), era stata infine accolta in sede di legittimità.

La Suprema Corte, infatti, avvalendosi dei criteri di collegamento stabiliti dalla Convenzione di Roma del 1980 – art. 6, par. 2, lett. *a* – aveva riconosciuto come legge applicabile a un rapporto di lavoro sorto, spiegato, e risolto all'estero, in mancanza di diversa indicazione delle parti, quella del luogo di esecuzione del contratto, ossia la legge dello Stato di New York; pur tuttavia, ne aveva escluso in concreto l'operatività, attesa la contrarietà con l'ordine pubblico di una legge che non prevedesse alcuna tutela contro un licenziamento ingiustificato (art. 16, Convenzione di Roma).

La Cassazione aveva, quindi, accolto il ricorso, cassato la sentenza e rinviato la controversia alla Corte d'Appello de L'Aquila designata quale giudice del rinvio.

La Corte territoriale, in ottemperanza ai principi di diritto stabiliti dalla Suprema Corte – e segnatamente, per l'appunto, al riconoscimento della manifesta incompatibilità con l'ordine pubblico di una legge che non avesse apprestato alcuna tutela contro un licenziamento non sorretto da giusta causa o giustificato motivo –, e ritenendo,

perciò, applicabile la legge italiana, aveva dichiarato illegittimo il licenziamento ingiustificato, e condannato la Banca a reintegrare il dipendente nel posto di lavoro. Avverso tale sentenza la Banca di Roma ha proposto ricorso per cassazione articolato in tre motivi che, in ragione della intrinseca connessione logico-giuridica, sono stati esaminati dalla Corte congiuntamente e rigettati.

Orbene, la fattispecie in analisi riguarda essenzialmente l'individuazione della legge applicabile a rapporti di lavoro che presentano profili di estraneità rispetto all'ordinamento italiano; tale indagine deve essere condotta con l'ausilio dei criteri di collegamento delineati dalla legge di riforma del diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n. 218) [Sulla legge applicabile ai rapporti di lavoro con elementi di internazionalità si consultino: R. Monaco, *L'efficacia della legge nello spazio (diritto internazionale privato)*, in F. Vassalli (sotto la direzione di), *Trat. dir. civ. it.*, vol. I, tomo 4, 1964, pp. 303-309; M. E. Corrao, *I rapporti di lavoro nella Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, n. 1, pp. 79 ss.; P. Magno, *La disciplina del lavoro italiano all'estero dopo l'entrata in vigore della Convenzione di Roma del 1980*, in *Dir. lav.*, 1992, pp. 33 ss.; A. Lyon-Caen, S. Sciarra, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in Aa.Vv., *I contratti di lavoro internazionali*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1998, pp. 9 ss.; M. Magnani, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Studi in memoria di Salvatore Hernandez*, in *Dir. lav.*, 2003, pp. 405 ss.; C. Timellini, *L'incidenza del principio di ordine pubblico sull'individuazione della disciplina dei rapporti di lavoro all'estero*, in *Dir. lav.*, 2003, pp. 223 ss.].

Giova, dunque, prima di addentrarsi nell'esame dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte, procedere a una sintetica ricognizione dei profili fondamentali della disciplina nel cui novero la fattispecie si inserisce.

La legge che disciplina il diritto internazionale privato, pur predeterminando numerosi criteri di collegamento relativi alle molteplici e variegate fattispecie che possono interessare rapporti giuridici transnazionali, tuttavia non indica, in via diretta e immediata, il criterio di collegamento utilizzabile per le obbligazioni contrattuali, limitandosi a rinviare a quelli stabiliti dalla Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (art. 57, legge n. 218/95) (Cfr. M. V. Benedettelli, *Art. 57*, in S. Bariatti (a cura di), *Legge 31 maggio 1995, n. 218. Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1996, pp. 1360-1390).

L'individuazione della legge applicabile a rapporti di lavoro transnazionali deve, quindi, essere effettuata alla stregua dei criteri contemplati all'interno della Convenzione di Roma, generali (artt. 3 e 4) [Il criterio principe sancito dall'art. 3 della Convenzione di Roma consiste nella volontà delle parti, le quali si accordano in ordine alla scelta della legge che dovrà regolare il contratto (cd. *lex voluntatis*); sussidiariamente – nelle ipotesi di mancanza assoluta di scelta, o ancora, ove la medesima non risulti conforme al disposto dell'art. 3 per inesistenza o invalidità del consenso dei contraenti, oppure per frazionamento incoerente (cd. *dépeçage*) – viene indicato il criterio del «collegamento più stretto» esistente tra il contratto e l'ordinamento di un paese, generalmente e presuntivamente identificato come quello di residenza della parte onerata di eseguire la «prestazione caratteristica». Per un approfondimento dei criteri sussidiari si veda M. Frigo, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le*

norme imperative nella Convenzione di Roma, in G. Sacerdoti, M. Frigo, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, 1994, pp. 17 ss.], ovvero speciali (art. 6) [Criteri peculiari sono stati delineati per i rapporti connotati da un intrinseco squilibrio contrattuale, quali i contratti conclusi con i consumatori (art. 5) e i contratti di lavoro (art. 6), al fine di apprestare un'adeguata tutela per il contraente debole. In disparte l'analisi dei primi, giova rammentare la duplice deroga introdotta in materia di lavoro, in virtù della quale al par. 1 viene stabilito il principio del *favor laboris*, che garantisce al lavoratore il mantenimento delle tutele previste dalle norme imperative della legge che regolerebbe il contratto in mancanza di scelta (art. 6, par. 2); al par. 2 vengono, inoltre, enunciati i criteri della *lex loci laboris* (sub lett. a) e della *lex contractus* (sub lett. b), mediante i quali può essere designata la legge regolativa del contratto in mancanza di scelta dei contraenti, e in deroga al criterio sussidiario dell'art. 4., sempre che non sussista un collegamento più stretto con un altro paese. Per una dettagliata analisi dei criteri introdotti dalla Convenzione in materia di contratti di lavoro, nonché del rapporto tra le norme imperative, di cui all'art. 6, e le norme di applicazione necessaria, di cui all'art. 7, si rinvia a: A. Lyon-Caen, S. Sciarra, *op. cit.*; C. Timellini, *op. cit.*, pp. 226 ss.; per il secondo aspetto si veda anche M. Magnani, *op. cit.*, pp. 407 ss.; più in particolare sull'art. 6, cfr. L. Ficari Masi, *Art. 6*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, pp. 1001 ss.]; e però la legge così individuata, prima di poter essere applicata al caso concreto, dovrà superare il vaglio di compatibilità con l'ordine pubblico, quale limite imposto dall'ordinamento italiano all'operatività al proprio interno di norme straniere (art. 16 Convenzione di Roma e art. 16, legge n. 218/95). Lo scrutinio di compatibilità, secondo quanto espressamente chiarito all'interno della relazione Giuliano e Lagarde (che accompagna la Convenzione di Roma del 1980), deve essere specifico e concreto; deve, quindi, verificare il risultato concreto che scaturirebbe dall'applicazione di una ben determinata disposizione della legge straniera designata dalla Convenzione, e non intervenire astrattamente e globalmente contro la legge stessa.

L'ordine pubblico, infatti, costituisce un limite successivo e negativo all'applicabilità delle leggi straniere individuate mediante le norme di conflitto [Queste caratteristiche distinguono l'ordine pubblico dalle norme di applicazione necessaria (art. 17, legge n. 218/95), le quali, invece, costituiscono un limite ben più pregnante al normale funzionamento del diritto internazionale privato, giacché impediscono *ab origine* la ricerca stessa di una legge straniera da applicare; per tale ragione esse vengono intese come limite preventivo e positivo]; invero, lo scrutinio di compatibilità postula la preventiva determinazione della norma straniera applicabile al caso concreto, il cui esito negativo preclude l'applicazione della norma stessa da parte del giudice.

In definitiva, l'ordine pubblico si manifesta come strumento di protezione adottato dall'ordinamento nazionale di fronte al diritto straniero, ovvero come imprescindibile valvola di sicurezza (Cfr. R. Monaco, *op. cit.*, p. 98; F. Mosconi, *Qualche riflessione in tema di ordine pubblico nel progetto di riforma e nella convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 5-6), la cui funzione consiste essenzialmente nel garantirne l'armonia e la coerenza interna, elidendo in radice l'introduzione di disposizioni che si pongano in contrasto con i principi fondamentali di ordine morale e giuridico dell'ordinamento stesso (L'ordine pubblico viene collocato da parte della dottrina nel novero di quelle disposizioni che consentono all'ordinamento di richiudersi in sé stesso impedendo l'ingresso di norme straniere suscettibili di produrre effetti i-

naccettabili, ossia «non compatibili con i principi etici, economici, politici e sociali che condizionano il modo d'essere del nostro ordinamento: in ogni campo della convivenza sociale, dalle relazioni familiari a quelle di lavoro e a quelle commerciali», F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 181).

Per poter assolvere efficacemente tale funzione, l'ordine pubblico è intrinsecamente connotato di elasticità e duttilità che, sole, gli hanno consentito di adeguarsi agevolmente ai frequenti mutamenti della coscienza sociale verificatisi nei diversi periodi storici. Esso, infatti, viene identificato mediante una clausola generale e il legislatore si è pervicacemente astenuto dall'elaborarne una nozione puntuale; atteggiamento, questo, che ha inevitabilmente innescato l'intensa opera della dottrina e della giurisprudenza, le quali, con fervore, hanno tentato di tratteggiarne i contorni [Riguardo l'origine e l'evoluzione dell'ordine pubblico si veda G. Barile, voce *Ordine pubblico (dir. intern. priv.)*, in *Enc. dir.*, pp. 1106 ss., e, più in generale, A. Guarneri, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. disc. priv. Sez. civ.*, pp. 154 ss.; per una panoramica sull'evoluzione giurisprudenziale nei confronti dell'ordine pubblico si veda Cass. civ., Sez. lav., 11 novembre 2000, n. 14662, con nota di F. Ghera, *Costituzione, ordine pubblico internazionale e legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, pp. 365 ss.].

Attraverso tale attività è progressivamente emersa la complessità e la pervasività dell'ordine pubblico che, lungi dall'identificarsi esclusivamente con le norme imperative (dalle quali, al contrario, si differenzia), o con i principi generali dell'ordinamento, o, ancora, con singole disposizioni costituzionali, è costituito «dai principi che formano la struttura etica della convivenza» (Cfr. Cass. Civ., Sez. lav., n. 15882 del 11 novembre 2002, in *Foro it.*, 2003, 484 ss.), purché recepiti e positivizzati dall'ordinamento medesimo [L'esclusivo riferimento alla coscienza sociale, ove non sorretto dal recepimento – sia pure implicito – a livello ordinamentale dei principi di ordine pubblico, ne renderebbe eccessivamente ardua per il giudice l'individuazione; inoltre, così facendo, potrebbero essere introdotti nella rilevazione dei principi medesimi elementi di incertezza, e financo di arbitrio. In tal senso, cfr. G. Badiali, voce *Ordine pubblico (III) dir. int. priv. proc.*, in *Enc. giur. Treccani*, secondo cui «i principi di ordine pubblico internazionale vanno, quindi, ricavati dal contesto dell'ordinamento giuridico positivo che più che mai, in questo caso, assolve la sua funzione di garanzia di certezza dei rapporti interindividuali»].

La natura essenzialmente negativa dell'ordine pubblico emerge chiaramente dall'art. 16 della Convenzione di Roma; il contrasto con i principi che lo compongono inibisce, infatti, l'applicazione di norme straniere potenzialmente foriere di effetti intollerabili per il sistema giuridico; e però la norma tace in ordine agli effetti che conseguono all'operatività del limite medesimo, in quanto non definisce ulteriori criteri utili alla individuazione della legge da applicare, per la risoluzione della controversia, in luogo di quella straniera disapplicata.

L'opinione un tempo prevalente in dottrina – a tenore della quale la salvaguardia del sistema predisposto dalla Convenzione imporrebbe di applicare, comunque, la legge straniera, preventivamente e opportunamente depurata dalle norme che la rendano incompatibile con l'ordinamento interno – è stata soppiantata da altra che, al contrario, predilige l'applicazione automatica della *lex fori* (Per una ricognizione dei due orientamenti relativi alla esatta qualificazione degli effetti positivi dell'ordine pubblico si consulti L. Fumagalli, *Art. 16*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, pp. 1085-1086; più in

generale sul problema degli effetti che seguono all'eccezione di ordine pubblico cfr. F. Mosconi, *Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5 ss.), ravvisando proprio nell'ordine pubblico un ostacolo all'ulteriore operatività del sistema di conflitto del diritto internazionale privato.

All'interno della legge di riforma del diritto internazionale privato (legge n. 218/95), il legislatore, nel disciplinare il limite dell'ordine pubblico, oltre ad aver riprodotto il contenuto negativo dell'art. 16 della Convenzione di Roma (Sebbene il testo del comma 1 dell'art. 16 della legge n. 218/95 costituisca una fedele riproduzione del tenore letterale dell'art. 16 della Convenzione, è stato tuttavia eliminato l'avverbio «manifestamente» con cui veniva qualificata l'incompatibilità, giacché ritenuto pleonastico. Infatti, secondo quanto espressamente indicato nella Relazione Giuliano e Lagarde la funzione dell'avverbio era di rendere più cauta la valutazione del giudice assoggettandolo all'obbligo di motivare dettagliatamente la fondatezza del limite. Cfr. F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, 2004, pp. 183-184), ne ha regolato anche gli effetti positivi, prevedendo al comma 2 dell'art. 16 la possibilità di applicare la legge richiamata con l'ausilio di ulteriori criteri di collegamento determinati per la medesima ipotesi normativa e, in mancanza, la legge italiana (quasi che, attraverso il ricorso a criteri sussidiari, il legislatore abbia inteso realizzare una mediazione tra le tesi dottrinarie sopra menzionate).

La distinzione contenutistica tra le norme che disciplinano l'ordine pubblico rileva ai fini della comprensione dei primi due motivi di ricorso, mediante i quali è stato contestato l'utilizzo da parte del giudice del rinvio dell'art. 16, comma 2 (legge n. 218/95), per la risoluzione della controversia.

Con il primo motivo la ricorrente ha assunto che l'applicazione della norma (art. 16, comma 2) implicasse una violazione dell'art. 57 (legge n. 218/95), dal cui tenore letterale dovrebbe desumersi una preclusione assoluta per il giudice ad avvalersi, nel regolare obbligazioni contrattuali, di qualsivoglia fonte normativa diversa dalla Convenzione di Roma, compresa, quindi, la stessa legge n. 218/95 (La ricorrente aderisce alla tesi secondo la quale il richiamo al «in ogni caso» contenuto nell'art. 57, legge n. 218/95, sarebbe formale, e conseguentemente rinvii alla Convenzione quale fonte esclusiva); e ha, col secondo motivo, denunciato la violazione e la falsa applicazione dell'art. 384 cod. proc. civ., per non essersi il giudice del rinvio attenuto al principio di diritto stabilito nella sentenza di annullamento; principio che lo obbligava a determinare la legge da applicare alla controversia in base ai criteri indicati nella Convenzione.

La Cassazione, non intendendo approfondire il complesso rapporto esistente tra le norme che disciplinano il limite dell'ordine pubblico, né tanto meno entrare nel merito della controversia natura del rinvio contemplato all'art. 57, ha respinto i motivi di ricorso con un'argomentazione efficace che, pur essendo condivisibile nella finalità perseguita (rintracciare la fonte normativa con cui individuare la legge per regolare il rapporto in parola), risulta opinabile da un punto di vista formale, in quanto farraginoso e sbrigativo.

La Suprema Corte, con pregevole pragmatismo, ha dichiarato irrilevante il contenuto meramente negativo dell'art. 16 (Convenzione di Roma) e, conseguentemente, ha escluso l'operatività del richiamo alla Convenzione contenuto nell'art. 57, enfatizzando, piuttosto, l'esigenza primaria di rintracciare la fonte normativa necessaria per individuare la legge con cui regolare il contratto; fonte che, così si è espressa la Corte, «può

essere rinvenuta *solo* nel principio dettato dalla legge n. 218 del 1995, art. 16». Sulla scorta di tali affermazioni, la Cassazione ha, quindi, dichiarato l'operato del giudice del rinvio «conforme al principio di diritto enunciato dalla sentenza di annullamento».

Con l'ultimo motivo, infine, la Banca ha contestato sia l'accertamento della legge straniera compiuto dal giudice del rinvio in virtù dell'art. 14, legge n. 218/95, sia il relativo giudizio espresso in ordine alla presunta insussistenza, nell'ordinamento statunitense, di una tutela generale contro il licenziamento ingiustificato, in quanto giudizio fondato su un'unica sentenza della New York Court of Appeal.

Invero, nella controversia in analisi la legge applicabile al caso concreto, in base ai criteri contemplati dalla Convenzione di Roma (nel dettaglio, l'art. 6, par. 2, lett. *a*), sarebbe stata quella dello Stato di New York, quale luogo di esecuzione della prestazione lavorativa; però, già nelle precedenti fasi del giudizio, la Suprema Corte, prima, e il giudice di rinvio, poi, ne avevano escluso la concreta operatività per contrarietà con l'ordine pubblico in ragione dell'omessa previsione di tutela avverso il licenziamento ingiustificato. Da ultimo la Cassazione, con la sentenza in epigrafe, ha non tanto, e non solo, confermato il superiore *decisum*, ma lo ha, in più, avvalorato attraverso una capillare ricognizione di precedenti giurisprudenziali, dai quali si evince la persistenza nello Stato di New York dell'*employment at will*, definito dalla Corte stessa come «rapporto di lavoro a tempo indeterminato con libertà di recesso di entrambi i contraenti».

Così determinando, la Corte, ben lungi dall'accogliere la tesi della ricorrente, secondo la quale l'*employment at will* avrebbe subito un generale processo di erosione grazie «alle eccezioni derivanti da principi generali di ordine pubblico, da vincoli scaturenti implicitamente dal comportamento delle parti del rapporto di lavoro, e infine da leggi statali e federali» (Sull'evoluzione dell'*employment at will* e sul contributo apportato dalle Corti americane in direzione di una sua limitazione si veda N. Benedetto, *Employment at will e tutela contro licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, in *Dir. rel. ind.*, n. 2, 1995, pp. 219 ss.), ha, al contrario, ritenuto corretto l'accertamento sulla legge straniera compiuto dal giudice del rinvio.

Orbene, l'*employment at will* evoca un istituto un tempo in auge nel nostro ordinamento: il recesso *ad nutum* che si sostanzia nella libera recedibilità delle parti dal rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con l'esonero reciproco dall'obbligo di fornirne alcuna motivazione e con la conseguente preclusione per il giudice di esercitare qualsivoglia controllo sulle ragioni sottese alla scelta unilaterale di porre fine al rapporto [Per un dettagliato *excursus* storico-giuridico sui principi di libera recedibilità e giustificatazza del licenziamento si consultino: M. Persiani, *Problemi ed evoluzione della tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. Riva Sanseverino, G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, 1971, II, pp. 593 ss.; M. V. Gentili Ballestrero, *I licenziamenti*, 1975, nel dettaglio cap. 1; per una ricostruzione del dibattito dottrinale sulle origini del licenziamento *ad nutum* cfr. M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, 1980, in particolare cap. 2].

La progressiva erosione del principio di libera recedibilità, realizzata inizialmente a livello convenzionale tramite gli accordi interconfederali, rilevata dalla stessa Corte Costituzionale [«Già in altra occasione (cfr. sentenza n. 7 del 1958) la Corte ha rilevato che il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce più un principio generale del nostro ordinamento». Cfr. Corte Cost. 09 giugno 1965, n. 45, in q. *Riv.*, 1965, II, pp. 155 ss., con nota di U. Natoli, *Ancora sul diritto al lavoro e licenziamento ad nutum*; in *Giur. cost.*, 1965, pp.

655 ss. con nota di V. Crisafulli, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*], e infine recepita con la legge n. 604/66, ha implicato l'ineluttabile affermazione del principio di giustificazione [«È opportuno rammentare [...] come l'originaria normativa del codice civile del 1942 contemplasse la piena libertà di recesso (cd. recesso *ad nutum*) del datore di lavoro nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato [...]. Detta disciplina sopravvisse, nella sua generale portata, sino alla legge 15 luglio 1966, n. 604, con la quale fu introdotto il diverso principio di necessaria giustificazione del licenziamento (art. 1)», Corte Cost. 07 febbraio 2000, n. 46, in *Foro it.*, 2000, 699 ss.; q. *Riv.*, 2000, pp. 174 ss.], per effetto del quale il giudice è stato abilitato a esercitare un controllo in ordine all'esistenza della giustificazione che deve, salvo i casi espressamente normati di recesso *ad nutum*, sorreggere il licenziamento.

La libera recedibilità, quindi, da regime principale si è trasformato in eccezionale, residuale, a dimostrazione della reale natura del rapporto di lavoro, connotato, questo, da una tendenziale stabilità; invero, «non è un rapporto che un mero *flatus vocis* del datore possa spegnere, bensì un rapporto che tende a permanere nel tempo ove non intervenga ragione che ne giustifichi la risoluzione» (*Ex multis* Cass. Civ., Sez. lav., n. 15882, del 11 novembre 2002, cit.). Del resto la stabilità, oltre a salvaguardare la dignità del lavoratore, è nel contempo lo strumento che meglio garantisce l'interesse all'incremento della produzione, giacché «l'aspettativa della protrazione, alimentando l'interesse del lavoratore al suo stesso lavoro [...] fornendogli la base per una programmazione (economica e ambientale: personale e familiare) [...] irreversibilmente» lo condiziona «al suo stesso impegno».

È d'uopo, inoltre, rammentare che il principio di giustificazione necessaria del licenziamento viene enunciato all'interno dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, a tenore del quale «ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e alle prassi nazionali» [In ordine all'evoluzione dei diritti sociali in ambito comunitario si rinvia a B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in q. *Riv.*, 2000, I, pp. 799 ss.; M. V. Ballestrero, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, in S. Scarponi (a cura di), *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, 2001, pp. 87 ss.].

In disparte ogni rilievo in ordine alla efficacia giuridica della Carta di Nizza, la giurisprudenza non dubita che la medesima contenga «principi comuni agli ordinamenti europei» (Cfr. Corte Cost. 24 aprile 2002, n. 135) nel cui ambito, quindi, viene contemplato anche il principio in analisi; a ciò si aggiunga che in passato la Cassazione ha annoverato la Carta tra i testi normativi in grado di «delineare i tratti dell'ordine pubblico», in quanto «per tale via si saldano l'ordine pubblico della Repubblica al patrimonio di tradizioni costituzionali comuni ai paesi dell'Unione, e i tratti fondamentali dell'ordine pubblico italiano a quelli dell'ordine pubblico dell'Unione nel quale l'ordinamento italiano si inserisce e dal quale è conformato. Con la riduzione delle differenze culturali e nella misura dell'emersione d'una struttura giuridica unitaria, nell'ambito dell'Unione europea, l'ordine pubblico dei singoli ordinamenti generato dai differenziati principi dei singoli Stati, tende a uniformarsi» (Cfr. Cass. Civ., Sez. lav., n. 15882, del 11 novembre 2002, cit.).

Orbene, sulla scorta di quanto affermato dalla Suprema Corte, i principi enunciati all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea possono essere

considerati principi di ordine pubblico e, quindi, il principio di giustificazione necessaria del licenziamento può essere ritenuto un principio di ordine pubblico non soltanto interno, ma anche comunitario.

In definitiva, allorché la Corte include la giustificatezza del licenziamento tra i principi dell'ordine pubblico – intesi come regole fondamentali che la Costituzione e le leggi pongono alla base di quegli istituti giuridici in cui si articola l'ordinamento positivo nel suo adeguarsi all'evoluzione della società – si pone in linea, dunque, sia con la legislazione interna e comunitaria, sia con l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità [In tal senso, *ex multis*: Cass. Civ., Sez. lav., n. 2622, del 09 marzo 1998: «Si applica la legge italiana se quella straniera si pone in contrasto con i principi che informano l'ordinamento e che costituiscono l'ordine pubblico internazionale; in particolare non è applicabile una legge straniera (nella specie quella liberiana) allorché non preveda alcuna forma di protezione contro i licenziamenti ingiustificati e di tutela della stabilità del rapporto di lavoro», in *Foro it.*, 1999, pp. 983 ss.].

Al riguardo, non v'è chi non veda come sarebbe stato anacronistico, illogico e irragionevole riconoscere l'operatività dell'*employment at will* e quanto efficace sia stato, invece, invocare il limite dell'ordine pubblico a tutela dei diritti dei lavoratori (Eppure è stata lumeggiata la possibilità di conferire una ben più pregnante tutela al principio di giustificatazza del licenziamento considerandolo norma di applicazione necessaria, piuttosto che principio di ordine pubblico, cfr. C. Ogriseg, *op. cit.*, p. 365).

Giova, infine, rilevare come la Suprema Corte, al fine di connotare correttamente la portata dell'inclusione della «giustificatezza del licenziamento» nell'alveo dei principi dell'ordine pubblico, abbia ribadito che «di tale dimensione [dell'ordine pubblico, *n.d.r.*] fa parte non il concreto meccanismo attraverso il quale si sanziona il recesso ingiustificato del datore di lavoro, bensì il principio che questi non possa a proprio arbitrio recedere dal rapporto», eliminando, così, in radice, il rischio che nel medesimo alveo possa farsi rientrare anche la tutela reale contemplata all'art. 18 della legge n. 300/1970 (In senso contrario, «L'art. 18 è comunque norma imperativa e di ordine pubblico internazionale, secondo l'ordinamento italiano»: Pret. Milano 05 gennaio 1995, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, pp. 503 ss., con nota di T. Vettor, *Rapporto di lavoro all'estero, licenziamento e legge applicabile secondo la Convenzione di Roma*); la relazione tra il principio di giustificatazza e la tutela reale – intesa, per l'appunto, quale modalità di protezione contro i licenziamenti ingiustificati – risalta, per di più, con tutta evidenza da una storica sentenza della Consulta, la quale ha definito la tutela reale come «*uno dei modi* per realizzare la garanzia di diritto al lavoro, che risulta ricondotta [...] al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento» (Corte Cost. 07 febbraio 2000, n. 46, cit.).

In definitiva, a mente della pronuncia della Suprema Corte, il ricorso al principio dell'ordine pubblico scongiura, esclusivamente, l'introduzione di norme straniere che non proteggano i lavoratori contro i licenziamenti ingiustificati all'interno dell'ordinamento, precludendo al giudice la possibilità di sindacare sulla adeguatezza dei mezzi predisposti e sul relativo *standard* di tutela garantito della legge straniera: questa, quando esiste e quando prevede la «giustificatezza del licenziamento», opera a pieno titolo.

Santina Bruno
*Dottoranda in Diritto dell'impresa
nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo*

CASSAZIONE, 9 maggio 2007, n. 10547, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Balletti, P.M. Nardi (conf.) – M. R. (avv.ti Vesci e Carinci) c. A. O. T. (avv.ti Romanelli e Garofalo).

Mansioni – Demansionamento – Pagamento retribuzioni – Inadempienza – Limiti – Conseguenze.

La tutela del lavoratore in caso di assegnazione a mansioni inferiori alla qualifica di appartenenza e nel caso di sussistenza di una dequalificazione non si estende sino alla sospensione, in tutto o in parte, dell'attività lavorativa, qualora il datore assolva tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, garanzia del posto di lavoro), potendo una parte rendersi inadempiente soltanto in caso di totale inadempienza dell'altra parte e non qualora vi sia contestazione su obbligazioni non incidenti sulle immediate esigenze vitali del dipendente. (1)

(*Omissis*) Con il primo motivo di ricorso il ricorrente – denunciando «violazione dell'art. 2103 cod. civ. e vizi di motivazione circa un punto decisivo della controversia: sulla dequalificazione e sul comportamento discriminatorio subito dal dottor Rossi» – rileva che «l'adibizione preponderante al pronto soccorso non era equivalente alla prestazione precedentemente svolta dal dott. Rossi in quanto non consentiva la piena utilizzazione né, tanto meno, l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore» e censura la sentenza impugnata «evidenziando che, se la Corte d'Appello di Trieste avesse correttamente applicato l'art. 2103 cod. civ., avrebbe dovuto riconoscere la reiterata violazione da parte dell'Azienda Ospedaliera e il legittimo rifiuto da parte del dott. Rossi di svolgere la prestazione dequalificante e, inoltre, se avesse correttamente soppesato tutti gli elementi e argomenti di cui era in possesso, avrebbe dovuto riconoscere il dannoso atteggiamento discriminatorio perpetrato nei confronti del dott. Rossi».

Con il secondo motivo il ricorrente – denunciando «violazione dell'art. 2119 cod. civ. e vizi di motivazione circa un punto decisivo della controversia: sull'illegittimità del recesso operato nei confronti del dott. Rossi» – rileva, in particolare «il vizio di motivazione in cui è incorsa la Corte d'Appello di Trieste, la quale è giunta ad affermare la proporzionalità del recesso per giusta causa sulla base della sola considerazione di «antisocialità» della condotta del dott. Rossi «che s'intasca lo stipendio ma si rifiuta di eseguire il servizio», omettendo di fatto qualsiasi rilievo alla circostanza che la condotta del ricorrente altro non era se non la reazione/protesta a un illegittimo comportamento datoriale» e addebita alla Corte territoriale di avere «del tutto ommesso di considerare la completa e palese violazione del fondamentale prin-

cipio di immediatezza che informa l'art. 2119 cod. civ. e ne costituisce un limite interno che dottrina e giurisprudenza hanno individuato sulla base del concetto stesso di giusta causa fornito dal codice civile». (*Omissis*)

III — Passando ora alla valutazione del primo motivo del ricorso – con cui è stata censurata la sentenza della Corte d'Appello di Trieste per asserita violazione dell'art. 2103 cod. civ. specie sotto il profilo di pretesi vizi di motivazione nella disamina delle risultanze probatorie – si rileva l'assoluta infondatezza dello stesso.

Al riguardo, in merito alla tutela del lavoratore in caso di assegnazione di mansioni inferiori alla qualifica di appartenenza, si rimarca che, ove pur sussista una situazione di dequalificazione di mansioni, non può il lavoratore sospendere in tutto o in parte la propria attività lavorativa, se il datore di lavoro assolve a tutti gli altri propri obblighi (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e assicurativa, garanzia del posto di lavoro), potendo una parte rendersi inadempiente soltanto se è totalmente inadempiente l'altra parte, non quando vi sia contestazione e controversia solo su una delle obbligazioni a carico di una delle parti, obbligazione peraltro non incidente sulle immediate esigenze vitali del lavoratore (cfr. Cass. n. 1307/1998).

Sul piano probatorio, in tema di obbligo del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni non dequalificanti, in caso di inesatto adempimento di tale obbligo incombe sul lavoratore l'onere dell'allegazione della cennata inesattezza (cfr. Cass. n. 20523/2005): onere probatorio che, nella specie, non è stato certo adempiuto dal ricorrente come ha statuito la Corte d'Appello di Trieste (confermando sul punto la sentenza di primo grado) con decisione correttamente motivata anche sulla valutazione delle risultanze probatorie demandato al giudice del merito e, comunque, non sindacabile in sede di legittimità.

Infatti, il giudice del merito – nella valutazione delle risultanze probatorie – è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove che ritenga più attendibili e idonee alla formazione dello stesso e di disattendere taluni elementi ritenuti incompatibili con la decisione adottata, essendo sufficiente, ai fini della congruità della motivazione, che da questa risulti che il convincimento si sia realizzato attraverso una valutazione dei vari elementi processualmente acquisiti, considerati nel loro complesso, pur senza un'esplicita confutazione degli altri elementi non menzionati e non accolti, anche se allegati, purché risulti logico e coerente il valore preminente attribuito, a quelli utilizzati.

Comunque, ove con il ricorso per cassazione venga dedotta l'incongruità o illogicità della motivazione della sentenza impugnata per l'asserita mancata valutazione di risultanze processuali, è necessario, al fine di consentire al

giudice di legittimità il controllo della decisività della risultanza non valutata (o insufficientemente valutata), che il ricorrente precisi – mediante integrale trascrizione della medesima nel ricorso (nella specie non avvenuta) – la risultanza che egli asserisce decisiva e non valutata o insufficientemente valutata, dato che solo tale specificazione consente alla Corte di Cassazione, alla quale è precluso l'esame diretto degli atti di causa, di deliberare la decisività della risultanza stessa (Cass. n. 9954/2005).

Al riguardo – sul punto concernente l'asserita dequalificazione subita dal dott. Rossi e il preteso comportamento discriminatorio adottato nei suoi confronti dall'Azienda Ospedaliera – la Corte d'Appello di Trieste ha fornito congrua e completa motivazione, sicché, con riferimento ai pretesi vizi di motivazione sui quali si fondano sostanzialmente le censure del ricorrente, vale *sintetim* rilevare che: a) il difetto di motivazione, nel senso d'insufficienza di essa, può riscontrarsi soltanto quando dall'esame del ragionamento svolto dal giudice e quale risulta dalla sentenza stessa emerge la totale obliterazione di elementi che potrebbero condurre a una diversa decisione ovvero l'obiettiva deficienza, nel complesso di essa, del procedimento logico che ha indotto il giudice, sulla base degli elementi acquisiti, al suo convincimento, ma non già, invece – come per le doglianze mosse nella specie dal ricorrente –, quando vi sia difformità rispetto alle attese e alle deduzioni della parte sul valore e sul significato attribuiti dal giudice di merito agli elementi delibati; b) il vizio di motivazione sussiste unicamente quando le motivazioni del giudice non consentano di ripercorrere l'*iter* logico da questi seguito o esibiscano al loro interno non insanabile contrasto ovvero quando nel ragionamento sviluppato nella sentenza sia mancato l'esame di punti decisivi della controversia – irregolarità queste che la sentenza impugnata di certo non presenta –; c) per poter considerare la motivazione adottata dal giudice di merito adeguata e sufficiente, non è necessario che nella stessa vengano prese in esame (al fine di confutarle o condividerle) tutte le argomentazioni svolte dalle parti, ma è sufficiente che il giudice indichi – come sicuramente ha fatto la Corte d'Appello di Trieste – le ragioni del proprio convincimento, dovendosi in questo caso ritenere implicitamente rigettate tutte le argomentazioni logicamente incompatibili con esse.

Benvero, le censure con cui una sentenza venga impugnata per vizio della motivazione non possono essere intese a far valere la non rispondenza della ricostruzione dei fatti operata dal giudice del merito al diverso convincimento soggettivo della parte – pure in relazione al valore da conferirsi alle «presunzioni» [la cui valutazione è anch'essa incensurabile in sede di legittimità alla stregua di quanto già riferito in merito alla valutazione delle risultanze probatorie (Cass. n. 11906/2003)] – e, in particolare, non vi si può opporre un preteso migliore e più appagante coordinamento dei molteplici da-

ti acquisiti, atteso che tali aspetti del giudizio, interni all'ambito della discrezionalità di valutazione degli elementi di prova e dell'apprezzamento dei fatti, attengono al libero convincimento del giudice e non ai possibili vizi dell'*iter* formativo di tale convincimento rilevanti ai sensi della disposizione di cui all'art. 380, n. 5, cod. proc. civ.: in caso contrario, il motivo di ricorso si risolverebbe in una inammissibile istanza di revisione delle valutazioni e dei convincimenti del giudice di merito, *id est* di una nuova pronuncia sul fatto sicuramente estranea alla natura e alle finalità del giudizio di cassazione.

IV — Anche il secondo motivo di ricorso – con cui il ricorrente addebita alla Corte d'Appello di Trieste di avere violato l'art. 2119 cod. civ. per avere trascurato (mediante una motivazione asseritamente viziata) di verificare l'inesistenza di una giusta causa e, inoltre, per avere omesso di considerare il principio di immediatezza dell'irrogazione della sanzione caratterizzante il citato art. 2119 – deve essere respinto.

In ordine alla prima censura si rileva che, in tema di licenziamento per giusta causa, spetta unicamente al giudice del merito – e non può essere sindacato in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua ed esente da vizi logici o giuridici – l'accertamento che il fatto addebitato sia di gravità tale da integrare la fattispecie di cui all'art. 2119 cod. civ. (così, *ex plurimis*, Cass. n. 9884/2005, Cass. n. 11674/2005).

Nella specie, la Corte d'Appello di Trieste ha statuito che la decisione dell'Azienda di risolvere il rapporto di lavoro per inadempienza grave del dott. Rossi è stata corretta, e questo mediante (e al termine di) un percorso motivazionale certamente *congruo* e sicuramente esente da vizi logico-giuridici, sicché per contrastare le doglianze proposte sul punto dal ricorrente valgono le considerazioni già sviluppate nel precedente «Capo III» sulle modalità di applicazione dell'art. 360, n. 5, cod. proc. civ.

In ordine alla seconda censura circa l'asserita mancata tempestività dell'irrogazione della sanzione espulsiva rispetto alla contestazione delle infrazioni disciplinari, si rileva che il principio della immediatezza nel procedimento disciplinare deve essere applicato con riferimento al momento della «contestazione» dell'infrazione e non a quello della «irrogazione» della sanzione tenuto conto della necessità di usare – quale chiave di lettura dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro (a cui l'ordinamento, vale evidenziare, ha riconosciuto la facoltà del tutto peculiare di irrogare «pene private» al prestatore di lavoro) – il principio della «buona fede» al fine di evitare che sanzioni disciplinari irrogate senza consentire all'incolpato un effettivo diritto di difesa (o rendendo difficile l'esercizio dello stesso) si pongano non solo come violazione dell'art. 7 Stat. lav., ma anche quale trasgressione *in re ipsa* della buona fede [che è matrice fondativa dei doveri sanciti dall'art. 7, cit., e, anche, dall'art. 2106 cod. civ. (relativamente alla proporzionalità

delle sanzioni): norme poste dall'ordinamento per riequilibrare *ex art. 3*, capoverso, Cost. la posizione delle parti impegnate nel rapporto di lavoro solo formalmente in situazione paritaria in quanto, nella realtà effettuale, il lavoratore adempie nella propria obbligazione in posizione di subordinazione rispetto alla controparte contrattuale].

In questo senso deve essere previsto quanto indicato in motivazione da questa Corte nella sentenza n. 5947/2001 poiché, mentre la contestazione disciplinare deve avvenire in ogni caso a immediato ridosso dell'infrazione (ovvero della notizia che di essa abbia avuto il datore di lavoro), l'irrogazione della successiva sanzione può avvenire anche a distanza di tempo sempre nel rispetto del principio della buona fede contrattuale. Ciò in particolare quando, come è avvenuto nella specie, il preteso ritardo nell'irrogazione della sanzione è dipeso dalla necessità per l'Azienda Ospedaliera di sentire il parere del «Comitato dei Garanti», istituito ai sensi dell'art. 23 del Ccnl applicabile al rapporto di lavoro *de quo* (Comitato obbligatoriamente chiamato a esprimere, appunto, parere preventivo sulle ipotesi di licenziamento proposte dalle aziende nei confronti dei dipendenti): momento procedurale – previsto dalla contrattazione collettiva per una maggiore garanzia a difesa del lavoratore-incolpato – che è stato osservato nella specie e che, comunque, comprova esaustivamente l'osservanza (da parte dell'Azienda) del principio della buona fede contrattuale.

V — In definitiva, alla stregua delle considerazioni svolte, il ricorso proposto da M. Rossi deve essere integralmente respinto. (*Omissis*)

(1) ANCORA SUL DEMANSIONAMENTO
E SULL'«AUTOTUTELA» DEL LAVORATORE

Con riferimento alla massima v'è da rilevare che la decisione in epigrafe costituisce un evidente *revirement* rispetto a una giurisprudenza abbastanza consolidata secondo cui il datore di lavoro che lascia in condizione di inattività il dipendente non solo viola la norma di cui all'art. 2103 cod. civ., ma vulnera il fondamentale diritto al lavoro «inteso come 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» (Così Cass. 16 maggio 2006, n. 11430, Sez. lav., in q. *Riv.*, 2006, II, pp. 651 ss., con nota di Del Biondo, *Lo svuotamento di mansioni quale comportamento legittimante l'assenza dal lavoro*).

La stessa decisione aveva anche precisato che nella fattispecie era corretto il richiamo all'operatività della *exceptio inadimplendi non est adimplendum* «in ragione del fatto che la datrice di lavoro continuava a non assegnare al prestatore mansioni corrispondenti alla qualifica e professionalità raggiunte»; il che sembrerebbe significare che la S.C. ha ritenuto legittimo il richiamo all'art. 1460 cod. civ. anche laddove non vi sia stata una «totale spogliazione di mansioni e conseguente inattività del dipendente».

In questo senso è corretto l'orientamento giurisprudenziale – del quale è espressione la decisione da ultimo citata – secondo cui in queste fattispecie il giudice 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, sulla posizione delle parti e sugli interessi delle stesse»; di tal che va valutata la durata e le modalità del demansionamento, la sua importanza e il concreto impatto sotto il profilo del *vulnus* inferito alla professionalità del dipendente.

Ciò che sorprende invece nella decisione in commento è l'affermazione – priva di puntualizzazioni e specificazioni – secondo cui «il lavoratore non può sospendere in tutto o in parte la propria attività lavorativa, ove pure sussista una situazione di dequalificazione, se il datore di lavoro assolve agli altri obblighi, pagamento della retribuzione, copertura previdenziale e garanzia del posto di lavoro»; a prescindere dal fatto che nel caso di specie il posto di lavoro non è stato garantito visto che, in ragione dei rifiuti del ricorrente di svolgere le proprie funzioni mediche nel presidio di pronto soccorso, gli è stato irrogato il licenziamento per giusta causa, non sembra che la mera erogazione della retribuzione e/o la copertura previdenziale e assicurativa, in mancanza e prima dell'irrogazione di un provvedimento espulsivo, possano costituire comportamenti rilevanti in maniera più o meno equipollente rispetto al demansionamento anche parziale, ai fini della valutazione comparativa dei contrapposti inadempimenti, cui si riferisce la giurisprudenza pregressa della S.C., atteso che una simile impostazione annulla sostanzialmente proprio la tutela autonoma del bene «professionalità» così incisivamente definito dalla giurisprudenza in materia di dequalificazione e di *mobbing* (Su quest'ultimo aspetto vedi, con riferimento al «danno esistenziale», Cass. 24 marzo 2006, n. 6572, Ss.Uu., in q. *Riv.*, 2006, pp. 233 ss., con nota di F. Fabbri, *ivi*, pp. 247 ss.); oltre che da quella in materia di cd. fungibilità di mansioni considerate equivalenti dalla contrattazione collettiva (Cass. 24 novembre 2006, n. 25033, Ss.Uu., con nota di Riccobono, *retro*, p. 206, e di Vendramin, *retro*, p. 414).

È vero che la fattispecie decisa dalla Cassazione che si annota è sicuramente peculiare nella misura in cui impinge in questioni di notevole spessore sociale trattandosi, per quanto è dato desumere dalla premessa in fatto, di un medico radiologo che, nonostante gli obblighi contrattuali dell'Azienda volti a enfatizzare i connotati specialistici della sua prestazione, si era visto adibire ripetutamente al presidio di pronto soccorso con notevole mortificazione della sua posizione professionale di specialista. È ovvio che un caso del genere è destinato a produrre disservizi, malumori e anche rischi per la salute biologica degli utenti, per cui è naturale che in sede giurisdizionale la figura e le contestazioni del dipendente non siano state viste con particolare indulgenza o simpatia.

Sorprende comunque che la giurisprudenza, più volte richiamata, sulla valutazione comparativa delle posizioni alla luce dei reciproci inadempimenti, sia stata ignorata e il principio nomofilattico minimizzato nel senso di onerare la parte datoriale della mera corresponsione della retribuzione e dei connessi (e obbligatori) oneri contributivi nei confronti dei competenti Enti e Istituti, con l'esclusione di quell'obbligo di rispettare la posizione professionale del lavoratore e il suo diritto alla qualifica tutelato, come è noto, oltre che dai principi costituzionali in materia, con la sanzione di nullità – alla luce di ben noti presupposti – di irrituali patti di demansionamento (In argomento Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, Sez. lav., *retro*, pp. 43 ss., con nota).

Per quanto concerne l'onere probatorio che incombe sul lavoratore in caso di adibizione a mansioni dequalificanti non possiamo che richiamare ancora la fondamen-

tale decisione delle Ss.Uu. (n. 6572/2006, cit.) secondo cui, per tali fini, assume precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti si può risalire, attraverso un prudente apprezzamento, al fatto ignoto, ovvero all'esistenza del danno, facendo anche ricorso *ex art.* 115 cod. proc. civ. a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza delle quali ci si serva appunto nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove.

Nella concreta fattispecie decisa dalla Cassazione in esame non è dato rilevare con chiarezza se vi sia stato un non corretto adempimento dell'onere di allegazione o se, piuttosto, i giudici di merito abbiano sommariamente descritto e valutato le doglianze del dipendente.

Per il vizio di motivazione e i suoi contenuti possiamo riferirci da ultimo alla già citata Cass. 22 agosto 2006, n. 18269 (*retro*, pp. 43 ss.), che, a differenza di quella in oggetto, ha ritenuto accoglibile la relativa censura fondata sulla doglianza che poneva in luce l'irritualità di un esame chiaramente sommario della fattispecie in sede di merito.

Per quanto concerne le ultime due massime*, essendo pacifico che l'accertamento in fatto della sussistenza della giusta causa non può che essere riservata al giudice di merito (anche nel senso, più volte ribadito dalla S.C. del licenziamento in tronco come *extrema ratio*), va rilevato che il requisito dell'*immediatezza* è sicuramente riferibile al momento della contestazione dell'addebito – tanto che la decisione citata dalla sentenza in commento stabilisce che, per discostarsi eccezionalmente da tale principio, il giudice deve indicare espressamente le ragioni che lo hanno indotto a considerare rituale una contestazione fatta non a ridosso immediato dell'infrazione (Così Cass. 21 aprile 2001, n. 5947, in *D&L*, 2001, p. 670, con nota di Muggia) –, ma esso non è sicuramente estraneo anche a quello dell'applicazione della sanzione deliberata, atteso che non è anomala soltanto una contestazione rimasta segreta a lungo e senza plausibili ragioni, ma anche una pena «sospesa» e utilizzata come spauracchio nei confronti di un dipendente sgradito.

Francesco Fabbri
Avvocato in Roma

* Le massime citate in commento sono del seguente tenore:

In tema di obbligo del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni non dequalificanti, incombe sul lavoratore l'onere dell'allegazione di siffatto comportamento. (2)

In tema di vizio di motivazione concernente la valutazione delle risultanze probatorie, va affermato che il giudice del merito è libero di attingere il proprio convincimento da quelle prove che ritenga più attendibili e idonee e di disattendere taluni elementi ritenuti incompatibili con la decisione adottata, essendo sufficiente che risulti la realizzazione del convincimento attraverso una valutazione dei vari elementi considerati nel loro complesso, pur senza un'esplicita confutazione di quelli non menzionati e non accolti, purché risulti logico e coerente il valore preminente attribuito a quelli utilizzati. (3)

In tema di licenziamento per giusta causa spetta unicamente al giudice di merito l'accertamento che il fatto addebitato sia di gravità tale da integrare la fattispecie di cui all'art. 2119 cod. civ. (nella specie si è ritenuto integrare la giusta causa il fatto che il dipendente, medico presso un'Azienda Ospedaliera Pubblica, non avesse svolto il compito affidatogli generando disservizio in un settore nevralgico del nosocomio). (4)

Il principio di immediatezza che regola la contestazione delle infrazioni e l'irrogazione di sanzioni disciplinari, deve essere applicato con riferimento al primo momento e non al secondo, tenuto conto della necessità di usare – nell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro al quale è riconosciuta la facoltà di irrogare pene private – il principio della buona fede al fine di evitare l'irrogazione di sanzioni senza che sia consentito all'incolpato un effettivo diritto di difesa. (5)

CASSAZIONE, 18 aprile 2007, n. 9264, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Rel. Vidiri, P.M. Fedeli – Autoespert Srl (avv. Aschieri) c. Inps (avv.ti Cossu, Correrà, Coretti) e Loseri Spa.

Cassa Corte d'App. Brescia 27 agosto 2004.

Associazione in partecipazione – Lavoro subordinato – Criteri distintivi – Obbligo di rendiconto ed esistenza di un rischio – Effettivo vincolo di subordinazione.

Associazione in partecipazione – Partecipazione agli utili e alle perdite – Commisurazione ai ricavi – Ammissibilità – Previsione di una quota fissa – Ammissibilità.

In tema di distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine volta a cogliere la prevalenza degli elementi che caratterizzano i due contratti: mentre l'associazione in partecipazione implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeressato all'impresa. (1)

Nel contratto di associazione di cui all'art. 2549 cod. civ., non ostandovi alcuna incompatibilità con il tipo negoziale, la partecipazione agli utili e alle perdite da parte dell'associato può tradursi, per quanto attiene ai primi, nella partecipazione ai globali introiti economici dell'impresa o a quelli di singoli affari, sicché sotto tale versante non assume rilievo ai fini qualificatori il riferimento delle parti contrattuali agli utili dell'impresa o viceversa ai ricavi per singoli affari; e, per quanto attiene alle seconde, in un corrispettivo volto a prevedere, oltre alla cointeressenza negli utili, anche una quota fissa (da riconoscersi in ogni caso all'associato), di entità non compensativa della prestazione lavorativa e, comunque, non adeguata rispetto ai criteri parametrici di cui all'art. 36 Cost. (2)

(*Omissis*) – L'associazione in partecipazione, disciplinata dal codice civile agli artt. 2549-2554 cod. civ., è un contratto con il quale l'associante attribuisce all'associato la partecipazione agli utili dell'impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto che può consistere anche in una prestazione di lavoro.

Sebbene in astratto l'associazione in partecipazione appaia agevolmente distinguibile dal rapporto di lavoro subordinato, nella realtà fattuale la linea di demarcazione tra le due figure si presenta tutt'altro che certa.

Nell'individuare tale linea si è poi affermato che, in tema di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige una indagine del giudice di merito (il cui accertamento, se adeguatamente e correttamente motivato, è incensurabile in sede di legittimità), volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti. In tale indagine deve tenersi conto in particolare che, mentre il primo contratto implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio (non immutabile dall'associante e non limitato alla perdita della retribuzione con salvezza del diritto alla retribuzione minima proporzionata alla quantità e qualità del lavoro), il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione – più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive e istruzioni al cointeressato all'impresa (così Cass. 16 febbraio 1989, n. 927).

(*Omissis*) La qualificazione formale del rapporto effettuata dalle parti al momento della conclusione del contratto, pur non essendo decisiva, non è tuttavia irrilevante e pertanto, qualora a fronte della rivendicata natura subordinata del rapporto venga dedotta e documentalmente provata l'esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione, l'accertamento del giudice di merito deve essere molto rigoroso (potendo anche un associato essere assoggettato a direttive e istruzioni nonché a una attività di coordinamento latamente organizzativa) e non trascurare nell'indagine aspetti sicuramente riferibili all'uno o all'altro tipo di rapporto, quali, per un verso, l'assunzione di un rischio economico e l'approvazione di rendiconti e, per altro verso, l'effettiva e provata soggezione al potere disciplinare del datore di lavoro (cfr. in tali sensi Cass. 7 ottobre 2004, n. 20002).

Tale *dictum* va condiviso anche se una puntualizzazione di esso si mostra opportuna per farne un principio di portata generale, valido cioè in ogni caso in cui, nell'ambito dell'ampia categoria dei rapporti aventi a oggetto una prestazione lavorativa, debba individuarsi se detta prestazione venga prestata o meno con vincolo di subordinazione (il che va accertato, ad esempio, in presenza di rapporti lavorativi di soci d'opera, di soci di cooperativa, e più in generale anche di contratti di lavoro autonomo in cui la prestazione lavorativa abbia tratti per molti profili assimilabili a quelli del lavoro subordinato).

Alla stregua di quanto sinora detto, può fissarsi il seguente principio di diritto – di generale portata applicativa e di frequente operatività nell'area giuslavoristica e che il giudice di rinvio dovrà, pertanto, tenere presente nella rivalutazione dell'intero materiale probatorio – secondo cui «Il riferimento al *nomen iuris* dato dalle parti al negozio risulta di maggiore utilità rispet-

to alle altre in tutte quelle fattispecie in cui i caratteri differenziali tra due (o più) figure negoziali appaiono non agevolmente tracciabili, non potendosi negare che quando la volontà negoziale si è espressa in modo libero (in ragione della situazione in cui versano le parti al momento della dichiarazione) nonché in forma articolata, sì da concretizzarsi in un documento, ricco di clausole aventi a oggetto le modalità dei rispettivi diritti e obblighi, il giudice deve accertare in maniera rigorosa se tutto quanto dichiarato nel documento si sia tradotto nella realtà fattuale attraverso un coerente comportamento delle parti stesse. La valutazione del documento negoziale, tanto più rilevante quanto più labili appaiono i confini tra le figure contrattuali astrattamente configurabili, non può, dunque, non assumere una incidenza decisoria anche allorquando tra dette figure vi sia quella del rapporto di lavoro subordinato».

(*Omissis*) È opinione da tutti condivisa che l'obbligo dell'associato di effettuare l'apporto promesso trovi il suo fondamento nella causa del contratto di scambio, necessaria al finanziamento di attività economiche e di impresa, e che non sono richieste a tale fine forme di alcun genere, essendo sufficienti la prova dell'apporto nell'impresa dell'associato e la dimostrazione specifica della partecipazione agli utili della stessa, dovendo risultare presenti in contratto i termini sinallagmatici del rapporto.

Ed è di generale condivisione anche l'assunto che elementi particolarmente significativi, ai fini della qualificazione del contratto di associazione in partecipazione, sono l'assunzione da parte dell'associato di un rischio economico e di un'alea sulla non necessaria corrispondenza tra apporto lavorativo e corrispettivo pattuito, nonché un controllo – seppure realizzabile con modalità diverse – sulla gestione dell'impresa spettante all'associante sempre da parte dell'associato, mentre di minore incidenza appare il potere d'impartire direttive e istruzioni all'associato, spettando un tale potere anche al datore di lavoro, seppure come elemento connaturato – unitamente al potere sanzionatorio – all'esistenza della configurabilità della subordinazione.

Ciò porta a fissare un ulteriore principio di diritto, pure del quale dovrà tenere conto il giudice di rinvio, secondo cui «Nel contratto di associazione di cui all'art. 2549 cod. civ., non ostandovi alcuna incompatibilità con il suddetto tipo negoziale, la partecipazione agli utili e alle perdite da parte dell'associato può tradursi, per quanto attiene ai primi, nella partecipazione ai globali introiti economici dell'impresa o a quelli di singoli affari, sicché sotto tale versante non assume alcun rilievo ai fini qualificatori il riferimento delle parti contrattuali agli utili dell'impresa o viceversa ai ricavi per singoli affari; e per quanto attiene alle seconde – in ragione del rischio proprio della causale associativa del rapporto contrattuale – in un corrispettivo volto a prevedere, oltre alla cointeressenza negli utili, anche una quota fissa (da ricono-

scersi in ogni caso all'associato), di entità non compensativa della prestazione lavorativa e, comunque, non adeguata rispetto ai criteri parametrici di cui all'art. 36 della Costituzione».

A ben vedere, il principio sopra enunciato finisce per rappresentare un rilevante criterio differenziale tra le due figure contrattuali dell'associato in partecipazione e del rapporto di lavoro subordinato, nella misura in cui rimarca una diversa omogeneità di interessi tra associato e lavoratore subordinato, in ragione di un distinto e meno diretto coinvolgimento nelle fortune dell'impresa del secondo rispetto al primo, in considerazione principalmente delle sue ricadute in termini economici. (*Omissis*)

(1-2) CONTRATTO DI LAVORO E CONTRATTO DI ASSOCIAZIONE
IN PARTECIPAZIONE: ALLA RICERCA DEL CRITERIO DIFFERENZIALE

Ancora una volta, una sentenza della Cassazione si cimenta nell'ardua impresa dell'individuazione dei tratti differenziali tra lavoro subordinato e associazione in partecipazione con apporto di prestazioni lavorative.

«Anche di essa va qui colto il suo puntuale inserirsi in una assai vasta corrente di opinioni, non poco fuorviata – si ritiene – da taluni errori di prospettiva [...] erroneamente si trascura il compimento di un'attenta opera di ricostruzione delle due ipotesi negoziali secondo gli schemi predisposti in astratto dal legislatore, ovvero si pretende di esaurire codesta opera nel ritrovamento di singoli e specifici elementi qualificanti: che non soltanto sono quasi sempre malamente scelti, ma che rappresentano comunque il risultato di un discutibile metodo di ricerca, al quale rimane estranea la considerazione di quei singoli elementi unicamente come espressione puntuale di un diverso assetto predisposto dal legislatore, con le due ipotesi normative, ai diversi interessi che determinano i soggetti a instaurare tra loro l'uno o l'altro tipo di rapporto».

Con queste parole nel 1965 Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione. Contributo alla qualificazione dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 372-373, commentava le soluzioni offerte dalla giurisprudenza alla questione della distinzione tra rapporti lavorativi e rapporti di associazione con conferimento di lavoro da parte dell'associato, e a distanza di più di quarant'anni le stesse parole potrebbero ripetersi in relazione agli ultimi approdi in materia, e segnatamente alla pronuncia in commento, nella quale, tra l'altro, la Corte usa toni spiccatamente didascalici: dispensa principi «di carattere generale, valid[i] cioè in ogni caso in cui, nell'ambito dell'ampia categoria dei rapporti aventi a oggetto una prestazione lavorativa, debba individuarsi se detta prestazione venga prestata o meno con vincolo di subordinazione», ammaestra su cosa è compatibile con il tipo negoziale del contratto di associazione di cui all'art. 2549 cod. civ. distillandone «un rilevante criterio differenziale tra le due figure contrattuali dell'associato in partecipazione e del rapporto di lavoro subordinato», e così via.

L'iter ricostruttivo del giudicante, prima ancora di essere «fuorviato» (per usare le parole dell'Autore citato) da una inadeguata indagine su singoli elementi qualificanti,

è «fuorviato» *in nuce* dalla confusione sulla stessa qualificazione teorica del contratto di associazione in partecipazione: la sentenza parte dall'affermazione che «è opinione da tutti condivisa che l'obbligo dell'associato di effettuare l'apporto promesso trovi il suo fondamento nella causa del contratto di scambio», qualche rigo dopo riconduce la partecipazione alle perdite dell'associato al «rischio proprio della causale associativa del rapporto contrattuale», e conclude facendo riferimento a una non meglio precisata (e arditamente ossimorica) «diversa omogeneità di interessi tra associato e lavoratore subordinato».

È vero che l'inquadramento teorico dell'associazione in partecipazione è alquanto controverso (l'opinione che si tratti di un contratto di scambio non è poi «da tutti condivisa» come qui si sostiene), però avrebbe sicuramente giovato alla ricostruzione della fattispecie fare una precisa scelta di campo quanto all'ascrizione di questa tipologia negoziale tra i contratti associativi (Vedi in tal senso G. Ferri, voce *Associazione in partecipazione*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1958, vol. 12, pp. 1435 ss.; F. Ferrara, F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1987, pp. 219 ss.; G. De Semo, *Contratto di lavoro e associazione in partecipazione*, in *Dir. lav.*, 1958, II, p. 284) o tra quelli di scambio [tesi, questa, decisamente dominante: G. De Ferra, *Della associazione in partecipazione*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna-Roma, 1973, pp. 6 ss.; L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., pp. 396 ss.; G. E. Colombo, *Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinato*, in *Riv. dir. comm.*, 1962, II, p. 332; A. Allamprese, *Sulla distinzione tra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione di lavoro e contratto di lavoro subordinato*, in *q. Riv.*, 2000, I, p. 705].

La confusione sulle premesse porta, naturalmente, a scegliere «malamente» gli elementi sui quali articolare la decisione, e a inserirli nel percorso argomentativo ancora più «malamente».

La Suprema Corte, infatti, dopo una ricognizione approssimativa e incompleta degli «elementi che caratterizzano» i modelli contrattuali in esame (diritto al controllo dell'associato, obbligo di rendiconto periodico dell'associante, aleatorietà del corrispettivo rappresentato dalla partecipazione agli utili, per l'associazione in partecipazione; vincolo effettivo di subordinazione e soggezione al potere disciplinare datoriale, per il lavoro subordinato), prende in considerazione congiuntamente, nell'azione di *finium regundorum*, essenzialmente due elementi, il «potere di conformazione» della prestazione lavorativa resa e la «contropartita» di questa, che non sono legati da alcun rapporto di correlazione.

Sia qualora si ponga una chiara distinzione tra rapporto di associazione e rapporto di lavoro già sul piano della causa – ascrivendo il primo alla categoria dei contratti associativi e il secondo a quella dei contratti di scambio –, sia qualora si costruisca l'associazione in partecipazione come contratto di scambio al pari del contratto di lavoro, seppur caratterizzato dal requisito dell'aleatorietà (Per tutti G. De Ferra, *Della associazione...*, cit., pp. 14-15), se si assume come dato rilevante ai fini della sussunzione di una fattispecie concreta nell'uno o nell'altro schema negoziale quello della contropartita che il soggetto riceve a fronte della sua prestazione lavorativa, e quindi inevitabilmente il rischio che la connota, l'altro elemento considerato, cioè il potere della controparte di conformazione della prestazione, diviene irrilevante.

Se invece la differenziazione tra i due tipi contrattuali viene condotta sul piano delle modalità di effettuazione della prestazione, assegnando valore decisivo alla subordinazione intesa nel senso pregnante di sottoposizione al potere direttivo datoriale, è il fattore del rischio, ovvero della dipendenza del corrispettivo della prestazione dalle sorti dell'impresa, a perdere di significato.

Gli elementi scelti, non solo sono tra loro «scollati», ma sono *ex se* scarsamente significativi e ulteriormente svuotati del valore che potrebbero comunque avere a fini scriminanti dall'uso che ne fa la Corte.

Il concetto di rischio, che pure considerevole utilità avrebbe potuto avere se assunto in una accezione «pura» – come riconosce la stessa sentenza, che ricomprende tra gli «elementi particolarmente significativi, ai fini della qualificazione del contratto di associazione in partecipazione [...] l'assunzione da parte dell'associato di un rischio economico e di un'alea sulla non necessaria corrispondenza tra apporto lavorativo e corrispettivo pattuito» –, viene incrinato dall'affermazione della compatibilità con il tipo negoziale in esame, da un lato, di una «quota fissa» riconosciuta comunque all'associato e, dall'altro, di corrispettivi computati sui ricavi invece che sugli utili, risultato di un discutibile processo giurisprudenziale di «contaminazione» di cui la pronuncia qui annotata costituisce la *summa* (Cass. 14 gennaio 1982, n. 197, in *Mass. Giust. Civ.*, 1982, fasc. 1; Cass. 21 giugno 1988, n. 4235, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 2551; Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 483).

Dopo aver in tal modo «svuotato» l'aleatorietà del contratto sia dal lato delle perdite che da quello degli utili, il giudicante conclude – sembrerebbe non senza una certa soddisfazione – che il principio ricavato «finisce per rappresentare un rilevante criterio differenziale tra le due figure contrattuali dell'associato in partecipazione e del rapporto di lavoro subordinato, nella misura in cui rimarca una diversa omogeneità di interessi tra associato e lavoratore subordinato, in ragione di un distinto e meno diretto coinvolgimento nelle fortune dell'impresa del secondo rispetto al primo, in considerazione principalmente delle sue ricadute in termini economici».

Il punto merita qualche riflessione.

Sebbene la Corte circonda di cautele il riconoscimento della compatibilità dell'associazione in partecipazione con un *minimum* assicurato in ogni caso all'associato, premurandosi di specificare che lo stesso non è né corrispettivo né circondato dalle ordinarie garanzie stabilite per le prestazioni retributive, la previsione di una quota fissa – attenuando il rischio che caratterizza il contratto di associazione (e questo sia quando lo si consideri un contratto associativo, sia quando lo si ritenga un contratto di scambio aleatorio) – mal si concilia con questo schema negoziale, mentre richiama sicuramente molto più da vicino la categoria del lavoro subordinato a retribuzione variabile.

Nell'aleatorietà, invero, individuava il fondamentale criterio distintivo dell'associazione in partecipazione già la giurisprudenza sul cd. contratto «alla parte» (Cass. 26 settembre 1962, n. 2784, in *Dir. mar.*, 1963, p. 518), che riteneva conseguentemente che in caso di parzialità – per la garanzia di un compenso minimo – della retribuzione partecipativa si avesse commutatività e quindi ricorrenza di un rapporto di lavoro subordinato; impostazione questa alla quale si è attenuta successivamente la giurisprudenza più rigorosa [Cass. 2 agosto 1975, n. 2960, in *Rep. Foro it.*, 1975, voce *Associazione in partecipazione* (0640), n. 6; Cass. 8 gennaio 1980, n. 149, in *Mass. Giust. civ.*, 1980, fasc. 1; Cass. 16 febbraio 1989, n. 927, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 1790; Cass. 17 set-

tembre 1991, n. 9671, in *Mass. Giust. civ.*, 1991, fasc. 9; Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, cit.; Cass. 12 gennaio 2000, n. 290, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 815; sul contrasto con «lo schema causale tipico» del contratto della predeterminazione della remunerazione dell'apporto, vedi M. De Acutis, *L'associazione in partecipazione: le nuove tecniche di utilizzazione e i problemi giuridici connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, p. 46; L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, Milano, 1957, I, p. 441; P. Guerra, *Criteri di distinzione tra rapporto associativo e rapporto di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 1952, p. 75].

La Corte incorre inoltre, nel passaggio in esame, in alcune sviste non di poco conto, in quanto riconduce la previsione di una quota fissa garantita all'associato alla partecipazione alle perdite dello stesso (Peraltro, sulla configurabilità stessa di una partecipazione alle perdite in caso di apporto costituito esclusivamente da prestazioni di lavoro, cfr. L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., p. 401; G. De Ferra, *Della associazione...*, cit., p. 104); e, in secondo luogo, fa riferimento a un rapporto di «corrispondenza tra apporto lavorativo e corrispettivo pattuito», mentre è oggetto di pattuizione esclusivamente la misura della partecipazione agli utili, non il corrispettivo in sé.

Ugualmente perplessi lascia l'affermazione che la partecipazione agli utili dell'associato può tradursi «nella partecipazione ai globali introiti economici dell'impresa o a quelli di singoli affari, sicché sotto tale versante non assume alcun rilievo ai fini qualificatori il riferimento delle parti contrattuali agli utili dell'impresa o viceversa ai ricavi per singoli affari» (In tal senso già Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, cit.; Cass. 6 maggio 1997, n. 3936, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 683; Cass. 21 giugno 1988, n. 4235, cit.), poiché in tal modo nuovamente viene posta in discussione l'aleatorietà che contraddistingue il contratto di associazione in partecipazione e lo differenzia profondamente da quello di lavoro [G. De Ferra, *Della associazione...*, cit., pp. 13 ss.; G. Leone, *L'associazione in partecipazione*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti*, Bari, 2006, p. 515, che richiama altresì i differenti assetti di interessi – e quindi i diversi sistemi di tutela apprestati dall'ordinamento – sottesi al lavoro e all'associazione].

Il riferimento alle modalità di effettuazione della prestazione, parimenti, oltre a essere *ex se* poco significativo – atteso che l'associante che riceve in obbligazione prestazioni di lavoro ha il potere di disporre nell'esercizio della sua attività di gestione (*ex art.* 2552, comma 1, cod. civ.), rientrando tale potere di conformazione dell'attività lavorativa nell'ordinario potere di organizzazione dei fattori di produzione (Anche, se necessario, attraverso la determinazione «degli orari di lavoro, delle norme di disciplina, delle modalità di esecuzione»: così espressamente L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., pp. 382, 383; in senso analogo Cass. 6 novembre 1998, n. 11222, cit.; Trib. Firenze, 27 dicembre 2001, in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 438) –, è operato in modo alquanto «nebuloso» nella pronuncia.

La Corte, pur prendendo le mosse da una precedente sentenza (Cass. 16 febbraio 1989, n. 927, cit.) nella quale si afferma che «il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione», affievolisce poi tale criterio distintivo annoverando espressamente tra gli elementi tipici dello stesso contratto di associazione in partecipazione il «potere d'impartire direttive e istruzioni all'associato», sebbene considerato «di minore incidenza» a fini qualificatori rispetto ad altri in quanto spettante anche al datore di lavoro «come elemento connaturato [...] all'esistenza della subordina-

zione», e non si preoccupa affatto – come invece avrebbe dovuto – di specificare l'*ubi consistam* di questa supposta diversità tra il potere di impartire direttive dell'associante e quello proprio del datore di lavoro (*Contra*, sull'irrilevanza della subordinazione ai fini della distinzione tra associazione e rapporto di lavoro, L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., pp. 382 ss.; C. Peyron, *L'associazione: una nuova frontiera del lavoro subordinato?*, in *Mass. giur. lav.*, 1988, p. 426; T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, p. 38, nota 26; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 57; P. Guerra, *Criteri...*, cit., p. 75).

Solo un rapido accenno si rinviene nella sentenza ad altri elementi dell'associazione – quali il diritto al «rendiconto periodico» e il «controllo, seppure realizzabile con modalità diverse, sulla gestione dell'impresa» spettanti all'associato – che potrebbero avere rilievo ai fini della demarcazione del confine tra le due figure contrattuali in esame.

La valorizzazione di tali dati, infatti, potrebbe essere di notevole utilità nel segnare questo *discrimen* [Cfr. Pret. Padova, 27 febbraio 1986, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 658; Pret. Mantova, 10 maggio 1995, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Lavoro (rapporto)* (3890), n. 602], atteso che gli stessi bilanciano la posizione di supremazia dell'associante – limitandone la libertà di gestione dell'impresa – con la protezione degli interessi dell'associato (M. Ghidini, voce *Associazione in partecipazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, vol. III, p. 859; G. De Ferra, voce *Associazione in partecipazione. I) Diritto commerciale*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, vol. III, p. 5), a differenza di quanto avviene nel contratto di lavoro subordinato che è marcato da una sostanziale estraneità del lavoratore alla gestione dell'organizzazione datoriale (L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., pp. 377 ss.; T. Treu, *Onerosità...*, cit., p. 39; vedi inoltre Cass. 22 dicembre 1981, n. 6750, in *Riv. not.*, 1982, p. 66) anche nel caso di retribuzione partecipativa (in questo schema negoziale, infatti, la partecipazione agli utili rappresenta una semplice modalità di calcolo di un elemento contrattuale, la retribuzione, la cui natura e regolamentazione rimangono immutate: G. Ferri, voce *Partecipazione agli utili*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, vol. XXXII, pp. 15 ss.; S. Nappi, *Associazione in partecipazione e apporto di lavoro dell'associato*, in *Dir. lav.*, 1993, p. 153; F. Mortillaro, voce *Retribuzione I) Rapporto di lavoro privato*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, vol. XXVII, pp. 9-10].

Altro dato che potrebbe essere apprezzabile nella prospettiva indicata – e che viene invece del tutto trascurato – è la sottoposizione al consenso dell'associato dell'attribuzione ad altri soggetti di partecipazioni per lo stesso affare o la stessa impresa (art. 2550 cod. civ.), che garantisce a questo la cd. immutabilità del rischio (invarianza della posizione di rischio in relazione alla percezione e alla misura degli utili) e costituisce, insieme a quelli precedenti, uno dei contrappesi che compensano la sua posizione di subalternità nel complesso sistema di equilibri di potere dell'associazione in partecipazione (G. De Ferra, *Della associazione...*, cit., p. 52).

Parimenti altri elementi – segnatamente la spettanza del potere di gestione al solo associante *ex art.* 2552, comma 1, cod. civ., e l'esclusiva titolarità dello stesso di ogni rapporto con i terzi *ex art.* 2551 cod. civ. –, che determinano nell'associazione in partecipazione una situazione «di netta disparità per quanto attiene al potere decisivo tra chi presta le proprie opere e chi le utilizza» (L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., p. 370) e che avrebbero potuto essere utilizzati nel marcare la differenza del-

la posizione di soggezione del prestatore di lavoro in questo tipo di contratto e nel contratto di lavoro subordinato, sono completamente ignorati.

Emergono, in conclusione, i seri limiti di una ricerca del criterio differenziale tra associazione in partecipazione con apporto di prestazioni lavorative e rapporto di lavoro subordinato condotta facendo leva su singoli elementi «qualificanti», soprattutto quando gli stessi siano inquinati come avviene nella sentenza qui commentata; solo un'analisi che muova dai differenti assetti di interessi che sono alla base dei due modelli negoziali può, invece, addivenire a risultati adeguati [L. Spagnuolo Vigorita, *Lavoro subordinato...*, cit., pp. 412 ss.; analogamente C. Peyron, *L'associazione...*, cit., p. 426; F. Santoni, *L'associazione in partecipazione*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, vol. 17, p. 530; un'innovativa riflessione sull'alternativa tra contratto di lavoro subordinato e altri contratti, tra i quali l'associazione in partecipazione, nell'organizzazione del lavoro *post-tayloristica*, in U. Carabelli, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 1, pp. 46 ss.].

Angelica Riccardi
*Assegnista di Ricerca nella Facoltà di Giurisprudenza
dell'Università di Foggia*

CASSAZIONE, 13 aprile 2007, n. 8910, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Rel. Roselli, P.M. Fedeli (concl. conf.) – S. W. (avv.ti Napolitano, Viola) c. Ras – Riunione Adriatica di Sicurtà Spa (avv.ti Scognamiglio, Favalli, Trifirò, Porcelli).

Procedimento disciplinare – Sanzione – Impugnazione in giudizio – Riduzione a opera del giudice – Inammissibilità – Limiti.

Il potere di organizzazione dell'impresa include il potere del datore di lavoro di comminare sanzioni disciplinari e di proporzionarle alla gravità dell'illecito accertato. Perciò, la scelta della sanzione da irrogare, essendo riservata esclusivamente al titolare del potere disciplinare, non può essere esercitata dal giudice neppure quanto alla riduzione della gravità della sanzione, salvo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista soltanto in una riconduzione al limite. Tuttavia, qualora il datore di lavoro, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, chieda la riduzione della pena, il giudice ha facoltà di sostituire la sanzione già inflitta con una più lieve. (1)

(Omissis)

Svolgimento del processo

Con ricorso del 23 giugno 1994 al pretore di Napoli, Wa.So., liquidatore di sesto livello alle dipendenze della Spa Ri.Ad. di Si. (Ra.), chiedeva l'annullamento della sanzione disciplinare della sospensione di dieci giorni, inflittagli per negligenze nell'attività lavorativa accertate in modo – a suo dire – illegittimo perché occulto (art. 3, legge 20 maggio 1970, n. 300).

Con altri ricorsi, del 5 e del 25 maggio 1995, il So. chiedeva il risarcimento dei danni da illegittima sanzione, e ancora con ricorso del 18 dicembre 1995 egli chiedeva l'accertamento della qualifica di dirigente di massimo livello o, in subordine, di funzionario, con le conseguenti differenze retributive, per avere svolto le sue funzioni in favore anche delle Spa, Lavoro e sicurtà nonché l'It., nonché l'incarico di transigere controversie per sinistri e di emettere assegni da libretti intestati a tutte le dette società.

Costituitesi queste e riuniti i giudizi, il pretore commutava la sanzione in biasimo scritto, dichiarava il difetto di legittimazione passiva della società Lavoro e sicurtà e l'It. e rigettava tutte le altre domande con decisione del 15 luglio 1999, confermata con sentenza del 4 dicembre 2003 dalla Corte d'Appello di Napoli, la quale, quanto alla sanzione disciplinare, notava che gli illeciti addebitati al lavoratore erano risultati da controlli esercitati non già in forma occulta bensì da personale appartenente all'organizzazione gerarchica dell'imprenditore, ben conoscibile dal lavoratore controllato e incaricato di verificare l'andamento generale della gestione

dell'assicurazione contro i sinistri nella sede di Na. Non risultava, poi, che la contestazione degli addebiti non fosse stata tempestiva.

Quanto alla commutazione della sanzione in senso riduttivo, essa rientrava nei poteri del pretore poiché l'imprenditore, pur se unico titolare del potere disciplinare, aveva espressamente e ritualmente chiesto la riduzione durante il giudizio.

(Omissis)

Contro questa sentenza il So. ricorre per cassazione mentre la Spa Ra. resiste con controricorso.

(Omissis)

Con l'ottavo motivo (B.1.) il ricorrente lamenta la violazione degli artt. 3, legge n. 300 del 1970, 2104 cod. civ., sostenendo che l'illecito disciplinare contestatogli venne accertato con mezzi illegittimi ossia in forma occulta ossia, ancora, da funzionari estranei al servizio di vigilanza.

Il motivo è privo di alcun fondamento poiché l'art. 3, cit., stabilendo l'obbligo di pubblicità del personale addetto alla vigilanza aziendale al fine di evitare un controllo occulto sulle prestazioni del lavoratore, non impedisce all'imprenditore di esercitare i suoi necessari e ovvii poteri di controllo, da solo o attraverso ausiliari le cui funzioni possano in ogni momento e all'occorrenza essere conosciute da tutti in qualsiasi momento, come nel caso di specie (Cass. 14 luglio 2001, n. 9576, 2 marzo 2002, n. 3039).

(Omissis)

Col dodicesimo motivo (B.5.) il ricorrente deduce la violazione degli artt. 112, 416, 418 cod. proc. civ., sostenendo che i giudici di merito non avrebbero potuto infliggere una sanzione disciplinare minore di quella inflitta dal datore di lavoro senza una «domanda riconvenzionale» di quest'ultimo.

Neppure questo motivo è fondato.

Il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità all'illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare e neppure quanto alla riduzione della gravità della sanzione può essere esercitato dal giudice (Cass. 16 novembre 2000, n. 14841; 21 maggio 2002, n. 7462, e cfr. Cass. 16 agosto 2004, n. 15932), salvo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista perciò soltanto in una riconduzione al limite.

Istituti come la riduzione d'ufficio della penale (art. 1384 cod. civ.; Cass., Ss.Uu., 13 settembre 2005, n. 18128) o come la conversione del contratto nullo (art. 1424 cod. civ.) sono estranei al tema disputato sia perché la sanzione disciplinare, a differenza della penale nel contratto, non ha funzione risarcitoria, sia perché la sanzione eccessiva non è equiparabile al negozio giuridico nullo e del resto la conversione giudiziale presuppone l'assenza di una

manifestazione d'autonomia riservata all'autore del negozio (cfr. art. 1424, cit.: «debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto...»).

Diverso è però il caso, verificatosi nella concreta fattispecie, in cui lo stesso datore di lavoro, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, chieda nell'atto di costituzione (non v'è alcuna domanda riconvenzionale) la riduzione della pena per l'ipotesi in cui il giudice, in accoglimento della domanda del lavoratore, ritenga eccessiva la sanzione già inflitta. In tal caso l'applicazione di una pena minore non sottrae autonomia all'imprenditore e realizza l'economia di un nuovo ed eventuale giudizio, avente a oggetto la stessa.

Rigettato il ricorso, le spese seguono la soccombenza.

(*Omissis*)

(1) IL POTERE DISCIPLINARE E LA CAPACITÀ DEL GIUDICE DI COMMUTARE LA SANZIONE

1. — *Introduzione* — Con la sentenza che si annota la Corte di Cassazione ha inteso ribadire la piena ed esclusiva titolarità in capo al datore di lavoro dell'esercizio del potere disciplinare, ricordando quali siano i limiti posti in materia all'operato del giudice. Nel caso considerato, un dipendente di una compagnia assicuratrice proponeva ricorso al giudice ordinario chiedendo l'annullamento di una sanzione disciplinare e il risarcimento dei danni subiti. Il giudice, successivamente, rigettava la domanda e commutava, in senso riduttivo, la sanzione della sospensione in biasimo scritto. A seguito della conferma della sentenza da parte della Corte d'Appello, il lavoratore proponeva ricorso in Cassazione lamentando che i giudici di merito non avrebbero potuto comminare una sanzione disciplinare più lieve senza una domanda riconvenzionale del datore di lavoro. Tuttavia, la Suprema Corte rigettava il ricorso, non ritenendo lesa l'autonomia imprenditoriale del datore di lavoro, della quale il potere disciplinare è espressione.

2. — *L'organizzazione dell'impresa e il potere disciplinare del datore di lavoro* — Gli artt. 2104 e 2105 cod. civ. individuano nella diligenza, nell'obbedienza e nella fedeltà gli obblighi a cui il lavoratore subordinato deve attenersi per eseguire correttamente la prestazione, oggetto del contratto di lavoro. Al fine di tutelare l'efficacia e l'efficienza dell'organizzazione dell'impresa, il legislatore, accanto al potere organizzativo previsto ex art. 2086 cod. civ., espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. (L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, reperibile sul sito [web www.dirittodellavoro.it](http://www.dirittodellavoro.it)), ha affidato al datore la titolarità del potere di imporre pene private al lavoratore che abbia posto in essere comportamenti idonei a violare gli obblighi contrattuali sopra indicati (Sulla natura e la funzione delle sanzioni disciplinari, cfr. Cass. 21 maggio 2002, n. 7462, in *Cd-Rom Foro it.*, 1987-2001; Cass. 17 agosto 2001, n. 11153, in *D&L*, 2002, p. 189. Sull'argomento anche F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1991, p. 203). Tuttavia è con l'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che l'ordi-

namento è intervenuto per riconoscere espressamente al datore di lavoro il potere disciplinare nella duplice accezione di potere normativo di individuare le infrazioni, e le relative sanzioni comminabili, e potere di applicarle, fermi restando i limiti stabiliti dal comma 4 dell'articolo citato (Sul potere disciplinare del datore di lavoro, M. Persiani e G. Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2005, p. 103; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, p. 446).

3. — *Il potere (e non dovere) disciplinare tra discrezionalità del suo esercizio e ipotesi di illegittimità della sanzione* — La norma contenuta nell'art. 2106 cod. civ. prevede che le sanzioni irrogate rimangano, a pena di illegittimità, nell'ambito dei confini del principio di proporzionalità tra il comportamento illecito del lavoratore e la reazione sanzionatoria del datore di lavoro. Il principio della proporzionalità, dunque, limita indirettamente il potere direttivo, poiché argina la reazione del datore all'inadempimento del lavoratore nei limiti della gravità dello stesso, e opera sul piano della predeterminazione del codice disciplinare vincolando sia il datore che l'autonomia collettiva (Così, A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore. Funzioni e limiti*, in *Lav. dir.*, 2002, n. 3, p. 404). Ciò significa che il datore di lavoro, se ha la facoltà di decidere sull'*an*, ovvero se sanzionare o meno i comportamenti illeciti posti in essere dal lavoratore, successivamente, una volta inoltrata la contestazione dell'addebito, è vincolato dai limiti sostanziali che l'art. 7 Stat. lav. pone all'elastica applicazione del generico principio di proporzionalità (Sui limiti sostanziali e procedurali al potere disciplinare, E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2006, p. 89. In giurisprudenza, Cass. 18 gennaio 2007, n. 1101, in *Guida lav.*, 2007, n. 14, p. 23; Cass. 22 dicembre 2006, n. 27452, in *Guida lav.*, 2007, n. 7, p. 66). Al riguardo, si evidenziano i limiti sul *quantum*, grazie ai quali il massimo edittale per le sanzioni della multa e della sospensione è stato fissato rispettivamente a quattro ore e a dieci giorni, e quelli sul *topos*, per i quali sia l'infrazione che la sanzione debbono essere tipiche, vale a dire contenute nel regolamento disciplinare reso noto al personale dipendente (Sebbene la Corte di Cassazione, con sentenza 23 ottobre 2006, n. 22708, in *Guida lav.*, 2007, n. 3, p. 46, abbia ritenuto legittimo il licenziamento disciplinare intimato per comportamenti non tipizzati ma contrari al comune senso etico).

Qualora il datore di lavoro contesti un addebito inesistente, oppure violi il principio di proporzionalità, o, ancora, violi una norma procedimentale, il lavoratore potrà eccepire l'illegittimità della sanzione e chiederne l'annullamento utilizzando una delle tipologie di impugnazione previste dai commi 6 e 7 dell'art. 7 Stat. lav., tra i quali il ricorso al giudice ordinario, in funzione di giudice unico del lavoro. In particolare, nell'ipotesi in cui manchi proporzionalità tra addebito e sanzione, la *vexata quaestio* se tale proporzione possa autorizzare il giudice a convertire la sanzione comminata in un'altra meno grave trova soluzione positiva nella giurisprudenza di merito per la quale si dovrebbe presumere che il datore di lavoro che avesse saputo del vizio del provvedimento intimato avrebbe irrogato la sanzione meno grave (Sul punto, Pret. Bologna 4 luglio 1988, in *Dir. prat. lav.*, 1988, p. 2819; Pret. Firenze 9 febbraio 1984, in *Giur. it.*, 1984, I, p. 577).

Più prudente, invece, è la posizione assunta dalla Suprema Corte che, per esempio, pur permettendo la conversione del licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo, a meno che non vengano mutati i motivi e trovati fatti

nuovi da quelli posti alla base della contestazione (Cass. 20 giugno 2002, n. 9006, in *Mass. giur. lav.*, 2002), non ritiene convertibile la sanzione espulsiva del licenziamento in una sanzione conservativa, poiché il pronunciamento del giudice che comporti l'applicazione d'ufficio di una sanzione conservativa rischierebbe di sottrarre al datore il potere di graduazione, ovvero di scelta fra le sanzioni previste dal codice disciplinare (Cfr., Cass. 16 agosto 2004, n. 15932, in *Mass. giur. lav.*, 2004, p. 699; Cass. 21 maggio 2002, n. 7462, cit.; Cass. 16 novembre 2000, n. 14841, in *Not. giur. lav.*, 2001, p. 189; Cass. 25 maggio 1995, n. 5753, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 601. L. Montuschi, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, p. 127, nega che al giudice di merito, al quale è riservato il controllo di proporzionalità tra fatto e sanzione, si possa attribuire il potere di riduzione della sanzione). Quindi, per l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità, il giudice adito per l'annullamento di una sanzione deve rispettare il divieto di *ultra* ed *extra petita* ex art. 112 cod. proc. civ. e, conseguentemente, non può convertire una sanzione in una più tenue, a meno che non gli sia richiesto dall'attore, e il datore, titolare del potere disciplinare, non eccepisca in senso contrario. È interessante osservare che nella motivazione della sentenza in esame, la Suprema Corte ha voluto ricordare la differenza tra la questione giuridica in discussione e quanto disposto dalla disciplina del contratto in generale, mettendo in evidenza che la sanzione disciplinare sproporzionata è diversa tanto dalla penale nel contratto (art. 1384 cod. civ.), che avendo finalità risarcitoria può essere diminuita secondo equità dal giudice anche d'ufficio (Cfr., Cass., Ss.Uu., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, p. 2985), quanto dal contratto nullo, che può essere convertito dal giudice qualora ritenga che le parti lo avrebbero potuto volere (art. 1424 cod. civ.).

4. — *Il potere del giudice di proporzionare le sanzioni disciplinari* — La Suprema Corte si allinea, dunque, all'orientamento prevalente assunto in materia dalla giurisprudenza di legittimità affermando, nella motivazione della pronuncia in epigrafe, che il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità dell'illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell'impresa quale esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., e quindi, essendo riservato esclusivamente al titolare, non può essere esercitato dal giudice mediante la riduzione della sanzione, salvo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto in una riconduzione al limite. Tuttavia, la Corte di Cassazione, in questo caso, ammette che il giudice di merito possa ridurre la pena inflitta, dando rilevanza determinante alla circostanza che lo stesso datore di lavoro, convenuto in giudizio per l'annullamento della sanzione, aveva chiesto nel proprio atto di costituzione la riduzione della pena stessa ritenuta eccessiva, in subordinazione all'accoglimento della domanda attorea.

La decisione della S.C., dunque, ha il merito di raggiungere un duplice scopo: consentire al giudice di contribuire all'esercizio dell'autonomia imprenditoriale, nonché permettere la realizzazione della volontà del datore pur se non espressa con domanda riconvenzionale, così da evitare l'instaurazione di un nuovo processo nel pieno rispetto del principio di economia dell'attività giudiziaria previsto ex art. 111 Cost.

CASSAZIONE, 30 marzo 2007, n. 7880, Ss.Uu. Civ. – Pres. V. Carbone, Rel. Vidiri, P.M. Iannelli (concl. conf.) – M. M. c. Ac. Pu. Spa. Cassa App. Bari 10 novembre 2003.

Licenziamento individuale – Dirigente apicale – Art. 7, legge n. 300/70 – Garanzie procedimentali – Applicabilità – Conseguenze.

Le garanzie procedimentali dettate dall'articolo 7, commi 2 e 3, della legge n. 300/70 devono trovare applicazione nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente – a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa – sia se il datore di lavoro addebiti al dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole), sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia. Dalla violazione di dette garanzie, che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico-sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedimentali effetti differenti da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso. (1)

(Omissis)

5. Queste Ss.Uu. ritengono che una interpretazione del dato normativo costituzionalmente orientata, che voglia rispondere anche a criteri logico-sistematici, induca a condividere la tesi favorevole a estendere, a tutti coloro che rivestono la qualifica di dirigenti in ragione della rilevanza dei compiti assegnati dal datore di lavoro e, quindi, senza distinzione alcuna tra dirigenti *top manager* e altri (cd. dirigenti «medi» o «minori») appartenenti alla stessa categoria, l'*iter* procedurale previsto dall'articolo 7 Stat. lav.

5.1. Il giudice delle leggi, in occasione della soluzione di numerose questioni costituzionali sollevate sotto vari profili in ordine all'ambito di applicabilità della suddetta norma statutaria ha proceduto per quanto attiene alla individuazione della *ratio* di tale disposizione ad alcune precisazioni di sicura rilevanza nel caso di specie perché capaci di orientare la soluzione della problematica in oggetto.

5.2. E invero la Corte Costituzionale al riguardo ha evidenziato: che devono essere assicurate tutte le garanzie procedurali dell'articolo 7 Stat. lav. nel caso di lavoratore investito dalla più grave delle sanzioni disciplinari e indipendentemente dal numero dei dipendenti del datore di lavoro «perché non vi è dubbio che il licenziamento per motivi disciplinari, senza l'osservanza delle garanzie suddette, può incidere sulla sfera morale e professionale del la-

voratore e crea ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare» (Corte Costituzionale, sentenza n. 427/89); che l'articolo 7, commi 2 e 3, Stat. lav. raccoglie poi il ben noto sviluppo a un tempo socio-politico e giuridico formale che ha indotto a esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma, cioè, di produzione dell'atto, che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: *audiatur et altera pars*; rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente a irrogare la sanzione è (non già come avviene nel processo giurisdizionale il giudice, per tradizione e legge, *super partes*, ma) *una pars* (Corte Costituzionale sentenza n. 204/82); che nell'esercizio di un potere disciplinare riferito allo svolgimento di qualsiasi rapporto di lavoro subordinato (di diritto privato o di pubblico impiego) ovvero di lavoro autonomo e professionale al principio di proporzione deve coniugarsi la regola del contraddittorio, «secondo cui la valutazione dell'addebito, necessariamente prodromica all'esercizio del potere disciplinare, non è un mero processo interiore e interno a chi tale potere esercita, ma implica il coinvolgimento di chi versa nella situazione di soggezione, il quale avendo conosciuto l'addebito per essergli stato previamente contestato deve poter addurre, in tempi ragionevoli, giustificazioni a sua difesa, sicché sotto questo secondo profilo è necessario il previo espletamento di un procedimento disciplinare che, seppur variamente articolabile, sia rispettoso della regola *audiatur et altera pars*» (cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 220/95).

5.3. Orbene gli enunciati principi mostrano con palmare chiarezza come la giurisprudenza dei giudici costituzionali si sia caratterizzata, come si evince peraltro dalla ritenuta applicabilità dell'articolo 7 Stat. lav., anche al rapporto di lavoro domestico sul cui recesso *ad nutum* non si è mai dubitato (cfr. sul punto la combinata lettura delle sentenze n. 193/95 e n. 427/89 della Corte Costituzionale già citate, nonché Cassazione n. 5213/03, pure citata) per una generalizzata estensione delle procedure di contestazione dei fatti posti a base del recesso, che trova la sua effettiva *ratio* non nelle caratteristiche intrinseche del rapporto di lavoro (cfr. al riguardo, per l'imprescindibilità e la compatibilità delle garanzie procedurali con posizioni lavorative pur aventi caratteri peculiari, Corte Costituzionale n. 96/1981 per i naviganti marittimi, e Corte Costituzionale n. 41/1991 per i naviganti aerei e, sotto altro versante, anche Corte Costituzionale n. 193/95, cit., per il lavoro domestico), ma nella capacità dei suddetti fatti di incidere direttamente, al di là dell'aspetto economico, sulla stessa «persona del lavoratore», ledendone talvolta, con il decoro e la dignità, anche la sua stessa immagine in modo irreversibile. E la capacità espansiva della normativa scrutinata, in ragione dei motivi ora esposti, ha trovato riscontro espresso ancora in una decisione della

Corte Costituzionale che, seppure di carattere interpretativo e come tale non vincolante, ha, proprio con riferimento al dirigente, evidenziato come lo stesso goda di una stabilità relativa (prevista dal contratto collettivo di categoria e variabile da impresa a impresa), nonché della tutela da riconoscere *ex lege* contro fatti suscettibili di ledere la sua dignità di uomo e di lavoratore (per esempio, licenziamento intimato senza l'atto scritto; licenziamenti discriminatori; licenziamenti disciplinari senza osservanza di norme che richiedano il riconoscimento di garanzie procedurali) (cfr. in tali sensi: Corte Costituzionale n. 309/92).

5.4. Orbene, se il tratto caratterizzante dell'articolo 7 Stat. lav. va individuato, come emerge, dunque, dai ricordati interventi della Corte Costituzionale, nell'esigenza di garantire a ogni lavoratore nel momento in cui gli si addebitano condotte con finalità sanzionatorie il diritto di difesa, e se non è, come si è visto, di certo estranea alla *ratio* della norma in esame l'intento di tutelare la «persona» del lavoratore nella professionalità, nel decoro e nella sua stessa immagine, tutto ciò attesta che non risponde a consequenzialità logica una lettura restrittiva del dato normativo che finisca per penalizzare i dirigenti, i quali specialmente se con posizioni di vertice e se dotati di più incisiva autonomia funzionale possono subire danni, con conseguenze irreversibili per la loro futura collocazione nel mercato del lavoro, da un licenziamento, che, non consentendo loro una efficace e tempestiva difesa, può lasciare ingiuste aree di dubbio sulla trasparenza del comportamento tenuto e sulla capacità di assolvere a quei compiti di responsabilità correlati alla natura collaborativa e fiduciaria caratterizzante il rapporto lavorativo.

5.5. Ma oltre le considerazioni svolte, l'attuale assetto normativo delle relazioni industriali e ragioni logico-sistematiche ostano a che in relazione all'obbligo di contestazione degli addebiti possa procedersi a una frammentazione della categoria dirigenziale, al fine di esimere il datore di lavoro dall'osservare tale obbligo nei confronti dei soli dirigenti cd. apicali.

5.6. Come è stato rilevato l'atto di nascita della figura del dirigente, come qualifica dotata di propria autonomia rispetto a quella impiegatizia, risale al periodo corporativo, e precisamente al r.d. n. 1130/26 («Norme per l'attuazione della legge n. 563/26 sulla disciplina giuridica dei rapporti collettivi di lavoro») che, all'articolo 6 – riprendendo l'elencazione degli impiegati con funzioni direttive contenuta nel r.d. n. 1825/1924 –, imponeva a tutti «i direttori tecnici e amministrativi e gli altri capi di ufficio, di servizi con funzioni analoghe, gli institori in generale e gli impiegati muniti di procura» di far parte di associazioni sindacali a sé stanti rispetto a quelle degli altri lavoratori «intellettuali e manuali»; e all'articolo 34 richiedeva altresì che le associazioni della categoria, così individuata, aderissero alle federazioni delle associazioni di datori di lavoro.

5.7. L'unicità della definizione legislativa della categoria, unitamente alla sua formulazione dai limiti non agevolmente identificabili, hanno favorito durante il periodo corporativo una elaborazione giurisprudenziale, cui si è ritenuto che abbia fatto riferimento il legislatore del 1942 nell'individuare «i dirigenti» tra le categorie dei lavoratori di cui al comma 1 dell'articolo 2095 cod. civ.

Il superamento del sistema giuridico, nell'ambito del quale si era, come visto, collocata la disciplina dell'unitaria categoria dei dirigenti, e la perdurante mancanza di una più completa, se non esaustiva determinazione normativa della categoria, hanno nel tempo determinato notevoli incertezze essendosi seguita, come è dimostrato dal panorama giurisprudenziale di cui si sono in precedenza indicati i passaggi più significativi, sia la soluzione di equiparare in una ottica unitaria segnatamente, per quanto attiene all'assoggettamento al potere disciplinare e a quello datoriale di recesso, gli alti dirigenti (*top manager*) ai cd. dirigenti convenzionali (dirigenti medi o minori), sia quella opposta di differenziare nettamente la posizione dei dirigenti apicali dai restanti dirigenti, garantendo ai primi una tutela differenziata rispetto a quella dei secondi, cui vengono riconosciute tutte le generali tutele lavoristiche.

5.8. Il tentativo da parte della dottrina di recuperare margini di maggiore certezza nella individuazione della categoria dirigenziale si è concretizzata nell'enunciazione del principio, seguito anche in giurisprudenza (cfr. al riguardo tra le altre: Cassazione n. 15351/03; n. 13193/03), secondo cui la qualifica di dirigente spetta, come si è visto e come si deve nuovamente ricordare, a colui che, nell'ambito dell'azienda, abbia un ruolo caratterizzato dall'ampiezza del potere gestorio, tanto da poter essere definito un vero e proprio *alter ego* dell'imprenditore, in quanto preposto all'intera azienda o a un ramo o servizio di particolare rilevanza, in sostanziale autonomia, posizione di tale da influenzare l'andamento e le scelte dell'attività aziendale, sia al suo interno che nei rapporti con i terzi.

6. Il perdurare di opinioni differenziate sollecita, attraverso i compiti di nomofilachia di queste Ss.Uu rafforzati dal recente d.lgs. n. 40/2006, soluzioni capaci di assicurare maggiori certezze in una materia di particolare rilevanza per le sue ricadute non limitate alla loro dimensione economica.

7. Alcune delle esposte ragioni che fanno propendere per l'estensibilità del disposto dell'articolo 7 Stat. lav. a tutti i dirigenti (al di là di qualsiasi differenza riscontrabile sul piano dei poteri riconosciuti loro dal datore di lavoro), per porsi ciascuno di essi sempre in una posizione ben distinta dal datore di lavoro come emerge anche nella dirigenza pubblica (caratterizzata, ai sensi dell'articolo 5, comma 2, d.lgs. n. 165/01, per la drastica separazione tra funzioni di indirizzo, spettanti agli organi politici, e «funzioni amministrative gestionali» di competenza, invece, dei dirigenti), mostrano la loro u-

tilità anche per la soluzione dell'altra problematica che questa Corte è chiamata ad affrontare, quella, cioè, riguardante le conseguenze scaturenti dalla mancata (o non corretta) applicazione della disposizione statutaria.

7.1. È stato da più parti affermato che il giudice non può sovrapporre una nozione ontologica della categoria dirigenziale a quella emergente dalla contrattazione collettiva, che può qualificare come dirigenti anche lavoratori che occupino posizioni in parte diverse da quelle di più elevato spessore contenutistico proprie del cd. *alter ego* dell'imprenditore. In una visione più generale è stato anche denunciato un superamento dei tradizionali criteri definitivi della qualifica di dirigente, dovendosi prendere atto che l'articolazione della moderna organizzazione del lavoro ha portato con sé anche una evoluzione della prassi aziendale e della contrattazione collettiva, che ha così compreso nella figura dirigenziale dipendenti che, seppure privi dei poteri degli alti dirigenti, assumono tuttavia ampie responsabilità gestionali per l'alta qualificazione sul piano tecnico, scientifico e professionale che li colloca ugualmente in una posizione di vertice nel mercato del lavoro. E sempre nella stessa direzione – volta ad assegnare la dovuta rilevanza alle complesse e numerose strutture in cui si dividono sovente i vari rami dell'impresa e che necessitano di una costante collaborazione tra i preposti – è stato poi precisato che sono veri e propri dirigenti anche quelli cd. minori, sempre che però rientrino nella previsione e definizione della contrattazione collettiva, che ne può differenziare nell'ambito dell'autonomia negoziale propria delle organizzazioni sindacali pure la disciplina attraverso una modulazione delle tutele rescissorie sulla base del grado di rappresentatività, di autonomia e di responsabilità in concreto riconosciuto.

7.2. A tale riguardo la giurisprudenza di legittimità ha statuito sin da tempo risalente che l'articolo 2095 cod. civ., pur prevedendo le categorie fondamentali di inquadramento dei lavoratori subordinati, consente alle associazioni di determinare contrattualmente le mansioni specifiche comprese nell'una o nell'altra categoria e, nell'ambito della stessa categoria, di porre una differenziazione per gradi e qualifiche ai sensi dell'articolo 96 disp. att. cod. civ., secondo l'importanza dell'impresa, sicché al fine di stabilire la qualifica spettante al prestatore di lavoro, in relazione alle mansioni svolte, è necessario fare riferimento in primo luogo al contratto collettivo, dovendo ritenersi che le indicazioni nel medesimo contenute, in quanto esprimono la volontà delle associazioni stipulanti e la loro specifica esperienza nel settore produttivo e nella relativa organizzazione aziendale, «assumono valore vincolante e decisivo anche per quanto riguarda la classificazione di determinate mansioni specifiche nell'una o nell'altra categoria» (così: Cassazione n. 47/1983 e, più di recente, Cassazione n. 6448/02 che, a proposito di un comandante di nave, ha considerato dirigente chi è qualificato tale dal contratto collettivo).

7.3. La stessa giurisprudenza ha rimarcato poi, sempre con espresso e diretto riferimento alla categoria dei dirigenti, che, in ragione della specifica esperienza delle associazioni sindacali per quanto concerne i settori produttivi e la relativa organizzazione aziendale, e in conformità al disposto degli articoli 2095 e 2071, comma 2, cod. civ., la determinazione delle qualifiche e delle mansioni dei lavoratori costituisce attribuzione primaria della contrattazione collettiva, con la conseguenza che, nel caso di licenziamento di un dipendente inquadrato come dirigente secondo la disciplina collettiva, è da escludere l'applicabilità delle norme della legge n. 604/66, in quanto l'articolo 10 della stessa legge limita l'operatività delle proprie disposizioni ai prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio ai sensi dell'articolo 2095 cod. civ., e quest'ultimo espressamente richiama la fonte tipica costituita dalla contrattazione collettiva (cfr.: Cassazione n. 2637/81, nonché Cassazione n. 1836/92, e per riferimenti all'articolo 2095 cod. civ. anche Cassazione n. 14738/99; Cassazione n. 3056/98); e ha espressamente rilevato infine, per quanto riguarda la delimitazione della categoria dirigenziale, che nelle organizzazioni aziendali complesse può sussistere una pluralità di dirigenti di diversi livelli, con una graduazione dei loro compiti (ferma restando l'esistenza di una particolare qualità, autonomia e discrezionalità delle loro mansioni), sicché non può ritenersi perfettamente adeguata in tutte le situazioni la formula riassuntiva di *alter ego* dell'imprenditore a connotare la figura del dirigente (cfr. Cassazione n. 5213/03 cit.; Cassazione n. 12860/98; n. 1899/94).

8. La diffusa consapevolezza che la specialità della funzione dirigenziale trova, come è stato efficacemente osservato, forme di estrinsecazioni molteplici e non sempre riassumibili *a priori* in termini compiuti, e ancora la estrema labilità dei confini tra la figura di dirigente e quella professionale di impiegato con funzioni direttive e quadro di livello più elevato (tra i quali è stabilito generalmente che vengano inquadrati i lavoratori che «siano preposti ad attività di coordinamento di servizi, uffici, enti produttivi, fondamentali dell'azienda o che svolgono attività di alta specializzazione e importanza ai fini dello sviluppo e della realizzazione e degli obiettivi aziendali») inducono a ritenere che la categoria dei dirigenti debba essere identificata alla stregua di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva, non solo come detto per quanto stabilito dall'articolo 2095 cod. civ., ma anche per ben comprensibili ragioni logico-sistematiche.

8.1. E invero, non può negarsi che attraverso le scelte classificatorie delle organizzazioni sindacali si pervenga all'utile risultato, in ragione della specificità delle diverse imprese e della loro spesso variegata articolazione in settori produttivi differenziati, di determinare l'attribuzione della qualifica diri-

genziale a quanti a essi vengono preposti e, nello stesso tempo, si rende possibile modulare, pur nella unitarietà della categoria, le tutele a seconda del grado di autonomia, indipendenza e responsabilità in concreto ricollegabile a ciascun tipo di preposizione.

9. Per concludere sul punto, mentre la diversità contenutistica tra posizioni dirigenziali non legittima alcuna differenza di disciplina in ordine alla doverosa e generale assoggettabilità dei fatti causativi del recesso alla procedura *ex* articolo 7 Stat. lav., a livelli di disciplina contrattuale nulla osta, di contro, a che si introduca con il consenso delle organizzazioni sindacali in luogo dell'uniformità di disciplina una divaricazione nelle tutele a seconda del diverso grado di rilevanza dei poteri a ciascun dirigente demandati.

10. La proliferazione nei sensi esposti della categoria dirigenziale – in buona misura correlata, come è giusto ribadire, all'attuale assetto delle imprese (caratterizzato sovente, soprattutto per le imprese di grandi dimensioni e con diffusa ramificazione nel territorio e nel mercato, da una molteplicità di centri decisionali dotati di propria autonomia gestionale) nonché al processo tecnologico e alle continue innovazioni (richiedenti un personale particolarmente qualificato, talora decisivo per le stesse sorti dell'impresa) – si configura come l'esito finale dell'evoluzione della figura del dirigente indotta, come è stato perspicuamente evidenziato, proprio dalla contrattazione collettiva e dalla prassi sindacale, che hanno portato al riconoscimento della qualifica dirigenziale a lavoratori in possesso di elevate conoscenze scientifiche e tecniche o, comunque, dotati di tale professionalità da collocarsi nel mercato del lavoro in condizioni di particolare forza pur non essendo investiti di quei poteri di direzione in mancanza dei quali non appare appropriato il richiamo alla nozione di *alter ego* dell'imprenditore.

11. Il necessitato accrescimento della categoria scrutinata non può però spingersi sino al punto di includere in essa i cd. pseudo-dirigenti, cioè quei lavoratori che, seppure hanno di fatto il nome e il trattamento dei dirigenti, per non rivestire nell'organizzazione aziendale un ruolo di incisività e rilevanza analogo a quelli dei cd. dirigenti convenzionali (dirigenti apicali, medi o minori), non sono classificabili come tali dalla contrattazione collettiva, e tanto meno da un contratto individuale, non essendo praticabile uno scambio tra pattuizione di benefici economici (e di più favorevole trattamento) e la tutela garantistica a essi assicurata, al momento del recesso datoriale, dalle leggi n. 604/66 e n. 300/70.

12. All'esito dell'*iter* argomentativo sviluppato può fissarsi, dunque, il seguente principio di diritto: «Le garanzie procedurali dettate dall'articolo 7, commi 2 e 3, della legge n. 300/70 devono trovare applicazione nell'ipotesi di licenziamento di un dirigente – a prescindere dalla specifica collocazione che lo stesso assume nell'impresa – sia se il datore di lavoro addebiti al

dirigente stesso un comportamento negligente (o in senso lato colpevole) sia se a base del detto recesso ponga, comunque, condotte suscettibili di farne venir meno la fiducia. Dalla violazione di dette garanzie, che si traduce in una non valutabilità delle condotte causative del recesso, ne scaturisce l'applicazione delle conseguenze fissate dalla contrattazione collettiva di categoria per il licenziamento privo di giustificazione, non potendosi per motivi, oltre che giuridici, logico-sistematici assegnare all'inosservanza delle garanzie procedurali effetti differenti da quelli che la stessa contrattazione fa scaturire dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare o di fatti in altro modo giustificativi del recesso».

12.1. E che queste debbano essere le ricadute di un recesso che, per non essere rispettoso dell'*iter* procedurale di cui all'articolo 7 Stat. lav., importi la non valutabilità dei fatti non ritualmente contestati, è stato, di recente, ribadito da questa Corte di Cassazione con la già citata sentenza n. 5213/03. Questa decisione, infatti, dopo avere al riguardo affermato testualmente come il giudice delle leggi «con la sentenza n. 398/94 (interpretativa di rigetto di una puntuale questione di costituzionalità) ha rilevato che le conclusioni cui era pervenuta la giurisprudenza ordinaria, oltre che coerenti con le decisioni della Corte Costituzionale, dovevano ritenersi adeguatrici ai precetti costituzionali», ha poi rilevato come il pronunciato dei giudici costituzionali facesse «riferimento, evidentemente, al rilievo secondo cui sarebbe illogico attribuire all'inosservanza delle garanzie procedurali conseguenze diverse e più gravi di quelle derivanti dall'accertamento della sussistenza dell'illecito disciplinare» (così in motivazione sempre Cassazione n. 5213/03, cit.).

(1) DIRIGENTI: UNITÀ DELLA CATEGORIA E GARANZIE EX ART. 7 STAT. LAV.

La sentenza in commento scaturisce dall'esigenza di riportare a unità il palese contrasto sorto all'interno della Suprema Corte ed esplicitato dalla contrapposizione logica fra le sentenze, per citare le più rappresentative, n. 6041/1995 e n. 5213/2003. Tale contrasto giurisprudenziale ha, in realtà, origini remote. Già con la sentenza n. 204 del 1982 il giudice delle leggi aveva dichiarato illegittimi per contrasto con l'art. 3 Cost. i commi 1, 2 e 3 dell'art. 7 Stat. lav. nella parte in cui non si applicavano al licenziamento disciplinare. Con la successiva sentenza n. 427 del 1989 la Corte Costituzionale (In *Foro it.*, 1989, I, p. 2685) aveva esteso, poi, all'area della libera recedibilità l'applicabilità del procedimento *ex art. 7 Stat. lav.* ritenendo «Principi di civiltà giuridica e innegabili esigenze di parità di trattamento richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, qual è quella espulsiva con perdita del posto di lavoro e lesiva della sua dignità professionale e personale, siano in ogni caso assicurate le garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori». La sentenza della Corte Costituzionale fu seguita dalla pronuncia n. 12758/1991 (In *Foro it.*, 1992, I, p. 381), in cui la Corte di Cassazione ri-

badiva l'applicabilità ai dirigenti dei commi 1, 2 e 3 dell'art. 7 Stat. lav. Stabilita, quindi, l'applicazione del procedimento disciplinare restava ancora da definire la sanzione irrogabile in caso di violazione. In argomento la giurisprudenza, dopo un primo momento in cui era sembrata prevalere la tesi dell'applicabilità dello schema del negozio nullo (Cfr. Cass. n. 542/1991) a seguito della quale il rapporto di lavoro giuridicamente sarebbe proseguito e conseguentemente il lavoratore avrebbe avuto diritto alle retribuzioni *medio tempore* maturate sino alla valida risoluzione del rapporto, propendeva nel senso che il mancato rispetto del procedimento non comportava la nullità del licenziamento ma lo rendeva ingiustificato (Cass., Ss.Uu., nn. 3965, 3966, 4844, 4845, 4846/1994). In tale contesto si inserì la sentenza delle Sezioni Unite n. 6041 del 29 maggio 1995, la quale affermava, in considerazione del particolare vincolo fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro, che «l'art. 7 Stat. lav. non si applica al licenziamento del dirigente cd. apicale e cioè del prestatore di lavoro che, collocato al vertice dell'organizzazione aziendale, svolge mansioni tali da caratterizzare la vita dell'azienda con scelte di respiro globale, e si pone in un rapporto di collaborazione fiduciaria con il datore di lavoro dal quale si limita a ricevere direttive di carattere generale, per la cui realizzazione si avvale di ampia autonomia, e anzi esercita i poteri propri dell'imprenditore (del quale è un *alter ego*) assumendone, anche se non sempre, la rappresentanza esterna, per cui la suddetta esclusione non si estende anche al cosiddetto pseudo-dirigente o dirigente meramente convenzionale, relativamente al quale le mansioni concretamente attribuite ed esercitate non hanno le caratteristiche tipiche del rapporto propriamente dirigenziale», con la conseguente esclusione di tutele per i dirigenti di vertice e la frammentazione della categoria divisa fra figure apicali e non. Successivamente, e in aperto contrasto con la sentenza delle Sezioni Unite da ultimo citata, la pronuncia della Suprema Corte n. 5213 del 3 aprile 2003 ribadiva l'unitarietà della categoria, affermando il principio in base al quale «le garanzie procedurali dettate dall'art. 7, commi 2 e 3, della legge 20 maggio 1970, n. 300, ai fini dell'irrogazione di sanzioni disciplinari sono applicabili anche in caso di licenziamento di un dirigente d'azienda, a prescindere dalla specifica posizione dello stesso nell'ambito dell'organizzazione aziendale, se il datore di lavoro addebita al dirigente un comportamento negligente o, in senso lato, colpevole, al fine di escludere il diritto del medesimo al preavviso, oppure all'indennità cd. supplementare eventualmente prevista dalla contrattazione collettiva in ipotesi di licenziamento ingiustificato; la violazione di dette garanzie comporta la non valutabilità dei comportamenti irrispettamente posti a base del licenziamento ai fini dell'esclusione del diritto al preavviso e all'indennità supplementare». A seguito di tale ultima pronuncia della Corte di Cassazione è apparsa più che evidente la necessità di un intervento chiarificatore.

La sentenza in commento è giunta quindi ad appianare il conflitto giurisprudenziale sorto all'interno della Suprema Corte e ha affermato, attraverso un'ampia critica della sentenza n. 6041/1995, l'applicabilità delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 Stat. lav. all'intera categoria dirigenziale rifiutando l'artificiosa frammentazione della stessa introdotta con la precedente pronuncia. La Corte riconduce a unità la categoria dei dirigenti che, con il precedente orientamento giurisprudenziale, era stata frazionata, dal punto di vista delle tutele, fra dirigenti apicali e non. Tale assetto non corrisponde(va) però alla realtà delle situazioni aziendali che vedono il diffondersi, soprattutto nella medie e grandi imprese, di molteplici figure di dirigenti non di vertice che

godono, però, di tutti i diritti dei dirigenti e che assumono ampie responsabilità gestionali. Inoltre, come testualmente rilevato dalla Suprema Corte, la vecchia e ormai logora nozione di dirigente, inteso quale *alter ego* dell'imprenditore, apre di fatto la porta a un contenzioso, sulla qualificazione del rapporto, consistente e difficilmente gestibile in fase giudiziaria. Il giudice di legittimità sottolinea, poi, le difficoltà nell'identificare aprioristicamente la categoria dirigenziale sulla base di nozioni di origine giurisprudenziale ritenendo che l'identificazione debba avvenire alla stregua di quanto stabilito dalla contrattazione collettiva, la quale riflette la volontà delle parti stipulanti e la loro specifica esperienza di settore. Attraverso tale scelta classificatoria si perviene a una maggiore aderenza della qualifica dirigenziale ai compiti e alle responsabilità effettivamente rivestiti dal prestatore con la possibilità di una maggiore graduazione delle tutele in ragione del tipo di autonomia, indipendenza e responsabilità in concreto ricollegabile a ciascun tipo di preposizione. Già in precedenza la S.C. aveva, poi, avuto modo di notare che in organizzazioni aziendali complesse è «ammissibile [...] la previsione di una pluralità di dirigenti (a diversi livelli, con graduazione di compiti) i quali sono coordinati tra loro da vincoli di gerarchia, che però faccia salva, anche nel dirigente di grado inferiore, una vasta autonomia decisionale» (Cass. n. 2685 del 26 aprile 2005), ben potendo, quindi, la contrattazione collettiva operare una graduazione delle tutele, giungendo sino a istituire una tutela reale negoziale idonea a eliminare l'effetto, comunque estintivo, del licenziamento disciplinare viziato (Cfr.: Cort. Cost. 23 aprile 1998, n. 143, in *Foro it.*, 1998, I, 2058; Cass. 21 aprile 1988 n. 3116, in *Rep. Foro it.*, 1998, 2218). La sentenza n. 7880/07 stabilisce inoltre l'applicabilità all'intera categoria delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 Stat. lav. La Corte, infatti, rileva che l'esclusione del dirigente apicale si pone in contrasto con il principio *audiatur et altera pars* che la giurisprudenza costituzionale individua come indefettibile garanzia di ogni prestatore di lavoro incolpato di un addebito; l'orientamento della Corte Costituzionale si caratterizza infatti per una generale estensione delle procedure di contestazione dei fatti posti alla base della risoluzione del rapporto di lavoro allo scopo di garantire il lavoratore dalle conseguenze che gli stessi fatti addebitatigli possono avere non solo sul rapporto di lavoro ma sulla sua stessa persona. Alla frammentazione delle garanzie osta poi la considerazione che i dirigenti d'azienda rientrano esplicitamente nella prescrizione dell'art. 2095 cod. civ. e come tali partecipano alla disciplina dettata in materia di lavoro dallo stesso codice e dalle leggi speciali. In particolare risulta applicabile l'art. 2106 cod. civ. con conseguente sottoposizione del dirigente al potere disciplinare datoriale. Inoltre, se il tratto caratterizzante dell'art. 7 Stat. lav. risulta essere quello di garantire a tutti i lavoratori il diritto di difesa non risponde a logica una lettura restrittiva del dato normativo che finisca per penalizzare i dirigenti. Ciò osservato la Corte conclude rilevando che non risponde a consequenzialità logica una lettura restrittiva del dato normativo che finisca per penalizzare i dirigenti i quali, al pari degli altri lavoratori, possono subire ingenti danni da un licenziamento che non consenta loro una tempestiva ed efficace difesa. Per ciò che concerne l'applicazione della sanzione derivante dall'inosservanza delle prescrizioni dell'art. 7 Stat. lav. le Sezioni Unite dimostrano di adottare la soluzione della cosiddetta sanzione di area secondo la quale il vizio procedimentale, lungi dal comportare la nullità del licenziamento, rende inutilizzabili, ai fini della valutazione della giustificazione del licenziamento stesso, gli addebiti irrivalentemente mossi al lavoratore. Conseguentemente al dirigente licenziato il-

legittimamente spetteranno, oltre all'indennità sostitutiva del preavviso, le indennità che la contrattazione collettiva riconduce al licenziamento ingiustificato. Le Sezioni Unite confermano in tal modo che «deve escludersi che tale illegittimità implichi la nullità del licenziamento stesso, poiché nell'area della libera recedibilità tale vizio comporta l'inopponibilità della dedotta giusta causa e conseguentemente l'obbligo del preavviso» (Cass. 20 aprile 1998, n. 4014), fermo restando che «la stabilità al rapporto dei dirigenti può essere assicurata mediante l'introduzione a opera dell'autonomia privata, collettiva o individuale, di limitazioni alla facoltà di recesso del datore di lavoro» (Cass. 27 novembre 1997, n. 12001).

Daniele Costanzi
Praticante Avvocato in Roma

(1) LE SEZIONI UNITE E L'APPLICABILITÀ AI DIRIGENTI
DELLE GARANZIE PROCEDIMENTALI EX ART. 7 STAT. LAV.

1. — Le Sezioni Unite sono intervenute, con la sentenza n. 7880/2007 (Pres. Carbone, Est. Vidiri), a comporre il contrasto nell'ambito della Sezione lavoro della Corte di Cassazione in materia di applicabilità ai dirigenti di azienda delle garanzie procedurali ex art. 7 della legge n. 300/1970: sentenza che rappresenta una evoluzione significativamente positiva rispetto alla decisione delle stesse Sezioni Unite n. 6041/1995 (Pres. Zucconi Galli Fonseca, Est. Genghini).

Con tale precedente decisione le Sezioni Unite avevano statuito che gli obblighi a carico del datore di lavoro previsti dall'art. 7, cit., non potevano riguardare il licenziamento del dirigente di aziende industriali – e cioè del prestatore di lavoro che, collocato al vertice dell'organizzazione aziendale, svolge mansioni tali da caratterizzare la vita dell'azienda con scelte di respiro globale, e si pone in un rapporto di collaborazione fiduciaria con il datore di lavoro dal quale si limita a ricevere direttive di carattere generale per la cui realizzazione si avvale di ampia autonomia, e anzi esercita i poteri propri dell'imprenditore (del quale è un *alter ego*) assumendone, anche se non sempre, la rappresentanza esterna, «ove il contratto collettivo a esso applicabile non preveda procedimento e sanzioni disciplinari ma richieda la motivazione del recesso soltanto ai fini del procedimento arbitrale, dovendosi applicare a tale licenziamento, oltre che le norme contrattuali, la disciplina di cui agli artt. 2118 e 2119 cod. civ.».

Sotto questo profilo il contenuto della sentenza n. 6041/1995 si discostava dal principio generale sancito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 427/1989 (Pres. Saja, Est. Greco), secondo la quale «principi di civiltà giuridica e innegabili esigenze di parità di trattamento richiedono che a favore del lavoratore, colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, qual è quella espulsiva con perdita del posto di lavoro e lesiva della sua dignità professionale e personale, siano in ogni caso assicurate le garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, senza che abbia rilievo a tal fine il numero di dipendenti occupati nell'impresa»: principio a cui si adeguarono alcune decisioni della Corte di Cassazione (precedenti, benvero, a Sezioni Unite n. 6041/1995). Tra queste vale la pena segnalare per la pregevole motivazione della sentenza della Cassazione n. 12758/1991 (Pres. Mollica, Est. Roselli) – ove era testual-

mente affermato che «a seguito della sentenza n. 489 del 1989 della Corte Costituzionale le garanzie procedurali previste dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 7 trovano applicazione anche per il licenziamento disciplinare intimato ai dirigenti, il cui rapporto di lavoro non è assoggettato alla disciplina sui licenziamenti individuati dettata dalla legge 15 luglio 1966, n. 604» – e che veniva ribadita dalla stessa Corte Cost. la quale, nella motivazione della sentenza n. 309/1992 (Pres. Corasaniti, Est. Greco), pur statuendo che «il rapporto che il dirigente contrae cade nell'area della libera recedibilità», aggiungeva «tranne anche la tutela che si deve riconoscere *ex lege* contro fatti che ledano la sua dignità di uomo e di lavoratore (per esempio, licenziamento intimato senza l'atto scritto; licenziamenti discriminatori; licenziamenti disciplinari senza l'osservanza di norme che richiedano il riconoscimento di garanzie procedurali)».

Data la contrapposizione proveniente da tale autorevole giurisprudenza rispetto al *decisum* delle Sezioni Unite del 1995, la Sezione lavoro della Corte di Cassazione – in considerazione, appunto, della evidente problematicità della questione, la cui soluzione stabilita dalle Sezioni Unite era ritenuta involutiva e, comunque, non appagante – non si uniformava completamente a tale decisione-soluzione in quanto, mentre numerose sentenze si adeguarono al principio della inapplicabilità al dirigente *tout court* delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 [Ex plurimis Cass. n. 8934/1996 (Pres. Buccarelli, Est. Filadoro)], alcune sentenze di discostarono da tale orientamento («quantitativamente») maggioritario per precisare che le garanzie procedurali ex art. 7 erano applicabili al licenziamento del dirigente «a prescindere dalla specifica posizione dello stesso nell'ambito dell'organizzazione aziendale, se il datore di lavoro addebita al dirigente un comportamento negligente o, in senso lato, colpevole, al fine di escludere il diritto del medesimo al preavviso, oppure alla indennità cd. supplementare eventualmente prevista dalla contrattazione collettiva in ipotesi di licenziamento ingiustificato» [Cass. n. 5213/2003 (Pres. Ciciretti, Est. Toffoli)].

Peraltro, anche nell'ambito dell'orientamento maggioritario, si chiariva che l'inapplicabilità dell'art. 7 andava limitata ai «dirigenti in senso stretto, i quali sono al vertice dell'organizzazione aziendale, e non agli altri, i cd. pseudo-dirigenti o dirigenti meramente convenzionali» [Cass. n. 12001/1997 (Pres. Miani Canevari, Rel. Lamorgese)] e sullo stesso piano interpretativo, l'ammissibilità dell'esenzione della procedura prevista dall'art. 7 non poteva essere consentita nei confronti del personale dipendente (direttivo) caratterizzato dalla media e bassa dirigenza, rappresentata dalla figura del dirigente di *staff* (tecnico altamente specializzato, ricercatore), in grado di offrire prestazioni di elevata competenza e responsabilità professionali (anche in mancanza della preposizione gerarchica a un ramo o servizio): personale per il quale, non sussistendo unitarietà del tipo legale di dirigente, l'esclusione della tutela non aveva ragion d'essere [Cass. n. 1434/1998 (Pres. Lanni, Rel. Castiglione)].

Tale chiarimento aveva avuto origine da un'espressione contenuta nella motivazione della sentenza delle Sezioni Unite n. 6041/1995 – definita esattamente da R. Del Punta, *Il valzer delle tutele ancora su art. 7 Stat. lav., recesso ad nutum e licenziamento del dirigente*, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 683, «un *obiter dictum*» –, secondo cui la statuizione assunta si riferiva alla figura del dirigente propriamente detto e non riguardava il cd. pseudo-dirigente, o dirigente meramente convenzionale, nel quale le mansioni concretamente attribuite ed esercitate non avevano le caratteristiche del rapporto propriamente dirigenziale.

Per questo si è parlato incisivamente e ironicamente (ma non troppo!) di «valzer delle tutele» dall'Autore testè citato – il quale ha sollecitato un intervento delle Sezioni Unite «per fornire finalmente agli operatori adeguati criteri di orientamento» (*op. cit.*, p. 687) –, e nella sentenza di commento si è significativamente rimarcato che «gli approdi giurisprudenziali sono stati in dottrina sottoposti a critiche sotto molteplici versanti»: a tale proposito vale riportare l'appropriata e del tutto condivisibile censura sollevata da O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Milano, 1959, p. 153, alla sentenza delle Sezioni Unite n. 6041/1995, «che si pone in insanabile contrasto con gli interventi della Corte Costituzionale in materia di licenziamento disciplinare e riesuma una vecchia e ormai logica nozione di dirigente, inteso quale *alter ego* dell'imprenditore aprendo di fatto le porte per un contenzioso ancor più consistente e difficilmente gestibile in sede giudiziaria, in ordine alla portata del nuovo principio giurisprudenziale».

2. — Per un «primo» commento alla recente sentenza delle Sezioni Unite – più che analizzare le singole parti della motivazione (la cui chiarezza e completezza non consentono in sede di rapido commento frettolose chiose inducendo, invece, a più meditate riflessioni in altra sede) – si è preferito riferire sul complesso «storico» *iter* giurisprudenziale che ha portato a tale decisione proprio per evidenziare la rilevanza della conclusione cui la Suprema Corte è pervenuta quale «definitivo approdo» sulle questioni dell'applicabilità delle garanzie procedurali *ex art. 7 Stat. lav.* al rapporto di lavoro del dirigente. Questo, peraltro, confermandosi che la stessa resta apprezzabile per le argomentazioni alla base del *decisum*, specie per la ragione di fondo che la caratterizza e che vale qui conclusivamente trascrivere: «queste Sezioni Unite ritengono che una interpretazione del dato normativo costituzionalmente orientata, che voglia rispondere anche a criteri logico-sistematici, induce a condividere la tesi favorevole a estendere a tutti coloro che rivestono la qualifica di dirigente in ragione della rilevanza dei compiti assegnati dal datore di lavoro – e, quindi, senza distinzione alcuna tra dirigenti *top manager* e altri (cd. dirigenti «medi» o «minori») appartenenti alla stessa categoria – l'*iter* procedurale previsto dall'art. 7, legge n. 300 del 1970».

Chiusa, quindi, con quest'ultimo intervento delle Sezioni Unite la questione delle garanzie per il licenziamento del dirigente dal punto di vista «procedimentale», nella trasposizione del profilo di siffatte garanzie a quello delle garanzie «sostanziali», si ritiene che resti tuttora aperta la questione dell'ambito di applicazione del recesso *ad nutum* e della tutela del posto di lavoro del dirigente [Su cui, persuasivamente, a conferma dell'estensione di siffatte garanzie sostanziali, vedasi: Cass. n. 12571/1999 (Pres. De Tommaso, Rel. Sciarelli) e Cass. n. 5526/2003 (Pres. Sciarelli, Rel. Balletti)] con riferimento, anche, alla seguente considerazione contenuta nella sentenza che si commenta: «mentre la diversità contenutistica tra posizioni dirigenziali non legittima alcuna differenza di disciplina in ordine alla doverosa e generale assoggettabilità dei fatti causativi del recesso alla procedura *ex art. 7, legge n. 300 del 1970*, a livelli di disciplina contrattuale nulla osta, di contro, a che si introduca – con il consenso delle organizzazioni sindacali – in luogo dell'uniformità di disciplina una divaricazione nelle tutele a seconda del diverso grado di rilevanza dei poteri a ciascun dirigente demandati»: questione delle garanzie sostanziali che merita sicuramente un ulteriore approfondimento in sede di più meditata riflessione.

3. — Sui contributi più significativi in dottrina sulla *vexata quaestio* del licenziamento disciplinare del dirigente si vedano (oltre agli Autori dianzi citati): G. Amoroso, *Il licenziamento disciplinare nelle imprese minori dopo la sentenza n. 427/89 della Corte Costituzionale*, in *Dir. lav.*, 1989, II, p. 363; G. Amoroso, *Nuovo orientamento della Corte di Cassazione in tema di licenziamento disciplinare del dirigente d'azienda*, in *Foro it.*, 1992, I, 381; G. Amoroso, *Le Sezioni Unite non ammettono il licenziamento disciplinare del dirigente*, in *Dir. lav.*, 1995, II, p. 89; G. Amoroso, *Le Sezioni Unite mutano giurisprudenza in ordine al licenziamento disciplinare del dirigente: incertezze interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Foro it.*, 1995, I, 1778; F. Bianchi D'Urso, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Mass. Giur. lav.*, 1991, p. 338; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro, 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, p. 336; L. De Angelis, *Il licenziamento disciplinare del dirigente: essere dell'ontologia o non essere del potere disciplinare?*, in *q. Riv.*, 1997, I, p. 17; M. De Luca, *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della Corte Costituzionale: profili problematici e prospettive*, in *Foro it.*, 1983, I, 855; L. Galantino, *Il licenziamento disciplinare del dirigente*, in *Dir. lav.*, 1991, I, p. 23; S. Magrini, *Problemi in tema di licenziamento del dirigente*, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 3; F. Mazziotti, *Natura «ontologica» del licenziamento disciplinare e applicazione generalizzata dell'art. 7, commi 1, 2 e 3, Statuto dei lavoratori*, in *q. Riv.*, 1987, I, p. 234; O. Mazzotta, *Diritto del lavoro, Il rapporto di lavoro*, Milano, 2005, p. 648; M. Papaleoni, *La frontiera mobile del licenziamento disciplinare del dirigente e la persistente incertezza del versante sanzionatorio*, in *Mass. Giur. lav.*, 1998, p. 257; G. Pera, *Non esiste il licenziamento cosiddetto disciplinare del dirigente?*, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1749; G. Pera, *Verso l'estensione della disciplina di legge sui licenziamenti a favore della bassa dirigenza?*, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 945; P. Tosi, *Il licenziamento del dirigente: profili legali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, I, p. 387.

Per la giurisprudenza, fra le numerose decisioni in argomento, le sentenze dianzi specificamente menzionate, possono consultarsi: Cass., Ss.Uu., n. 6041/95, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 898; Corte Cost. n. 427/89, in *Foro it.*, 1989, I, 2685; Corte Cost. n. 309/92, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 287; Cass. n. 8934, in *Foro it.*, 1997, I, 839; Cass. n. 12001/1997, in *Foro it.*, 1998, I, 729; Cass. n. 1434/98, in *Foro it.*, 1998, I, 729; Cass. n. 12751/99, in *Foro it.*, 2000, I, 753; Cass. n. 5526/03, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 676.

Alessandra Raffi
*Ricercatrice di Diritto del lavoro
nell'Università degli Studi di Milano*

CASSAZIONE, 23 febbraio 2007, n. 4265, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. De Matteis, P.M. Fedeli (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Ursino) c. T. F. (intimato).

Cassa Corte d'App. Latina, 30 giugno 2003, n. 34.

Trasferimento del lavoratore – Incompatibilità aziendale – Art. 2103 cod. civ. – Legittimità – Poteri datoriali – Sanzioni disciplinari.

Il trasferimento del dipendente dovuto a incompatibilità aziendale, trovando la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 cod. civ., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. (1)

(*Omissis*)

Con il primo motivo la società ricorrente, deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 1363 cod. civ., in riferimento all'art. 28 Ccnl del 26 novembre 1994, 2103 cod. civ. e 41 Cost., 7, legge 20 maggio 1970, n. 300; omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia (art. 360, nn. 3 e 5, cod. proc. civ.), censura la sentenza impugnata sotto vari profili.

(*Omissis*) ricorda la giurisprudenza di legittimità secondo cui il datore di lavoro può ricorrere al trasferimento per risolvere situazioni, che incidano sugli assetti organizzativi dell'impresa, anche se presentano profili disciplinari.

In terzo luogo rileva la contraddittorietà della sentenza impugnata, che da una parte ritiene che i rilievi ispettivi, sopra riassunti, non sono sufficienti a comprovare le ragioni organizzative del trasferimento, dall'altra assume tali risultanze a prova del carattere disciplinare del trasferimento.

Il motivo è fondato.

Costituisce *ius receptum* che un fatto disciplinarmente rilevante può costituire altresì una delle ragioni tecniche e organizzative previste all'art. 2103 cod. civ. ai fini della legittimità del trasferimento. Questo principio è stato applicato sia a fattispecie nelle quali era stata già irrogata la sanzione, sia a fattispecie nelle quali dovevano ancora essere scelte e adottate le misure di intervento sulla situazione di crisi.

Infatti si deve ritenere rientrare nei poteri datoriali rinunciare all'esercizio del potere disciplinare, e risolvere la situazione critica con il trasferimento, ove ne esistano i presupposti legittimanti *ex art. 2103 cod. civ.*

Le prime fattispecie esaminate furono quelle del trasferimento del lavoratore, che segua l'irrogazione di una sanzione disciplinare. Per tali casi la Corte (Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, 21 ottobre 1997, n. 10333) ritenne che il trasferimento non assume, per effetto di questo solo rapporto cronologico, esso stesso valore sanzionatorio, ben potendo un fatto disciplinarmente rilevante costituire altresì una delle ragioni tecniche, organizzative o produttive, previste dall'art. 2103 cod. civ. ai fini della legittimità del trasferimento.

Successivamente si focalizzò il momento anteriore sopra cennato, quello della scelta della misura adottabile per ricondurre a ordine la organizzazione turbata da un evento, e si osservò (Cass. 26 marzo 1998, n. 3207) che nel comportamento del dipendente può essere configurabile al tempo stesso sia un fatto rilevante sotto il profilo disciplinare, sia una delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che consentono, a norma dell'art. 2103 cod. civ., il trasferimento del dipendente medesimo; in tal caso il datore di lavoro può legittimamente far ricorso all'uno o all'altro di detti provvedimenti senza che, se abbia optato per il secondo, questo possa essere ritenuto illegittimo in quanto sanzione atipica rispetto ai provvedimenti in materia disciplinare [sulla base di tale principio la Corte ha ritenuto legittimo lo spostamento del lavoratore per una situazione di incompatibilità fra lui e i suoi colleghi e collaboratori diretti, quando tale incompatibilità, determinando conseguenze (quali tensione nei rapporti personali o contrasti nell'ambiente di lavoro) che costituiscono esse stesse causa di disorganizzazione e disfunzione nell'unità produttiva, realizzi un'obiettivo esigenza aziendale di modifica del luogo di lavoro].

Da ultimo la materia può ritenersi sistemata nei seguenti termini: «Il trasferimento del dipendente dovuto a incompatibilità aziendale, trovando la sua ragione nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive, di cui all'art. 2103 cod. civ., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari, con la conseguenza che la legittimità del provvedimento datoriale di trasferimento prescinde dalla colpa (in senso lato) dei lavoratori trasferiti, come dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. In tali casi, il controllo giurisdizionale sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato, deve essere diretto ad accertare soltanto se vi sia corrispondenza tra il provvedimento datoriale e le finalità tipiche dell'impresa, e, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica privata (garantita dall'art. 41 Cost.), il controllo stesso non può essere esteso al merito della scelta imprenditoriale, né questa deve presentare necessariamente i caratteri della inevitabilità, es-

sendo sufficiente che il trasferimento concreti una tra le scelte ragionevoli che il datore di lavoro possa adottare sul piano tecnico, organizzativo o produttivo» (Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786).

Nel caso di specie, dal verbale ispettivo, per come riportato dalla sentenza impugnata, emerge che l'Ente Poste italiane non ha contestato al T. delle colpe specifiche, né le ha sanzionate con misure disciplinari, ma una inadeguatezza al ruolo di dirigente di una grande filiale, il che esclude anche che il trasferimento abbia avuto un carattere specificatamente disciplinare. Infatti l'inadeguatezza alla direzione di una struttura aziendale o al raggiungimento di risultati di efficienza non costituisce di per sé un fatto disciplinare, dovendo avere questo come connotato una responsabilità colposa soggettiva, per il quale si richiede un comportamento volontario almeno colposo.

Alla luce dell'art. 41 Cost. posto a base della giurisprudenza di legittimità richiamata, dell'obbligo istituzionale della Spa Poste italiane di fornire un servizio pubblico essenziale ai cittadini e al sistema produttivo dello Stato, alla legittima attesa di tali utenti a un servizio ulteriormente migliorato, lo strumento adottato dalla Spa Poste italiane per restituire funzionalità all'agenzia di (*Omissis*) mediante assegnazione di un dirigente più capace risulta essere assolutamente legittimo, e il trasferimento del precedente dirigente, sotto la cui gestione si erano verificati i gravi disservizi (mancata consegna della corrispondenza) rilevati dal servizio ispettivo e non contestati, necessitato da obiettive esigenze organizzative.

Il ricorso va pertanto accolto.

(*Omissis*)

(1) ESERCIZIO DELLO *IUS VARIANDI* E RISPETTO DELLE GARANZIE IN AMBITO DISCIPLINARE

1. — La sentenza in epigrafe è di stimolo alla formulazione di alcune riflessioni circa gli effetti suscettibili di prodursi sul piano concreto in forza della statuizione costituzionale di cui all'art. 41 da cui si fa pacificamente discendere il complesso di prerogative caratterizzanti la posizione del soggetto che organizza i fattori della produzione e che, nell'ambito più strettamente laburistico, si è soliti denominare poteri datoriali. La norma, che va coordinata con altre disposizioni tra cui, indubbiamente, quella codicistica disciplinante lo *ius variandi*, è suscettibile di trovare margini di contatto con previsioni il cui contenuto è apparentemente scevro di generare occasioni di conflitto, perché «di stesso segno», che tuttavia potrebbero indurre a manovre interpretative «di segno contrario». Il ragionamento, che forse appare scritto in forma alquanto ermetica, può essere esplicitato ove si scenda in alcuni dettagli caratterizzanti il caso di specie e si identifichi con maggior precisione altra norma espressione delle prerogative del datore di lavoro.

Si intende far riferimento ai contenuti della legge 20 maggio 1970, n. 300, non solo perché essa con l'art. 13 ha novellato l'originario disposto dell'art. 2103 cod. civ., ma pure in ragione di quanto previsto dall'art. 7 in tema di sanzioni disciplinari. Ciò al fine di domandarsi se la compatibilità della norma statutaria e di quella codicistica – art. 7 Stat. lav. e art. 2103 cod. civ. – sia tale da consentire, per via analogica, che le garanzie sostanziali e/o procedurali poste a base dell'una siano legittimamente applicabili al ricorrere della fattispecie prevista nell'altra, ovvero se le stesse garanzie siano in grado di produrre una qualche interferenza. La ragione del quesito si comprende maggiormente ove si guardi alla specifica situazione che è oggetto della lite in analisi e che è stata qualificata nella pronuncia di legittimità come un caso di incompatibilità ambientale. Può avvenire, infatti, che un trasferimento sia apparentemente qualificabile come una sanzione disciplinare, sia pure atipica, e come tale sia suscettibile di richiedere le garanzie di cui all'art. 7 Stat. lav. e che, tuttavia, nel contempo, il comportamento del lavoratore che ne sarebbe alla base, integri gli estremi di una ragione tecnico-organizzativa e/o produttiva che legittima il trasferimento ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., come sostituito per effetto dell'art. 13 Stat. lav. In simili circostanze sono emerse questioni controverse che in passato hanno trovato epiloghi non sempre conformi quanto alla legittimità del trasferimento disciplinare (Vedi Cass. del 1975, n. 832, in *Foro it.*, 2007, I, 75, con nota di Proto Pisani, che ha negato la legittimità, e Cass., Ss.Uu., del 1986, n. 4747, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, II, p. 518, con nota di Silvagna, per una pronuncia in senso favorevole), mentre la dottrina, in cui si registra un dibattito storico [Per segnalarne solo gli albori vedi, Freni, Giugni, *Lo Statuto dei lavoratori*, 1971, p. 27 e pp. 174 ss.; Ballestrero, *Il trasferimento dei lavoratori*, in Pera (a cura di), *L'applicazione dello Statuto dei lavoratori*, 1973, pp. 169 ss.; Spagnolo, Vigorita, Ferraro, *Art. 7*, in Prosperetti (diretto da) *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, 1975, pp. 186 ss.; Angiello, *Il trasferimento dei lavoratori*, 1986, pp. 85 ss.; Vallebona, *Il trasferimento dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, pp. 67 ss.; *contra* Pera, *Art. 7*, in Assanti, Pera, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, 1971, pp. 81 ss.; Idem, *Foro it.*, 1976, V, 65 ss.], ha rivisto alcune originarie impostazioni e si è prevalentemente pronunciata in termini di non interferenza dell'art. 13 Stat. lav. con la problematica delle sanzioni disciplinari, ritenendo legittimo il trasferimento a scopo sanzionatorio (Vedi altri riferimenti in Poso, Agostini, in *Comm. Breve Grandi-Pera*, 2005, pp. 476-477). Più di recente, invece, la giurisprudenza di legittimità ha prodotto l'orientamento secondo cui il trasferimento del dipendente dovuto a cause di incompatibilità ambientale va ricondotto alle esigenze tecnico-organizzative e produttive richieste ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., piuttosto che a ragioni attinenti la sfera disciplinare.

2. — Vale la pena di ricordare che la mobilità per incompatibilità ambientale è stata, e in parte lo è ancora, fattispecie diversamente regolata ove si faccia riferimento all'impiego pubblico o a quello privato. Senza nutrire l'ambizione di un'eshaustiva comparazione di specie, impossibile in questa sede, preme qui segnalare che, da un rapido esame della giurisprudenza ordinaria e amministrativa, si evince che, per un verso, per i dipendenti dello Stato, le previgenti disposizioni in materia vanno rilette alla luce del processo di contrattualizzazione del pubblico impiego e, per altro, le pronunce di legittimità del giudice ordinario, in ordine alla qualificazione della fattispecie del trasferimento per incompatibilità ambientale, hanno disposto principi che erano già vigenti in ambito am-

ministrativo (Vedi, tra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 7 marzo 1991, n. 136, in *Cons. Stato*, 1991, I, p. 489, e Tar Lombardia Brescia, 19 dicembre 1991, n. 1098, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, p. 586, per due casi in cui si esclude la natura disciplinare del trasferimento per incompatibilità ambientale). La dottrina amministrativa ha infatti specificato che, il trasferimento per incompatibilità ambientale consiste in un atto che, è espressione di un potere discrezionale particolarmente ampio per il quale non può comunque escludersi la necessità di dar conto in motivazione delle ragioni specifiche di incompatibilità del dipendente con l'ambiente, nonché del nocumento all'amministrazione derivante dall'eventuale permanenza in servizio dello stesso nella sede abituale [Vedi L. Rainaldi, voce *Impiego pubbl.*, in *Digesto*, VI ed., nota 47, con riferimento all'art. 32, comma 4, del (allora) T.U. degli Impiegati civili dello Stato, ivi richiamata anche Cons. Stato, Sez. IV, 13 settembre 1985, n. 341, per cui si veda *Giur. it.*, 1986, III, 1, p. 85]. In questo senso, detto tipo di trasferimento persegue l'obiettivo, di pubblico interesse, di prevenire il pregiudizio per l'immagine dell'amministrazione, oltre che per lo stesso dipendente (Vedi Cons. Stato, Sez. IV, 24 gennaio 1995, n. 27, in *Foro amm.*, 1995, p. 41), ed è insufficientemente motivato il provvedimento di trasferimento di un pubblico dipendente che, con una formula di stile, faccia mero riferimento al nocumento all'efficienza e al prestigio dell'ufficio arrecato dalla permanenza del dipendente stesso nella sede di lavoro (Cons. Stato, Sez. VI, 3 marzo 1999, n. 258, in *Cons. Stato*, 1999, I, p. 441) essendo stato specificato che, ai fini della legittimità, è necessaria una congrua motivazione circa la sussistenza di un nesso di correlazione tra la situazione di incompatibilità e il comportamento del dipendente lesivo del prestigio dell'ufficio, tale da poter essere risolta solo con il suo allontanamento (Cons. Stato, Sez. IV, 2 agosto 2000, n. 4256, in *Foro amm.*, 2000, p. 2632). L'impatto oneroso del provvedimento era stato, infatti, già evidenziato per sostenere l'esigenza di motivarlo con riferimento a obiettive e rigorose giustificazioni (Vedi Tar Lombardia Brescia, n. 1098/91, cit.). La graduale riforma del pubblico impiego non ha, peraltro, mancato di suscitare casi di giurisprudenza anche in merito alla fattispecie in analisi (Vedi Trib. Pisa, 26 ottobre 1999, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 1999, p. 799, con riferimento al periodo intertemporale tra la stipulazione del primo Ccnl Ministeri, successivo alla privatizzazione del pubblico impiego, e la stipulazione del secondo Ccnl, circa l'esclusione di applicabilità dell'art. 2103 cod. civ. e la conferma di vigenza delle norme di cui all'art. 32, comma 4, T.U. Impiegati civili dello Stato n. 3 del 1957, nei casi di trasferimento precedenti la sottoscrizione del secondo contratto, per effetto del disposto di cui all'art. 72, comma 1, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29; circa l'applicabilità dell'art. 13 all'Ente Poste italiane, vedi pure altri riferimenti in Poso, Agostini, cit., p. 479); significativa appare la pronuncia di merito con cui si è chiarito che l'abrogazione, da parte del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, del già richiamato art. 32 T.U. non comporti automaticamente l'illegittimità del trasferimento ivi disciplinato ma, piuttosto, a seguito della contrattualizzazione del rapporto, risulti di lì in poi necessario provare come, in concreto, la lamentata incompatibilità produca effettivamente conseguenze di disorganizzazione, disfunzione o conflitto organizzativo interno all'unità produttiva tali da rilevare sotto i profili tecnici, organizzativi e produttivi di cui all'art. 2103 cod. civ. (Vedi Pret. Roma, 1° marzo 1999, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 1999, p. 799).

3. — La decisione in commento, che segue il tracciato giurisprudenziale di legittimità ordinaria cui si è fatto cenno, ne ribadisce la sostanza pur nella sua peculiare fat-

tispecie. Diamo, quindi, breve illustrazione dei fatti e dello svolgimento del processo che si apre a iniziativa di un dipendente delle Poste italiane e culmina con il ricorso in ultima istanza della Società, già risultata soccombente in primo grado e in appello. Scendendo più nel dettaglio, il lavoratore assunto dall'allora Ente Poste italiane con qualifica di quadro di prima fascia e adibito a mansioni di titolare di agenzia di base era stato «applicato» con effetto immediato ad altra agenzia di base. Il medesimo, pur conservando nel trasferimento la mansione originaria, subiva una decurtazione dell'indennità di funzione per la dirigenza della nuova sede, essendo quest'ultima di dimensioni più ridotte. Di qui il ricorso del lavoratore al pretore di Latina, che dichiarando l'illegittimità del provvedimento ordinava la sua reintegrazione nell'originario posto di lavoro e, a titolo di risarcimento, il pagamento di una somma di denaro pari alla sofferta perdita di indennità di funzione. Dalla lettura della sentenza che si annota – dalla parte relativa alla seconda fase di svolgimento del processo – si desumono altri elementi tra cui il fatto che il trasferimento fu adottato a seguito di accertamento ispettivo volto ad appurare le cause di gravi disservizi nella gestione dell'agenzia, il cui esito fu l'evidenza di responsabilità del titolare di agenzia, ritenuto sostanzialmente incapace di imporsi in maniera incisiva sul personale tanto da non riuscire ad assicurare l'efficienza organizzativa. Il quadro sopra riprodotto convinceva il giudice d'appello circa la natura disciplinare del provvedimento adottato, rendendo palese la violazione dell'art. 7 Stat. lav., visto l'effetto immediato dell'«applicazione» ovvero il mancato rispetto degli oneri procedurali, posti a garanzia del lavoratore, di cui al comma 2 della norma. Il ricorso ultimo della Società, incentrato su due soli motivi, ha avuto esito totalmente opposto. La Corte di Cassazione ha, infatti, accolto il ricorso ravvisando, per di più, la sussistenza dei presupposti di legge che, *ex art.* 384 cod. proc. civ., hanno consentito di decidere nel merito e di respingere la domanda del lavoratore, il quale intimato, in ultimo grado di giudizio, non si è costituito. Quanto alle spese dell'intero processo è stata, invece, disposta la compensazione.

4. — Che di trasferimento si tratti – pur se nel testo della lettera costituente il provvedimento lo stesso era stato denominato «applicazione» – è cosa palese, peraltro emersa già in secondo grado di giudizio. Con riferimento al caso in discussione va, dunque, ritenuta legittima l'applicazione dell'art. 2103 cod. civ., conformemente alla soluzione adottata dal giudice d'appello. Rispetto a quest'ultima, tuttavia, in cui si riteneva applicabile anche l'art. 28 Ccnl del 26 novembre 1994, che dispone in materia di preavviso, è stata mossa la prima censura alla sentenza, laddove secondo la Spa Poste italiane non sussisteva il presupposto territoriale. Ai sensi della richiamata statuizione contrattuale, infatti, l'obbligo del preavviso grava sul datore di lavoro solo in caso di trasferimenti interprovinciali, mentre nel caso di specie trattavasi di trasferimento all'interno dello stesso ambito provinciale. Essendo norma, questa, di fonte contrattuale è assodato che via sia stato alla sua base un temperamento di contrapposti interessi. Sarebbe, dunque, per questa via rintracciabile nella *ratio* della regola la volontà di dotare di più intensa protezione, sia pure attraverso garanzie di tipo procedurale, i lavoratori costretti a subire un trasferimento più disagiata, rispetto a quelli che subiscono un mutamento del luogo di lavoro meno drastico permanendo all'interno della stessa Provincia, a fronte di una compressione solo parziale, o meglio, di una procedimentalizzazione selettiva del potere discrezionale del datore di lavoro di compiere scelte fundamentalmente tutelate

dalla previsione costituzionale di cui all'art. 41. Questa plausibile soluzione appare, tuttavia, meno equa se riguardata alla luce di un principio di non discriminazione tra lavoratori e soprattutto ove – posta la sovrapposibilità di due fattispecie suscettibili di identificarsi in una stessa situazione di fatto – si considerasse la possibilità di applicare in via analogica, al caso di cui all'art. 2103 cod. civ., il disposto di cui al comma 2 dell'art. 7 Stat. lav., e quindi la «preventiva contestazione», cioè una sorta di onere di preavviso e motivazione, che, in questa ipotesi, invece di rispondere a esigenze difensive del lavoratore, sarebbe utile al fine dell'accertamento preventivo della legittimità del trasferimento. Se per un verso potrebbe obiettarsi che, in realtà, la fattispecie del trasferimento per oggettive esigenze aziendali ben diverge dal trasferimento per motivi disciplinari, laddove alla base di quest'ultimo si riscontra la sussistenza di responsabilità colposa soggettiva del lavoratore, per altro verso non può negarsi che l'imprenditore-datore abbia l'onere di comunicare al lavoratore interessato dal provvedimento l'esistenza di congrue esigenze organizzative. Di questo avviso è anche autorevole dottrina (Ghera, *Diritto del lavoro*, 2006, p. 110, ma già in ed. 1997, p. 153) che, pur non ritenendo necessaria la contestualità della comunicazione e del provvedimento, ritiene questo onere «logicamente e funzionalmente inerente l'esercizio del potere» datoriale e richiama giurisprudenza di legittimità per sostenere la tesi secondo cui l'obbligo di comunicazione delle cause generanti il trasferimento grava in capo al datore di lavoro, anche se solo a seguito di espressa richiesta del lavoratore [Vedi Cass. 21 agosto 1991, n. 9011, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 698, ma anche, con nota di Alibrandi, in *Arch. civ.*, 1992, p. 279, da cui si evince che l'art. 2103 cod. civ., novellato dalla legge n. 300/1970, invero, stabilendo che il trasferimento del lavoratore non può essere disposto se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive dell'azienda, non esige che tali ragioni siano indicate nello stesso provvedimento – che a differenza del licenziamento non necessita neppure della forma scritta – sicché esse debbono essere enunciate (e dimostrate) solo in caso di contestazione da parte del dipendente, cui spetta la facoltà di formularne esplicita richiesta; vedi Cass. 17 marzo 1986, n. 1821, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 508; vedi Cass., Ss.Uu., 15 luglio 1986, n. 4572, da cui si desume che, una volta che il prestatore ne faccia richiesta, l'enunciazione delle ragioni del trasferimento diviene un onere posto a carico del datore di lavoro, pena l'inefficacia (successiva) del provvedimento, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 392, con nota di Pascucci; in *Dir. lav.*, 1986, II, p. 400; in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 515, con nota di Sbrocca; a riguardo anche Genghini, *Risparmio*, 1987, p. 141; infine vedi Cass. 13 gennaio 1988, n. 167, in *Mass. Giust. civ.*, 1988, fasc. 1]. A ciò si aggiunga che, in passato, la S.C. ha anche precisato che soltanto per effetto di un'impropria convenzione terminologica il trasferimento può essere definito disciplinare, essendo più corretto parlare di trasferimento motivato da situazioni soggettive del lavoratore, il quale è legittimo se e in quanto quelle situazioni realizzino un'obiettiva esigenza aziendale di modifica del luogo di lavoro (Cass. 28 settembre 1995, n. 10252, in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 80, e in *Giur. it.*, 1996, I, 1, p. 730, con nota di Marazza) sicché anche la situazione di incompatibilità tra un lavoratore e i suoi colleghi o collaboratori diretti può legittimare il trasferimento ex art. 2103 (Cass. 16 giugno 1987 n. 5339; Cass. 13 novembre 1991, n. 12088; n. 10252/1995, cit.). In effetti, la norma codicistica non distingue tra ragioni determinate da situazioni oggettive e ragioni determinate da situazioni soggettive, né, tanto meno, impedisce di valutare ragioni soggettive quali elementi che possano configurare obiettive esigenze aziendali (Vedi

Cass. 27 giugno 1998 n. 6383, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 356, con nota di Pilati); essa richiede, piuttosto, comprovati presupposti di carattere tecnico-organizzativo e produttivo, vale a dire esigenze più che provate, dimostrate, cioè, efficacemente, in termini di evidente assoluta certezza, attraverso elementi di indiscutibile valore, che ne diano al tempo stesso prova e conferma (Cass. 16 aprile 1992, n. 4655, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 571, con nota di Proia). Il ragionamento del giudice d'appello ha transitato, però, per altri sentieri, evidenziando l'illegittimità del trasferimento per omessa osservanza degli oneri di cui all'art. 7 Stat. lav., ritenuto applicabile dopo aver desunto il carattere disciplinare del trasferimento in quanto preceduto da una indagine ispettiva che palesava la responsabilità del dirigente e di altri lavoratori per gravi disservizi dell'agenzia postale. Sicché un simile *iter* induceva la Società alla formulazione di ulteriori profili di censura in relazione ai quali la Corte ha pronunciato la fondatezza. Per questa via la S.C. ha ribadito non solo che un fatto disciplinarmente rilevante può costituire altresì una delle ragioni tecniche e organizzative di cui all'art. 2103 cod. civ., ma pure che il datore di lavoro può optare di risolvere una situazione critica con il trasferimento *ex art.* 2103, ove ne ricorrano i presupposti, rinunciando all'esercizio del potere disciplinare. La rinuncia in questione sarebbe, infatti, espressione essa stessa del potere datoriale [Affermazione, peraltro, non nuova vista la (non richiamata dalla Corte) Cass., Ss.Uu., n. 4747/1986, cit., da cui si evince che l'imprenditore può, nel legittimo esercizio dei suoi poteri organizzatori e di quelli disciplinari, far ricorso agli uni piuttosto che agli altri, ove ne sussistano i presupposti di legge, senza che sia in potere del giudice, cui è affidato il controllo del provvedimento di trasferimento, valutarne la convenienza o la alternativa opportunità di un provvedimento disciplinare]. A sostegno della sua tesi il giudice di legittimità ricostruisce il percorso giurisprudenziale con cui nel tempo si è, dapprima, escluso che il solo rapporto cronologico sussistente tra l'irrogazione di una sanzione disciplinare e un successivo trasferimento sia sufficiente a provare la portata sanzionatoria di quest'ultimo (Sul punto, ma anche con riguardo alla garanzia di irriducibilità della retribuzione, vedi Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *Dir. lav.*, 1992, II, p. 412, con nota di Marazza, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, p. 976, con nota di Poso; con riferimento a un caso specifico di immediato mutamento di sede, al fine di evitare contatti presuntivamente pregiudizievoli con i colleghi di lavoro, con incidenza negativa sul rendimento dei singoli e, quindi, sulla produttività dell'impresa, vedi Cass. 21 ottobre 1997, n. 10333, in *q. Riv.*, 1998, II, p. 284, con nota di Fodale) e, successivamente, si è precisato che il datore di lavoro può legittimamente far ricorso a un provvedimento *ex art.* 2103 cod. civ. oppure *ex art.* 7 Stat. lav., quando un comportamento di un dipendente configuri al tempo stesso un fatto rilevante sotto il profilo disciplinare e una ragione oggettiva rientrante tra le cause tecniche, organizzative e produttive ai sensi della norma codicistica, senza che possa invocarsi l'atipicità della sanzione adottata rispetto ai provvedimenti in materia disciplinare [La S.C. richiama Cass. 26 marzo 1998, n. 3207, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 670, ma la formula è già in Cass. n. 4655/1992, richiamata invece in Cass. n. 6383/1998, cit., assieme a Cass. n. 5335/1987 (ma forse il riferimento era a Cass. n. 5339/1987, cit.) e a Cass., Ss.Uu., n. 4747/1986, cit.]. Il suddetto tracciato giurisprudenziale, culminante nella pronuncia di Cass. 12 dicembre 2002, n. 17786, ha infine stabilito che il controllo giurisdizionale sulle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive legittimanti il trasferimento del lavoratore subordinato non può entrare nel merito della scelta imprenditoriale ma deve essere diret-

to solamente ad accertare la corrispondenza tra il provvedimento e le finalità tipiche dell'impresa. Per effetto delle richiamate pronunce, lo spostamento di un lavoratore giustificato da una situazione di incompatibilità tra lui e i suoi colleghi, che finiscono con il sostanzarsi in disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, realizza una obiettiva esigenza aziendale di modifica del luogo di lavoro e quindi è da ritenersi legittimo ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. Secondo la S.C., il mutamento del luogo di lavoro prescinde, perciò, dalla colpa del lavoratore e anche dall'osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari (Vedi Cass. n. 17786/2000, cit.; Cass. 9 marzo 2001, n. 3525, in *Dir. lav.*, 2001, II, p. 456, con nota di Fabozzi. Analogamente, già in Cons. Stato, Sez. IV, 27 giugno 1989, n. 433, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 566, si legge che le situazioni di fatto rilevanti sia sotto l'aspetto disciplinare, sia come determinanti l'incompatibilità ambientale, quale l'insanabile contrasto di un dipendente pubblico con i superiori e con i colleghi, possono essere valutate dall'amministrazione indipendentemente sotto l'uno o sotto l'altro profilo; così che il trasferimento per incompatibilità ambientale non richiede come presupposto il procedimento disciplinare). Nel caso in analisi, per di più, il giudice di ultima istanza ha ritenuto che dal verbale ispettivo non emergesse né contestazione di colpa, né irrogazione di sanzione, ma solo una inadeguatezza del lavoratore alla direzione di una struttura aziendale e al raggiungimento di risultati di efficienza, cosa, questa, che non costituisce di per sé fatto disciplinare mancando gli estremi per ravvisare un comportamento volontario quantomeno colposo. Queste considerazioni lette alla luce dell'art. 41 Cost. e integrate dalla dimensione operativa della Spa, preposta all'erogazione di un servizio pubblico essenziale ai cittadini e al sistema produttivo dello Stato, in relazione a cui sussiste la legittima attesa degli utenti al raggiungimento di *standard* qualitativi sempre più elevati, hanno costituito la base della decisione in epigrafe con cui il trasferimento è stato reputato provvedimento legittimo perché determinato da obiettive esigenze organizzative e strumento idoneo a restituire funzionalità all'agenzia postale.

5. — Pur volendo comprendere le ragioni che fondano una simile conclusione della Corte, vi è certo da chiedersi se un'impostazione tutta a tutela della salvaguardia dell'efficienza imprenditoriale trovi prevalente giustificazione nello scopo sociale dell'impresa in questione, vista l'essenzialità del servizio offerto alla collettività. Diversamente, si fa fatica ad accogliere in pieno conclusioni che pronunciano in modo categorico l'esclusione di certe garanzie. La Corte, infatti, accoglie il primo motivo di ricorso senza operare richiami specifici alla norma contrattuale. Assorbita totalmente dall'individuazione della fattispecie, lasciando spazio ai dubbi, se non addirittura a problemi di certezza dei motivi (Si consideri che la Cass. n. 1821/1986, cit., costituisce un esempio di pronuncia in cui, dall'assenza di obbligo di contestuale comunicazione dei motivi si è fatta discendere, in caso di contestazione del trasferimento, la possibilità per il datore di lavoro di provare obiettive ragioni non previamente comunicate), non si esprime circa il preavviso e la comunicazione delle ragioni che, comunque, dovrebbero sussistere anche in caso di trasferimento *ex art.* 2103 cod. civ.; mentre afferma con chiarezza la non necessità di osservanza di qualsiasi altra garanzia sostanziale o procedimentale che sia stabilita per le sanzioni disciplinari. Considerata anche l'intercambiabilità di strumenti garantita dalle pronunce di legittimità, nel caso in cui si ravvisi una situazione incidente sugli assetti organizzativi dell'impresa che contemporaneamente costituisca fatto disci-

plinarmente rilevante, l'esclusione assoluta delle garanzie in favore del lavoratore disposte dall'art. 7 dello Statuto palesa un'accezione non accettabile dello *ius variandi*, per questa via ricondotto in un alveo originario all'insegna del quale potrebbe essere più facile per il datore di lavoro vanificare lo sforzo e il valore di preziose acquisizioni. Vi è da aggiungere che, nel caso in esame, il provvedimento è diretto a produrre effetti nei confronti di un dipendente con mansioni apicali, ed è proprio in simili ipotesi che il potere disciplinare è suscettibile di manifestarsi con maggiore intensità, vista la natura fiduciaria che connette le posizioni soggettive del datore e del dirigente, estrinsecandosi in atti quali il trasferimento. La possibilità di far rientrare, a discrezione del datore, suddette ipotesi tra le ragioni oggettive che legittimano il ricorso all'art. 2103 cod. civ. e di escludere per questo l'applicazione delle garanzie di cui alla norma statutaria suscita dubbi, soprattutto alla luce dell'orientamento consolidato in giurisprudenza. Nel caso di specie, al dirigente viene anche opposta la «colpa» di non aver colpa della sua inefficienza. Eppure, in una siffatta situazione, per di più, potrebbe emergere il paradossale interesse del lavoratore a essere sanzionato avendo, almeno in questo caso, la possibilità di trovare una «via di scampo» sia con riferimento all'onere di preventiva contestazione, sia per la possibilità di essere eventualmente assistito nella fase di difesa da un rappresentante sindacale ai sensi rispettivamente dei commi 2 e 3 dell'art. 7, oltre alla possibilità di godere delle condizioni di cui al comma 5, ricorrere per l'impugnazione della sanzione entro i termini di cui al comma 6 promuovendo la costituzione di un collegio di conciliazione e di godere, infine, ai sensi del comma 7, della possibilità della sospensione del provvedimento disciplinare nelle more del giudizio (Non mancano, tuttavia, casi in cui la discrezionalità di intervento riconosciuta al datore di lavoro ha giocato a favore del lavoratore che, resosi responsabile di irregolarità contabili e amministrative tali da giustificare un licenziamento per motivi disciplinari, ha invece subito solo un trasferimento *ex art.* 2103 cod. civ., motivato dal fatto che il comportamento illecito aveva, tra l'altro, reso i rapporti con i colleghi estremamente tesi, così da provocare disfunzioni nell'unità produttiva, vedi Cass. 16 giugno 1987 n. 5339, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 208, con nota di Mariani, e in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, p. 247, con nota di Poso). In ultima analisi, in una dimensione potenziale, e non solo, mettendo a confronto le disparità di trattamento suscettibili di essere praticate ai lavoratori della stessa azienda, anche per effetto della fonte contrattuale collettiva, sembra alquanto opinabile la soluzione di ritenere soddisfatto il bilanciamento di interessi alla luce del solo criterio di ragionevolezza escludendo, con riferimento alla scelta dell'imprenditore-datore, la necessità di sussistenza del carattere di inevitabilità (Vedi Trib. Roma, 28 marzo 2000, in *Giur. rom.*, 2000, p. 359, circa la sussistenza in capo al datore dell'onere di provare che il mancato trasferimento avrebbe l'effetto di comportare una «ineliminabile» disfunzione nell'organizzazione del lavoro). Per questa via, infatti, il principio di uguaglianza e parità di trattamento risulta piegato a una logica imprenditoriale sbilanciata che, pur fondata sull'enunciazione costituzionale del principio di libertà di iniziativa economica privata, sembra dimenticare il comma 2 dello stesso art. 41 Cost., oltre ai principi fondamentali di cui agli artt. 3 e 4 Cost., omettendo irrinunciabili interpretazioni sistematiche.

Serena Zitti

Dottoranda di ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato nell'Università «G. D'Annunzio» di Pescara

CASSAZIONE, 16 gennaio 2007, n. 820, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Vidimi, P.M. Sepe (concl. conf.) – G. Serenata (avv.ti De Michele, Ruggiero) c. Villa Giovanna (avv. D. Garofalo) e Cooperativa Cia (avv. Luparelli).

Interposizione di manodopera – Individuazione del soggetto titolare del contratto in caso di interposizione vietata – Subordinazione come alienità dei mezzi di produzione ed esautorazione dal risultato produttivo – Onere della prova.

Nel rito del lavoro, la valutazione di nullità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per mancanza di determinazione dell'oggetto della domanda o per mancata esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto sulle quali questa si fonda, ravvisabili solo quando attraverso l'esame complessivo dell'atto sia impossibile l'individuazione esatta della pretesa dell'attore e il convenuto non possa apprestare una compiuta difesa, implica interpretazione dell'atto introduttivo della lite riservata al giudice di merito, censurabile in cassazione solo per vizi di motivazione, il che comporta l'esame non del ricorso introduttivo, ma delle ragioni esposte nella sentenza impugnata per affermare che il ricorso stesso sia o meno affetto dal vizio denunciato. (1)

Per la prova della (dedotta) interposizione fittizia di manodopera si richiede come elemento costitutivo la presenza di una subordinazione in senso tecnico coincidente – in ragione del disposto dell'art. 2094 cod. civ. – con quella che è stata definita «doppia alienità». Condizione, questa, che – come emerge anche da quanto messo in evidenza del giudice delle leggi (cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1996, n. 30) – si verifica non solo quando la prestazione lavorativa è destinata a svolgersi nel contesto di una organizzazione produttiva «altrui», ma anche quando del relativo risultato è destinato ad appropriarsi solo il titolare dell'organizzazione (e dei mezzi di produzione). (2)

(*Omissis*) Con ricorso depositato il 19 aprile 2001 G. Serenata conveniva dinanzi al giudice del lavoro del Tribunale di Bari la Srl Villa Giovanna e la Soc. Cooperativa Cia, esponendo di avere lavorato presso la prima società nei periodi indicati in ricorso con le mansioni di assistente ai pazienti. Aveva svolto le sue prestazioni con vincolo di subordinazione e solo formalmente risultava socia della Cooperativa, che fungeva da intermediaria per la prestazione di manodopera. Precisava ancora che non aveva ricevuto la retribuzione come previsto dal contratto collettivo dei dipendenti delle case di cura per il personale non medico; che non le erano state corrisposte le indennità per lavoro straordinario, indennità

professionale, tredicesima mensilità, festività soppresse, ferie e Tfr; che dai conteggi effettuati emergeva il credito specificato in ricorso secondo il documento allegato al ricorso stesso; e infine che, ai sensi e per l'effetto dell'art. 1, comma 5, della legge n. 1369 del 1960, doveva considerarsi a tutti gli effetti alle dipendenze della casa di cura Villa Giovanna. Ciò premesso, la ricorrente chiedeva che venisse accertata la violazione di cui all'art. 1 della legge n. 1369 del 1960 e che venisse riconosciuta come dipendente della Srl Villa Giovanna e che entrambi i convenuti venissero condannati in solido al pagamento della somma specificata in ricorso oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Dopo la costituzione del contraddittorio, il giudice adito dichiarava la nullità del ricorso.

A seguito di gravame della Serenata la Corte territoriale rigettava l'appello. Nel pervenire a tale conclusione la suddetta Corte osservava che correttamente il primo giudice aveva dichiarato nullo il ricorso per assoluta carenza della esposizione dei fatti su cui si fondava la domanda,

(Omissis) Più esattamente nel ricorso introduttivo non era stato allegato nessun fatto specifico in ordine alla asserita natura subordinata del rapporto intercorso tra l'istante e la Cooperativa Cia; rapporto che peraltro la ricorrente riconosceva essere «formalmente» (cioè documentalmente) di natura associativa. E ancora, nessuna specifica e rilevante allegazione era stata fatta in ordine alla asserita subordinazione nei rapporti della Srl Villa Giovanna (con sottoposizione al diretto potere gerarchico e disciplinare degli organi di quest'ultima), risultando del tutto generico il mero riferimento all'osservanza dell'orario di lavoro e dell'organizzazione in vigore in detta struttura, circostanza del resto compatibile con la natura associativa della prestazione lavorativa.

Avverso tale sentenza G. Serenata propone ricorso per cassazione affidato a tre motivi.

(Omissis)

Con il secondo motivo la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1 della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, 2697 e 2729 cod. civ. e dell'art. 421 cod. proc. civ. ai sensi dell'art. 360, n. 3, cod. proc. civ., lamentando ancora una volta che detta violazione sarebbe emersa con l'esibizione del registro dei turni, ingiustamente rifiutata dal giudice del merito, e che in ogni caso l'onere di allegare e dimostrare l'esistenza del rapporto tra il committente e l'intermediario doveva essere addossato al datore di lavoro e non al lavoratore, stante la situazione di difficoltà in cui lo stesso si sarebbe trovato nell'adempire tale onere.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia, finendo

per assegnare forza valutativa a circostanze del tutto avulse dalla narrazione dei fatti, laddove non aveva assegnato il dovuto rilievo alla circostanza che il primo giudice, nel dichiarare la nullità *ex art.* 414 cod. proc. civ. del ricorso introduttivo della lite, aveva ritenuto – contro quanto si evinceva con chiarezza dal suddetto ricorso – che essa ricorrente non aveva ricevuto alcuna retribuzione.

I tre motivi del ricorso, da esaminarsi congiuntamente in ragione della stretta connessione sul piano logico-giuridico delle questioni sollevate, vanno rigettati perché privi di fondamento.

Questa Corte ha più volte ribadito che nel rito del lavoro la valutazione di nullità del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado per mancanza di determinazione dell'oggetto della domanda o per mancata esposizione degli elementi di fatto e delle ragioni di diritto sulle quali questa si fonda, ravvisabili solo quando attraverso l'esame complessivo dell'atto sia impossibile l'individuazione esatta della pretesa dell'attore e il convenuto non possa apprestare una compiuta difesa, implica interpretazione dell'atto introduttivo della lite riservata al giudice di merito, censurabile in cassazione solo per vizi di motivazione, il che comporta l'esame non del ricorso introduttivo, ma delle ragioni esposte nella sentenza impugnata per affermare che il ricorso stesso sia o meno affetto dal vizio denunciato (cfr. *ex plurimis*, in tali sensi: Cass. 27 agosto 2004, n. 17076; Cass. 6 febbraio 2004, n. 2304; Cass. 7 maggio 2002, n. 6501; Cass. 7 marzo 2000, n. 2572).

Nella fattispecie in esame le ragioni con le quali la Corte territoriale ha – a seguito della interpretazione dell'atto introduttivo della presente controversia – confermato la statuizione del primo giudice di nullità del ricorso di primo grado, supportano tali conclusioni con argomentazioni che, risultando congrue e corrette sul versante logico e giuridico, non possono essere oggetto di alcuna censura in questa sede.

E invero non risulta condivisibile l'assunto della ricorrente sig.ra Serenata, secondo la quale non poteva essere pronunciata nel caso in esame la nullità del ricorso perché il contenuto dei documenti offerti in comunicazione e la richiesta di esibizione dei turni di servizio da parte della società Villa Giovanna fornivano elementi suscettibili a provare le modalità dell'attività lavorativa da essa spiegata. Al riguardo va in contrario evidenziato come la Corte territoriale abbia opportunamente rimarcato come la *causa petendi* della esperita domanda di pagamento fosse costituita dalla intermediazione di manodopera – che giustificava una condanna della Cooperativa e della società Villa Giovanna al pagamento in solido delle somme rivendicate dalla lavoratrice – e come non fossero stati allegati né tanto meno specificati nel ricorso di primo grado gli elementi co-

stitutivi di detta intermediazione. Più specificamente, il giudice d'appello ha messo in luce come nel caso di specie non fosse stato allegato non solo l'inserimento della lavoratrice nell'organizzazione aziendale della società Villa San Giovanni, ma neanche l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la Cooperativa e la Serenata, che risultava essere di detta Cooperativa una socia. Circostanza, questa, che non poteva non determinare – stante la mancata esposizione dei fatti e degli elementi sui quali si fondava la domanda – la nullità del ricorso *ex art. 414, n. 4, cod. proc. civ.* atteso che per la prova della (dedotta) interposizione fittizia di manodopera si richiedeva come elemento costitutivo la presenza di una subordinazione in senso tecnico coincidente – in ragione del disposto dell'art. 2094 cod. civ. – con quella che è stata definita «doppia alienità». Condizione, questa, che – come emerge anche da quanto messo in evidenza del giudice delle leggi (cfr. Corte Cost. 5 febbraio 1996, n. 30) – si verifica non solo quando la prestazione lavorativa è destinata a svolgersi nel contesto di una organizzazione produttiva «altrui», ma anche quando del relativo risultato è destinato ad appropriarsi solo il titolare dell'organizzazione (e dei mezzi di produzione).

Il che porta a escludere che possa, ad esempio, configurarsi un rapporto di lavoro subordinato nell'associato di una associazione in partecipazione o anche nel caso di un socio di cooperativa di lavoro allorquando l'attività lavorativa si identifichi con l'oggetto della prestazione mutualistica; a detto rapporto può però unirsi distinto rapporto in altra forma e, quindi, anche in forma di lavoro subordinato, ai cui estremi però non risulta che la Serenata abbia fatto riferimento nel ricorso di primo grado in adempimento alle prescrizioni dettate dall'art. 414 cod. proc. civ.

Né, per andare in contrario avviso, vale il rilievo del mancato esercizio dei poteri istruttori che il giudice d'appello avrebbe dovuto esercitare al fine di pervenire alla prova dei fatti costitutivi posti a fondamento delle domande della Serenata. E infatti, pur a volere condividere la tesi secondo cui l'esercizio dei poteri istruttori del giudice non è discrezionale ma bensì obbligato ove sussistano ragionevoli probabilità di accertare attraverso essi la verità, un limite a detto esercizio è comunque rappresentato dalla rituale allegazione dei fatti a opera della parte, stante la necessaria circolarità, per quanto attiene al rito del lavoro, tra oneri di allegazione, oneri di contestazione e oneri di prova (cfr. in tali sensi Cass., Ss.Uu., 17 giugno 2004, n. 11353).

Per concludere il ricorso va rigettato.

(*Omissis*)

(1-2) SUBORDINAZIONE E DOPPIA ALIENITÀ:
LA CASSAZIONE BATTE UN COLPO

La sentenza in commento merita di non essere lasciata passare sotto silenzio. Essa sembra prefigurare un mutamento di orientamento del Supremo Collegio in tema di qualificazione del rapporto di lavoro, richiamando espressamente la decisione della Corte Costituzionale n. 30 del 5 febbraio 1996 (In *D&L*, 1996, pp. 616 ss.) ove la nozione di «subordinazione in senso stretto» viene fatta coincidere con la condizione di doppia alienità del lavoratore rispetto all'organizzazione e al risultato produttivo. La decisione si colloca nel filone (che potremmo definire «innovativo») recentemente coonestato dalla pronuncia della Sezione lavoro 9 ottobre 2006, n. 21646 (Per un approfondimento si rinvia al contributo di M. Roccella, *Spigolature in tema di subordinazione. Lo strano caso del sig. B.*, in *q. Riv.*, 2007, II, pp. 131 ss., ove il testo della sentenza a pp. 144 ss.).

La vicenda processuale merita di essere descritta sommariamente. La sig.ra S. conviene davanti al Tribunale di Bari la Srl Villa Giovanna e la Cooperativa Cia, esponendo di aver lavorato presso la prima società con mansioni di assistente ai pazienti. Espone altresì di aver svolto le sue prestazioni con vincolo di subordinazione e di risultare solo formalmente socia della cooperativa, la quale fungeva da interposta. Chiede quindi la ricorrente che, ai sensi dell'art. 1, comma 5, legge n. 1369/1960 (applicabile *ratione temporis*), sia dichiarata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la interponente Srl Villa Giovanna (effettiva utilizzatrice delle prestazioni di lavoro della ricorrente) e che entrambi i convenuti (l'interponente e la cooperativa interposta) siano condannati in solido al pagamento delle differenze retributive (non avendo la ricorrente ricevuto la retribuzione come previsto dal contratto collettivo dei dipendenti delle case di cura per il personale non medico).

La domanda della sig.ra S. non è accolta né dal Tribunale né dalla Corte d'Appello. Per entrambi il ricorso andava considerato nullo perché la *causa petendi* della domanda di differenze retributive era costituita unicamente dalla dedotta interposizione fittizia di manodopera, senza nessuna specificazione in ordine al «doppio livello di simulazione necessariamente sotteso alla fattispecie *de qua*». E invero la lavoratrice non aveva allegato, né tanto meno specificato, nel ricorso introduttivo gli elementi costitutivi di detta intermediazione. In particolare, non era stato allegato l'inserimento della lavoratrice all'interno della struttura organizzativa della società interponente (Vedi, anche per indicazioni giurisprudenziali: O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro*, Milano, 1979, e poi R. Del Punta, *Appalto di manodopera e subordinazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1995, p. 625; ; qualche indicazione da ultimo in A. Mannino, *Sull'interposizione di manodopera: l'epilogo sulla responsabilità dell'interposto*, in *q. Riv.*, 2007, II, p. 33 ss.), né era stata allegata l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la cooperativa e l'istante, che risultava essere di detta cooperativa una socia.

La situazione non si ribalta neanche davanti alla Corte di Cassazione. La Suprema Corte, nella specie, conferma il ragionamento dei giudici di merito «atteso che per la prova della dedotta interposizione fittizia di manodopera si richiedeva come elemento costitutivo la presenza del requisito della subordinazione in senso tecnico», coincidente – in ragione del disposto dell'art. 2094 cod. civ. – con quella che è stata definita dai giudici costituzionali (nella citata sentenza n. 30 del 1996) «doppia alienità».

Condizione, questa, che – secondo il noto insegnamento della Corte Costituzionale – si verifica non solo quando la prestazione lavorativa è destinata a svolgersi nel contesto di una organizzazione produttiva «altrui», ma anche quando del relativo risultato è destinato ad appropriarsi solo il titolare dell'organizzazione (e dei mezzi di produzione). Il che porta – secondo i giudici nella decisione in epigrafe – «a escludere che possa, ad esempio, configurarsi un rapporto di lavoro subordinato nell'associato di una associazione in partecipazione o anche nel caso di un socio di cooperativa di lavoro allorquando l'attività lavorativa si identifichi con l'oggetto della prestazione mutualistica; a detto rapporto può però unirsi distinto rapporto in altra forma e, quindi, anche in forma di lavoro subordinato».

In conclusione, il ragionamento dei giudici di legittimità ricalca quello dei giudici costituzionali. Questi ultimi, per giungere al risultato di considerare il lavoro subordinato come un rapporto economico-sociale specifico e non omologabile ad altre relazioni che hanno a oggetto il lavoro, distinguono fra la subordinazione tecnico-funzionale, quella che secondo l'insegnamento della Cassazione – attraverso l'accertamento dell'eterodirezione – caratterizzerebbe il tipo legale del lavoro subordinato e per la Corte Costituzionale è invece riscontrabile anche «in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti» (ad esempio, in certi rapporti associativi, come quello dell'associato in partecipazione con apporto di lavoro), e, appunto, la «subordinazione in senso stretto», peculiare del rapporto di lavoro subordinato (cui fa riferimento la Suprema Corte nella sentenza in epigrafe), «la quale è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso». Dietro questo concetto si può scorgere, anche in virtù del riferimento – nella decisione del 1996 – all'art. 2094 cod. civ., l'idea del lavorare alle altrui «dipendenze» (M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 39), che non può essere riduttivamente considerato come sinonimo del lavorare sotto l'altrui «direzione» (Cfr. da ultimo O. Mazzotta, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 60).

Andrea Allamprese
Assegnista di ricerca, Università Politecnica di Ancona

TRIBUNALE GENOVA, 5 marzo 2007, n. 276, Sez. lav. – Est. Melandri – G. L. (avv.ti A. e M. Scancarello) c. Rfi Spa (avv.ti C. e A. Pargoletti).

Licenziamento individuale – Reintegrazione nel posto di lavoro – Opzione per l'indennità sostitutiva delle quindici mensilità – Risoluzione del rapporto – Diritto al risarcimento del danno fino alla data di dichiarazione della scelta per la prestazione sostitutiva.

Nel caso di opzione per l'indennità sostitutiva del licenziamento ex art. 18, comma 5, legge n. 300/1970, i principi fondamentali della disciplina dei contratti non possono essere derogati neppure nella materia lavoristica. Una volta manifestata la volontà di ottenere l'indennità monetaria, l'obbligazione monetaria accessoria diventa unica e si sostituisce a quella ripristinatoria, con la conseguenza che il rapporto di lavoro si estingue a tal data e contestualmente cessa la maturazione delle retribuzioni a titolo di danno. (1)

(*Omissis*)

Con ricorso depositato in Cancelleria li 15 maggio 2005 il ricorrente esprimeva: che, con sentenza passata in giudicato, il Tribunale di Genova aveva annullato il licenziamento intimatogli da F.S. Spa (oggi R.FI.) ordinando a quest'ultima società di reintegrarlo nel posto di lavoro e condannandola al risarcimento dei danni dallo stesso subito, pari alle retribuzioni globali di fatto maturate e maturande dal licenziamento alla reintegra, in applicazione dell'art. 18 Stat. lav.; che in data 11 gennaio 2000 il ricorrente aveva esercitato il diritto di opzione previsto dal comma 5 del cit. art. 18 Stat. lav.; che la società debitrice non gli aveva ancora corrisposto alcuna somma; di aver pertanto diritto, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità e costituzionale, a un risarcimento pari alle retribuzioni maturate e maturande dal licenziamento all'avvenuto pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegra, oltre all'indennità medesima.

Chiedeva quindi il pagamento delle 15 mensilità dovute per l'opzione esercitata e le retribuzioni dal licenziamento al pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegra, quantificate alla data del ricorso in euro 321.841,95 con riserva di ulteriori pretese. Si è costituita in giudizio R.FI. Spa (già F.S. Spa) contestando la fondatezza del ricorso, nella parte in cui era volto a ottenere, a titolo di danno, le retribuzioni maturate successivamente all'esercizio del diritto dell'opzione, sino all'avvenuto pagamento.

Sosteneva infatti che, avendo il ricorrente esercitato il diritto di opzione, in quel momento il rapporto di lavoro doveva ritenersi definitivamente cessato, con conseguente cessazione di ogni obbligo retributivo, pena l'incostituzionalità della normativa in esame relativamente alla qua-

le chiedeva, se del caso, sollevarsi la questione rimettendo gli atti alla Corte Costituzionale.

Eccepiva inoltre l'inesatta quantificazione delle somme richieste in ricorso, contestando i relativi conteggi, nonché l'*aliunde perceptum*, l'indennità di mancato preavviso di cui in via subordinata chiedeva la restituzione e la prescrizione estintiva quinquennale.

Previa discussione sulla questione relativa alla natura giuridica dell'opzione, la causa è stata istruita con l'espletamento di Ctù volta alla quantificazione delle somme dovute e all'udienza dell'8 febbraio 2007 il giudice ha deciso come da separato dispositivo.

Motivi della decisione

È pacifico agli atti che il ricorrente, licenziato dall'allora F.S. in forza di una procedura collettiva di mobilità dichiarata illegittima in sede giudiziale, abbia ottenuto una sentenza irrevocabile di annullamento del licenziamento con ordine di reintegrazione nel posto di lavoro e condanna della società al risarcimento dei danni pari alle retribuzioni maturate e maturande dal licenziamento alla reintegrazione.

Il ricorrente ha esercitato il diritto di opzione previsto dal comma 5 dell'art. 18 Stat. lav. in data 11 gennaio 2000.

La società convenuta non ha corrisposto al ricorrente alcunché in forza di detto titolo.

Sostiene il ricorrente di aver diritto, oltre alle quindici mensilità opzionate, alle retribuzioni maturate e maturande dal licenziamento al pagamento dell'opzione in quanto il rapporto di lavoro si estinguerrebbe soltanto al momento dell'integrale adempimento dell'indennità sostitutiva (comprensiva di capitale e accessori sino al saldo).

Al riguardo occorre evidenziare che il meccanismo di tutela cd. reale del posto di lavoro nelle imprese con più di 15 dipendenti ha subito una importante trasformazione con la riforma dell'art. 18 Stat. lav. avvenuta con legge n. 108/90, mediante l'introduzione della facoltà del lavoratore illegittimamente licenziato di richiedere, al posto della reintegrazione, un'indennità monetaria pari a 15 mensilità; ciò all'evidente fine di consentirgli di scegliere se proseguire il rapporto di lavoro o rinunziarvi in considerazione dell'obiettivo difficoltà di reinserimento dovuta a una probabile ostilità ambientale, ovvero per altri motivi che il legislatore ha ritenuto degni di tutela attribuendo così un valore legale al posto di tutela.

Tuttavia questa nuova ricostruzione del sistema garantistico, da più correnti criticato per eccessiva tutela della posizione del lavoratore disoccupato rispetto a quello ancora inoccupato, ha introdotto una serie di problemi, dovuti anche a un'ambigua, o quanto meno non completa, formulazione del dettato normativo.

È pacifico infatti che la sentenza di annullamento del licenziamento ha natura costitutiva *ex tunc*, nel senso che ha l'effetto di ricostituire il rapporto di lavoro con effetti retroattivi con conseguente diritto del lavoratore alle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegrazione a titolo di danno per inadempimento contrattuale.

Non sorge alcun problema nel caso in cui il lavoratore venga reintegrato, in quanto da tale data le retribuzioni spetteranno quale corrispettivo della prestazione lavorativa e non a titolo di danno.

I problemi sorgono invece quando venga esercitato dal lavoratore il diritto d'opzione, in quanto il legislatore non si è fatto carico di specificare quando cessi il rapporto di lavoro e quindi sino a che data spettino le retribuzioni dovute a titolo di danno conseguente all'illegittimità del licenziamento.

L'inciso, salvo il diritto al risarcimento dei danni previsto al comma 4, non chiarisce infatti fino a quando, nel caso in cui il lavoratore opti per le 15 mensilità, maturino le retribuzioni a titolo di danno.

Per risolvere questo problema l'interprete non può che applicare le regole civilistiche in materia di obbligazioni.

La prima domanda che bisogna porsi è quella relativa alla natura delle obbligazioni che il legislatore impone al datore di lavoro con più di 15 dipendenti in caso di licenziamento illegittimo.

Se si abbracciasse la tesi secondo cui, come nel meccanismo previsto dall'art. 8 della legge n. 604/66, ci si trova di fronte a una obbligazione alternativa disciplinata dagli artt. 1285 ss. cod. civ., il problema non potrebbe che essere risolto applicando il disposto previsto dal comma 20 dell'art. 1286 cod. civ., secondo cui, una volta operata la scelta della prestazione mediante l'adempimento ovvero una dichiarazione comunicata all'altra parte, essa diviene irrevocabile e la controparte non può più pretendere l'altra prestazione.

Appare pertanto evidente che, qualora si riconducesse il meccanismo in esame nell'ambito delle obbligazioni alternative, l'esercizio dell'opzione mediante comunicazione al datore di lavoro della intenzione di sostituire la reintegra con l'indennità monetaria avrebbe un effetto estintivo del rapporto di lavoro, con conseguente cessazione della maturazione delle retribuzioni spettanti a titolo di danno.

Tale ricostruzione tuttavia non appare convincente in quanto le obbligazioni alternative sono caratterizzate dalla duplicità delle prestazioni oggetto dell'obbligazione, entrambe principali, per cui – come espressamente previsto dall'art. 1288 cod. civ. – in caso di impossibilità sopravvenuta di una delle due, l'obbligazione diventa semplice e il debitore deve adempiere all'altra prestazione ancora possibile.

Ben diversa è la fattispecie in esame, in cui è pacifico che l'obbligazione principale del datore di lavoro che licenzi illegittimamente il lavoratore è quella di reintegrarlo nel posto di lavoro – mentre quella indennitaria è a essa accessoria, sostituendosi alla prima solo nel caso in cui venga esercitato il diritto di opzione da parte del lavoratore. Tanto ciò è vero che, nel caso in cui il lavoratore non opti (ovvero non abbia ancora optato) per l'indennità sostitutiva e sopravvenga una causa non imputabile al debitore di impossibilità della reintegrazione nel posto di lavoro (es. morte o invalidità del lavoratore), il datore di lavoro non è tenuto a eseguire la prestazione sostitutiva, perché l'obbligazione si estingue.

Correttamente pertanto – ad avviso del giudicante – nella sentenza n. 81 del 1992 della Corte Costituzionale estesa dal Prof. Mengoni, la fattispecie in esame è stata inquadrata nell'ambito delle cd. obbligazioni con facoltà alternativa, ma *dal lato del creditore*.

Trattasi di una categoria di creazione dottrinale e giurisprudenziale, in quanto non prevista in via generale dal legislatore, che ha tuttavia disciplinato alcune fattispecie specifiche agli artt. 651 cod. civ. (legato di cosa dell'onerato o di un terzo), 1278 cod. civ. (debito di somma di monete non aventi forma legale), 1556 cod. civ. (contratto estimatorio); tutte ipotesi in cui *il debitore* ha la facoltà di adempiere a un'altra prestazione al posto di quella principale.

Sulla falsa riga di questo schema complesso, in cui è l'adempimento della prestazione alternativa che produce l'effetto di sostituire la prestazione principale, la Corte Costituzionale ha ritenuto che anche nella fattispecie in esame, nel caso di esercizio dell'opzione da parte del lavoratore, solo con il pagamento dell'opzione si verificherebbe, oltre all'estinzione dell'obbligazione, la cessazione del rapporto di lavoro, con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento dei danni sino a tale data.

Tale ricostruzione – recepita unanimemente dalla giurisprudenza di cassazione con numerose pronuncie, anche recenti (cfr. per tutte Cass. n. 11609 del 2003) – non appare condivisibile, in quanto non tiene conto di una differenza determinante – ad avviso del giudicante – tra le obbligazioni con facoltà alternativa *da parte del debitore*, disciplinate nelle ipotesi legali testè richiamate, e l'obbligazione con facoltà alternativa *da parte del creditore*, in cui rientra la fattispecie in esame – differenza che non consente di recepire la stessa disciplina, in quanto totalmente diversi sono gli interessi tutelati con l'introduzione di tali facoltà.

Le fattispecie codicistiche infatti soddisfano l'interesse del debitore che può, se a lui più conveniente, adempiere alla propria obbligazione eseguendo una prestazione diversa da quella a cui era tenuto per legge o per contratto o altro fatto idoneo a produrla. In questo caso all'interesse del debitore di sce-

gliere quale prestazione eseguire si contrappone l'interesse del creditore a ottenere l'adempimento dell'obbligazione; interesse ultimo che il legislatore ha inteso altresì tutelare – con un bilanciamento degli interessi contrapposti – richiedendo che il debitore esegua correttamente e integralmente la prestazione che ha voluto sostituire a quella principale.

Ben diverso è il caso in esame, in cui è il lavoratore creditore (e non il datore di lavoro debitore) che ha diritto di scegliere la prestazione da eseguirsi; diritto da esercitarsi mediante una manifestazione di volontà che non può non avere immediati effetti, quale negozio giuridico unilaterale, di risoluzione di un rapporto non più voluto.

Non attribuire alcuna valenza giuridica a tale manifestazione di volontà si pone in contrasto con i principi fondamentali in materia contrattualistica, che non possono essere derogati neppure nella materia lavoristica, caratterizzata dalla prevalenza dell'effettività rispetto all'elemento volontaristico, laddove occorre salvaguardare l'interesse della parte più debole, e cioè del lavoratore. Nel caso in esame invece il legislatore dà rilevanza alla volontà del lavoratore che non desidera più proseguire il rapporto di lavoro, consentendogli di interromperlo per avere in cambio un consistente indennizzo monetario.

Non ha alcun senso logico-giuridico ritenere che il rapporto di lavoro si estingua solo a seguito del pagamento dell'indennità sostitutiva, sia perché questo il legislatore della riforma non dice, sia perché non appare essere una conseguenza ricavabile dal sistema generale codicistico in quanto – come già evidenziato – la fattispecie in esame non è paragonabile alle obbligazioni con facoltà alternativa del debitore, nelle quali assume rilevanza l'adempimento della prestazione alternativa.

Deve quindi ritenersi che la fattispecie disciplinata dal comma 50 dell'art. 18 Stat. lav., così come modificato dall'art. 1 della legge n. 108 del 1990, sia una obbligazione con facoltà alternativa del lavoratore creditore, la cui scelta diventa irrevocabile una volta comunicata l'opzione al datore di lavoro.

E infatti, una volta manifestata la volontà di ottenere l'indennità monetaria, così come è pacifico che il datore di lavoro non possa più adempiere alla reintegra invitando il lavoratore a riprendere servizio, allo stesso modo deve ritenersi che il lavoratore non possa più pretendere di essere reintegrato nel caso di mancato pagamento dell'opzione.

Altra conseguenza derivante dall'esercizio dell'opzione è che qualora sopraggiunga successivamente a essa una causa di impossibilità della prestazione lavorativa (morte o invalidità del lavoratore), essa non assume alcuna rilevanza perché l'obbligazione cui il datore di lavoro è tenuto è diventata, dal momento in cui il lavoratore ha esercitato la sua facoltà di scelta, solo quella indennitaria.

Tutto ciò perché – ed è questa, ad avviso del giudicante, la ricostruzione che appare più lineare e coerente con il sistema generale civilistico – una volta comunicata al datore di lavoro la dichiarazione di scelta, l'obbligazione monetaria accessoria diventa unica e si sostituisce a quella ripristinatoria che non è più possibile eseguire perché il rapporto di lavoro si è definitivamente estinto a tale data, con conseguente cessazione della maturazione delle retribuzioni a titolo di danno.

Né appare condivisibile la tesi secondo cui l'impostazione seguita dalla Corte Costituzionale troverebbe un parallelo riscontro normativo nel meccanismo delineato dal secondo periodo del comma 5, che prevede una sequenza procedimentale consistente in una comunicazione impegnativa di una parte (invito a riprendere il servizio da parte del datore di lavoro) e un comportamento concludente dell'altra (rientro sul posto di lavoro o richiesta dell'opzione azienda-decisione lavoratore); analogamente nella fattispecie in esame si avrebbe una comunicazione impegnativa del lavoratore di rinunciare al rapporto e il conseguente pagamento dell'indennizzo da parte del datore di lavoro. Così come la manifestazione di volontà del datore di lavoro non produce alcun effetto se non quello di far decorrere il termine di 30 giorni entro cui il lavoratore può decidere di ritornare a lavorare o esercitare il diritto di opzione, allo stesso modo nel caso che ci occupa la manifestazione di volontà del lavoratore di scegliere l'indennità sostitutiva sarebbe irrilevante ai fini della cessazione del rapporto, essendo necessario il pagamento del datore di lavoro.

Questo raffronto, seppur suggestivo, non tiene conto del fatto che anche in queste due ipotesi vi è la stessa sostanziale differenza che si è potuto riscontrare tra le obbligazioni con facoltà alternativa a seconda del soggetto titolare del diritto potestativo. E infatti mentre nella fattispecie in esame la manifestazione di volontà è del lavoratore che, in modo espresso e inequivoco, dimostra di non aver più alcun interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro, nell'altra ipotesi l'iniziativa parte del datore di lavoro, che in ottemperanza all'ordine dei giudice, invita il lavoratore a ripresentarsi sul posto di lavoro; in quest'ultimo caso il legislatore ha attribuito al lavoratore la facoltà di decidere se riprendere il servizio od ottenere l'indennità monetaria, in tal modo attribuendo a tale soggetto il potere di ripristinare il rapporto ovvero interromperlo.

Appare pertanto evidente come il complesso sistema delineato nell'art. 18 Stat. lav. sia in ogni caso volto ad attribuire rilevanza decisiva alla volontà del creditore lavoratore cui spetta la facoltà di decidere se proseguire il rapporto di lavoro ovvero interromperlo optando per un'indennità monetaria.

Una volta espressa l'opzione – sia spontaneamente, sia a seguito dell'invito datoriale di reintegrazione – tale manifestazione di volontà – quale atto u-

nilaterale recettizio – non può che produrre effetto di estinguere l'obbligazione ripristinatoria e costituire, in sua sostituzione, quella indennitaria. Venendo meno l'obbligo ripristinatorio e il corrispondente diritto-dovere del lavoratore alla prestazione lavorativa, non può che risolversi il rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dell'oggetto del contratto, come disciplinato dall'art. 2094 cod. civ.

Così ricostruita la fattispecie in esame, deve quindi ritenersi che anche l'obbligo risarcitorio fatto salvo dal comma 4 dell'art. 18 Stat. lav. non possa estendersi alle retribuzioni maturate successivamente all'esercizio del diritto di opzione, data da cui il rapporto di lavoro deve considerarsi – per i motivi sopra esposti – definitivamente cessato.

(*Omissis*)

In considerazione dei contrasti giurisprudenziali sulla questione trattata, pare equo compensare la metà delle spese di lite.

Per la residua frazione, liquidata come in dispositivo, applicasi la regola della soccombenza.

(*Omissis*)

(1) LA CONDIZIONE DI EFFICACIA NELL'OPZIONE PER L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DELLA REINTEGRAZIONE

1. — *Il caso* — Prima di procedere nella disamina e successiva analisi della sentenza in commento, giova al ragionamento una sommaria ricostruzione della vicenda giudiziaria.

Il fatto è questo: un lavoratore del settore ferroviario licenziato nell'ambito di una procedura di mobilità, dopo essere stato reintegrato per ordine giudiziale nel posto di lavoro, aveva optato per le quindici mensilità, così rinunciando alla continuazione del rapporto; il datore di lavoro ometteva di corrispondere l'indennità sostitutiva e il dipendente reclamava il pagamento della retribuzione per risarcimento del danno fino alla data di effettivo adempimento dell'obbligazione opzionata, ossia fino all'avvenuto pagamento dell'indennità sostitutiva della reintegra.

A fondamento della pretesa il ricorrente postulava l'estinzione del rapporto di lavoro come conseguenza del pagamento dell'indennità, sicché la sua cessazione non era conseguenza diretta dell'esercizio della facoltà di optare per la tutela patrimoniale, ma doveva essere collegata all'ulteriore requisito della esecuzione dell'obbligo di pagamento.

La Società, per la contraria ragione, contestava il diritto del lavoratore a ottenere a titolo di danno le retribuzioni maturate successivamente all'esercizio del diritto di opzione, ritenendo che la volontà manifestata attraverso la scelta per l'indennità sostitutiva era di per sé idonea a produrre irrevocabilmente l'estinzione del rapporto.

Il giudice condannava la Società al pagamento del risarcimento limitando il *quantum* alla sola retribuzione globale di fatto maturata fino alla data dell'opzione per l'in-

dennità sostituiva e rigettava la richiesta di condanna alla restante quota di risarcimento dovuta per il periodo successivo fino al pagamento dell'indennità.

La decisione per l'accoglimento parziale del ricorso era resa sul presupposto della ambigua o incompleta formulazione del testo normativo (lacuna in verità colmata, come si vedrà, dalla Corte Costituzionale attraverso la definizione di una modalità procedimentale enucleabile dalla norma).

In proposito il giudice riteneva aperto e insoluto un problema interpretativo: quello di individuare il *dies ad quem* di spettanza delle retribuzioni a titolo di risarcimento danni in caso di opzione per l'indennità sostitutiva, atteso che il legislatore non si era fatto carico di fornire una specificazione su questo aspetto.

A suo giudizio, pertanto, la lacuna *legis* non poteva che essere colmata facendo rinvio ai principi civilistici in materia di obbligazioni.

È sulla base di questo rinvio che procedeva alla ricostruzione di una possibile ipotesi sulla qualificazione giuridica del diritto di scelta della tutela patrimoniale sostituiva di quella reale.

Scartata la possibilità di ricondurre la fattispecie nell'ambito delle obbligazioni alternative, in quanto l'assimilazione tra le due fattispecie poteva giustificarsi solo configurando *a priori* la coesistenza di due obbligazioni principali a fronte di una situazione connotata dalla presenza di una obbligazione semplice e *a latere* di una obbligazione accessoria meramente sostitutiva, lo schema più prossimo alla fattispecie era ritenuto, in linea con la giurisprudenza costituzionale, quello delle obbligazioni con facoltà alternativa, salvo porre una variante ravvisata nella specificità del caso conseguente al fatto che nella specie si configurava una obbligazione facoltativa *ex latere creditoris*.

Dopo di che il giudice sottoponeva a critica il principio giurisprudenziale elaborato in materia dalla Corte Costituzionale (e condiviso dalla giurisprudenza di legittimità), secondo cui la cessazione del rapporto sarebbe un effetto non dell'esercizio del diritto di opzione, bensì del pagamento della indennità, con persistenza dell'obbligo a carico del datore di lavoro di pagare, a titolo risarcitorio, la retribuzione maturata fino alla data di adempimento dell'obbligazione opzionata in luogo della prestazione principale.

Le ragioni di non condivisione erano ritenute sussistere nel fatto che la conseguenza inferita dalla giurisprudenza, mentre sarebbe corretta nella ordinaria ipotesi di obbligazione con facoltà alternativa da parte del debitore, non risulterebbe parimenti sostenuta da ragioni di fondatezza in caso di diritto di scelta riservato al lavoratore creditore, in quanto l'esercizio della correlata opzione darebbe vita a un negozio giuridico unilaterale dispositivo della potestà di dare volontaria risoluzione al rapporto di lavoro, commutando la prestazione principale della reintegrazione in quella accessoria di pagamento dell'indennità.

Sosteneva il Tribunale, per sorreggere la propria tesi, che far decorrere l'estinzione del rapporto di lavoro da un momento successivo a quello di manifestazione della volontà di risolverlo non sarebbe coerente con il sistema delineato dalla norma, sia in senso giuridico, perché mancherebbe una espressa previsione legislativa in tale senso, sia in senso logico, perché una tale conseguenza non sarebbe ricavabile dal codice civile per il fatto che lo stesso supporrebbe la rilevanza dell'adempimento della prestazione sostituiva solo in caso di obbligazione facoltativa del debitore.

In definitiva, a parere del giudicante, a fronte di una unanime giurisprudenza di legittimità (sorretta da quella della Corte Costituzionale) che, ai fini della cessazione del rapporto, ritiene irrilevante la manifestazione di volontà del lavoratore di scegliere l'indennità sostitutiva (essendo necessario il suo pagamento), la effettiva intenzione del legislatore sarebbe stata quella di valorizzare il principio volontaristico e porre la fattispecie al di fuori del programma di protezione della parte debole del rapporto, attribuendo al lavoratore la facoltà di decidere se mantenere in vita il rapporto oppure estinguerlo nello stesso momento in cui si è consumato il suo potere di scelta (o perché ha optato per la tutela sostitutiva o perché ha accettato la ripresa del lavoro o, infine, perché è spirato il termine decadenziale per effettuare la scelta).

Il problema che ha posto la sentenza in commento, dunque, è quello di verificare se la tesi denegata (quella condivisa dalla unanime giurisprudenza costituzionale e di legittimità), secondo cui, nell'area della tutela reale, il diritto al risarcimento del danno per licenziamento annullato in sede giudiziale, in caso di opzione da parte del lavoratore per la prestazione sostitutiva della reintegrazione, permane fino al pagamento dell'indennità (o non può essere limitato al solo periodo antecedente l'esercizio dell'opzione), trova rispondenza nei principi e negli schemi delle obbligazioni nel diritto civile oppure è la risultante del programma di riequilibrio della posizione del lavoratore qual parte debole del rapporto di lavoro.

2. — *Il quadro normativo* — La sentenza in commento, come visto, ritorna su uno degli aspetti più innovativi introdotti dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, in sede di modifica del sistema di tutela previsto dallo Statuto dei lavoratori per il licenziamento illegittimo.

Come è noto, l'art. 1 della citata legge, nell'emendare l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, ha previsto una nuova e aggiuntiva modalità di risoluzione del rapporto di lavoro: l'opzione da parte del lavoratore per la rinuncia alla reintegrazione, ricevendone un corrispettivo a titolo di risarcimento del danno (cd. indennità sostitutiva).

Si tratta di una manipolazione dell'originario sistema di tutela tutto imperniato sulla misura reintegratoria, cui il legislatore ha affiancato, in alternativa, una misura risarcitoria con forfezzazione del danno patrimoniale, che si attua per mezzo del diritto di opzione per le quindici mensilità al posto della reintegrazione.

La tutela alternativa è ritenuta una forma di monetizzazione del danno senza che ciò produca una lesione dei principi costituzionali posti dagli art. 4 e 35 Cost. a garanzia del diritto al lavoro, atteso che l'ordine di reintegrazione costituisce uno solo dei possibili strumenti di tutela contro i licenziamenti senza giustificazione causale (Vedi Corte Cost. 07 febbraio 2000, n. 46, in *Foro it.*, 2000, I, 699).

La scelta di questa ulteriore misura di tutela è rimessa a una incondizionata opzione *ad nutum* del lavoratore, nella cui piena disponibilità è lasciata, all'esito della declaratoria di illegittimità del licenziamento nell'area della tutela reale, ogni decisione per l'accesso all'una o all'altra forma di tutela secondo il suo insindacabile atto di scelta (Sulla insindacabilità della scelta del lavoratore e sulla impossibilità per il datore di lavoro di neutralizzarne l'operatività vedi Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 291, in *Cons. Stato*, 1996, II, p. 1252; in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 489; in *Not. giur. lav.*, 1996, p. 576; sulla irrilevanza della giustificazione causale e insindacabi-

lità giudiziale vedi Corte Cost. 15 marzo 1996, n. 77, in *D&L*, 1996, p. 617; in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 369).

La disposizione è stata più volte sottoposta al vaglio della Corte Costituzionale, superando indenne lo scrutinio di legittimità in relazione a diversi profili di paventata irrazionalità, compreso quello in esame.

Nonostante gli interventi della Corte Costituzionale e il conforme orientamento della Suprema Corte, la giurisprudenza di merito, sulla cui linea di indirizzo si pone anche la sentenza in commento, continua a ritenere che la norma ha ommesso di regolare gli aspetti procedurali, lasciando spazio fertile al formarsi di orientamenti giurisprudenziali contrastanti sul problema di stabilire il momento in cui cessa il rapporto di lavoro (ossia se al momento dell'opzione o al momento del pagamento dell'indennità).

Sulla disposizione in esame è già stato detto pressoché tutto quello che si poteva dire e molto in via risolutiva: gli autorevoli interventi della Corte Costituzionale, gran parte dei quali sono chiarificatori dei dilemmi che la norma ha posto all'evidenza dell'interprete, indipendentemente dalla loro condivisibilità (Vedi, per un'analisi critica, M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo e indennità sostitutiva della reintegrazione: la Corte Costituzionale gioca d'anticipo*, in *Foro it.*, 1992, I, 2044 ss.), dovrebbero aver fuggato ogni dubbio (sicuramente hanno sopito, soprattutto con l'ultima sentenza confermativa in maniera definitiva dell'originario orientamento – vedi Corte Cost. n. 77/1996, cit. –, l'intenso dibattito dottrinario che si era sviluppato dopo l'approvazione della novella legislativa); eppure la giurisprudenza, quella di merito, continua a mostrarsi oscillante e orientata (almeno nelle sue posizioni maggioritarie) al contrario indirizzo (sostenuto, invece, dall'unanime giurisprudenza di legittimità), con speciale riguardo proprio all'aspetto preso in considerazione dalla sentenza in commento.

3. — *Lo stato della giurisprudenza* — Il punto specifico su cui si è soffermato il Tribunale è quello della permanenza o della cessazione dell'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere, per l'ulteriore periodo successivo all'opzione, la retribuzione a titolo di risarcimento del danno, il che, espresso in altri termini, significa verificare se, dopo la scelta del lavoratore per la tutela sostitutiva, il ritardo nel pagamento della indennità costituisce situazione di *mora debendi* (con semplice maturazione degli interessi sulle somme dovute) oppure l'obbligazione risarcitoria, corrispondente alla condanna al pagamento della retribuzione globale di fatto, sopravvive fino all'adempimento della prestazione.

Sulla questione, come sarà evidenziato ampiamente, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e in quella di legittimità si è formato un consolidato indirizzo secondo il quale la cessazione del rapporto di lavoro è conseguente solo e soltanto al pagamento delle quindici mensilità, mentre l'esercizio del diritto di opzione ne rappresenta un atto prodromico, idoneo a estinguere l'obbligo di reintegrazione ma non sufficiente a produrre il medesimo effetto estintivo sul rapporto.

Di contrario avviso invece si è mostrato il Tribunale nella sentenza in commento, in cui il giudice è pervenuto a una soluzione esattamente opposta.

La questione non è nuova (I primi commentatori hanno sostenuto che «La norma dice quello che dice e non c'è assolutamente bisogno di porsi l'interrogativo...»: G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, p. 72). Di essa in verità

si è interessata più la dottrina – condensando i suoi interventi per lo più nel periodo immediatamente successivo all’emanazione della legge n. 108/1990 e alla sentenza della Corte Cost. n. 81/1992 – che la giurisprudenza. Questa, da parte sua, ha sviluppato una pluralità di soluzioni, in gran parte orientate dalla qualificazione della fattispecie di volta in volta proposta (in generale la giurisprudenza, sulla scorta di quanto asserito dalla Corte Costituzionale, tende a qualificare la fattispecie in termini di diritto potestativo all’interno della categoria delle obbligazioni facoltative).

Esaminando, per il momento, gli orientamenti della giurisprudenza, la questione è stata posta a tre diversi livelli. Il primo è quello della Corte Costituzionale, che – come già accennato e come di vedrà meglio *infra* – ha qualificato l’opzione per l’indennità sostitutiva come diritto potestativo concernente la scelta nella sfera di potestà del creditore nell’ambito di una obbligazione facoltativa e ha disgiunto l’effetto risolutivo dell’obbligo di reintegrazione, automatico rispetto alla dichiarazione di scelta, dall’effetto risolutivo del rapporto, differito rispetto all’opzione (Corte Cost. 04 marzo 1992, n. 81, in q. *Riv.*, 1992, II, p. 97, e in *Foro it.*, 1992, I, 2044; Corte Cost. 02 aprile 1992, n. 160, in *Dir. lav.*, 1992, II, p. 129; Corte Cost. 09 novembre 1992, n. 426, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, p. 551; Corte Cost. 23 febbraio 1996, n. 44, in *Foro it.*, 1996, I, 1124; Corte Cost. 22 luglio 1996, n. 291, in *Mass. Giur. lav.*, 1996, p. 489).

Il secondo livello è quello della giurisprudenza di legittimità. Stante la tempestività dell’intervento della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione, in presenza di una norma rispondente appieno al brocardo *in claris non fit interpretatio* (rispetto a cui la sentenza Corte Cost. n. 81/1992, cit., può essere considerata come sentenza interpretativa di rigetto), non ha avuto modo di elaborare un proprio indirizzo (Così Agostini, *L’opzione e il successivo pagamento dell’indennità sostitutiva ex art. 18, quinto comma, legge n. 300/1970, quale fattispecie bilaterale a formazione progressiva di estinzione del vincolo obbligatorio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 156) e ha condiviso la ricostruzione della fattispecie secondo lo schema dell’obbligazione con facoltà alternativa *ex parte creditoris*, in cui l’obbligo di risarcimento del danno è commisurato alla retribuzione globale di fatto maturata fino alla data di pagamento dell’indennità sostitutiva [Cass., 26 agosto 2003, n. 12514, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, p. 154; Cass., 28 luglio 2003, n. 11609, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 6, p. 101; Cass., 6 marzo 2003, n. 3380, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 485; Cass., 7 marzo 2003, n. 3487, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, p. 568; Cass., 5 agosto 2000, n. 10326/2000, voce *Lavoro (rapporto)*, in *Rep. Foro it.*, n. 1867; per la giurisprudenza di merito, vedi Trib. Torino 20 maggio 2002, in *Giur. piem.*, 2003, p. 231].

Il terzo livello è quello della giurisprudenza di merito. La sentenza in commento può sembrare una estemporanea iniziativa del Tribunale adito, ma – a ben vedere – non è affatto isolata. Le pronunzie dei giudici di merito che aderiscono a tale contrario indirizzo sono molteplici e, nonostante le differenze argomentative che a vario titolo si evidenziano, tutte fanno pressoché leva sulla costante motivazione che il pagamento dell’indennità sostitutiva è alternativo alla reintegrazione e che, non essendo più dovuta la prestazione principale, il rapporto si risolve coevamente alla rinuncia a essa, non essendone più possibile il ripristino (Vedi Trib. Torino, 12 novembre 2005, in *Or. giur. lav.*, 2005, I, p. 875; Trib. Roma, 10 gennaio 2006, in *Lav. giur.*, 2006, p. 905; Trib. Brescia, 16 marzo 2005, n. 209, inedita; Trib. Firenze, 03

maggio 2004, in *D&L*, 2004, p. 1001; Trib. Torino, 25 giugno 2001, in *Giur. piem.*, 2002, p. 145; Pret. Grosseto, 05 febbraio 1998, in *Toscana giur.*, 1999, p. 137; Pret. Vicenza, 18 aprile 1996, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, p. 183).

La conclusione cui è giunto questo orientamento (lo fa esplicitamente Trib. Torino, 12 novembre 2005, cit., ma è anche implicitamente la ragione enucleabile da tutte le altre sentenze citate) è che l'estinzione del rapporto quale effetto immediato e diretto dell'opzione risponde a una maggiore coerenza con la natura contrattuale del rapporto di lavoro, sorretto, come tale, dal meccanismo del sinallagma, in virtù del quale le prestazioni si giustificano in quanto permane la loro corrispettività.

Gli indirizzi appena sommariamente riportati, a loro volta, devono essere integrati con le polivalenti indicazioni della dottrina sulla qualificazione della fattispecie, cioè declinati nelle categorie giuridiche di riferimento alla luce delle diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina.

4. — *Il problema della qualificazione della fattispecie. La teoria consensualistica* — La qualificazione della fattispecie rappresenta il punto di snodo per risolvere il problema.

Evidenziando le maggiori posizioni assunte dalla dottrina, diverse sono state le soluzioni proposte.

Innanzitutto è necessaria una prima partizione tra la ricostruzione della fattispecie in termini negoziali e la sua ricostruzione in termini di diritto potestativo.

Agli albori della novella apportata all'art. 18 della legge n. 300/1970 dalla legge n. 108/1990, da taluni è stata proposta la tesi consensualistica ed è stato sostenuto che nell'opzione per l'indennità sostitutiva assume rilevanza il consenso del datore di lavoro (D'Urso, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Mass. giur. lav.*, 1991, p. 348).

Secondo questa tesi, per l'operatività dell'opzione, vi sarebbe la necessità di una conforme volontà del debitore, in quanto la volontà del creditore e quella del debitore opererebbero in termini di proposta e accettazione, secondo lo schema tipico del procedimento di formazione del contratto.

La tesi non ha avuto seguito, soprattutto per il fatto che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte Cost., la fattispecie è stata ricostruita in termini di diritto potestativo, ossia in termini rigorosi di potere unilaterale (esercitato con dichiarazione recettizia), al cui esercizio da parte del creditore segue una posizione di soggezione a carico del debitore.

In verità la dottrina civilistica non ha escluso che la facoltà del creditore di sostituire la prestazione dovuta costituisca un atto di autonomia privata cui può essere riconosciuto carattere negoziale [C. M. Bianca, *Diritto civile*, 4, Milano, 1993, p. 140; Lener, voce *Potere (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1985, p. 629], ma, fermo il dubbio che una tale soluzione possa innestare incertezze ulteriori sul già labile confine con la fattispecie finitima della *datio in solutum*, è anche vero che, con riferimento specifico all'opzione per l'indennità sostitutiva prevista dall'art. 18 dello Statuto, la questione è del tutto marginale e non richiede particolari sforzi interpretativi per definirne la natura di atto unilaterale recettizio (Vedi G. Pera, *Le novità...*, cit., pp. 72 ss.).

La chiara dizione della norma esclude che l'esercizio del potere di scelta possa essere condizionato dalla volontà del debitore (tanto in termini costitutivi, non essendo richiesto il suo consenso quale requisito della fattispecie, quanto in termini op-

positivi, non essendone previsti nel paradigma poteri di interdizione nella efficacia della scelta); una volta che il lavoratore abbia optato per l'indennità sostitutiva, sul datore di lavoro incombe una sola possibile alternativa, ossia quella di eseguire la prestazione o quella di rendersi inadempiente; situazione di morosità che si prospetta e realizza rispetto alla prestazione economica (scelta dal creditore) e non all'ordine di reintegrazione (obbligazione principale), quale effetto della scindibilità della tutela risarcitoria da quella reintegratoria, che l'art. 18, cit., nel suo comma 5 sembra aver supposto e codificato.

5. — *Le teorie del diritto potestativo* — In contrapposizione alla teoria consensualistica si sono sviluppate in dottrina altre tesi collegate dal comune denominatore del riconoscimento della natura non negoziale della fattispecie.

Secondo una prima ricostruzione, quella ritenuta più idonea a giustificare l'effetto risolutivo (ma non la permanenza e protrazione del risarcimento del danno), l'opzione per la indennità sostitutiva rappresenterebbe una ipotesi di dimissioni per giusta causa (M. D'Antona, *Licenziamento illegittimo...*, cit.; in giurisprudenza vedi Trib. Napoli, 28 gennaio 1997, in *D&L*, 1997, p. 647).

Questa soluzione, che, francamente, sembra essere la più coerente con la *ratio* dell'istituto (ma la meno idonea a giustificare tanto la sopravvivenza della obbligazione retributiva, stante l'effetto estintivo che produce sul rapporto di lavoro, quanto la sopravvenienza di una obbligazione risarcitoria per un danno già risarcito: vedi Pera, *Le novità...*, cit., p. 76), assume quale elemento dirimente per la qualificazione della fattispecie l'ambito di incidenza della scelta del lavoratore, che non può essere ravvisato nel profilo effettuale della sua preordinazione all'estinzione dell'obbligazione, ma in quello strumentale delle tecniche di tutela, rispetto al quale l'alternativa alla reintegrazione costituisce un *vulnus* alla posizione di garanzia del lavoratore, surrogata da un risarcimento del danno che non può che essere quello più esteso possibile, susseguente alla responsabilità contrattuale per l'illegittimo licenziamento e alla giustificazione delle dimissioni che successivamente ha indotto.

A risultati non dissimili, anche se per via parzialmente diversa e con lo svantaggio di non aver affrancato la fattispecie dalla sudditanza alle categorie del diritto civile, è giunta la dottrina che ha ravvisato nella fattispecie una risoluzione per inadempimento ex art. 1453 cod. civ., parlando più propriamente, rispetto alla prestazione sostitutiva, di effetto novativo (G. Ferraro, in *I licenziamenti individuali. Commento alla legge 11 maggio 1990, n. 108*, Napoli, 1991, p. 64).

In entrambi i casi è stato posto l'accento sul licenziamento quale inadempimento del datore di lavoro, che fungerebbe da giusta causa dell'atto di recesso dal rapporto in cui si sostanzia, alternativamente come atto di dimissioni o come dichiarazione di risoluzione, la scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva (rappresentandone una quantificazione forfettizzata del danno).

La suggestiva tesi secondo l'alternatività opera nel sistema delle tutele e non in quello delle prestazioni. Pur continuando ad avere seguito in dottrina quale preferenza della qualificazione dell'opzione in termini di recesso per dimissioni (Vedi O. Mazzotta, *I licenziamenti*, Milano, 1999, p. 842; Amoroso, Di Cerbo, Maresca, *Il diritto del lavoro, II, Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, Milano, 2001, p. 570), non è quella prevalentemente seguita.

Maggiori adesioni, perché avallata dalla giurisprudenza costituzionale senza significativi scostamenti da parte di quella di legittimità, riscuote quella dottrina che ricostruisce l'opzione secondo il modello delle obbligazioni a facoltà alternativa [R. Foglia, *L'opzione economica del lavoratore reintegrato*, in *Dir. lav.*, 1991, I, pp. 14-15; E. Ghera, *Le tecniche di tutela nello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 642; D. Napoletano, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli, 1990, p. 206; M. Napoli, *La tutela reale contro i licenziamenti*, in Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi n. 108/90 e n. 223/91*, Napoli, 1991, p. 164; G. Pera, *Le novità...*, cit., p. 74].

Si tratta di un meccanismo che, volendo valorizzare gli aspetti procedurali del potere di scelta, meglio si presta a fornire un sostegno agli aspetti modali dell'esercizio della facoltà sottostante, ponendo quale contropartita a tale vantaggio qualche sfasatura sotto il profilo dogmatico o un pur tollerabile livello di approssimazione nella coerenza con gli istituti coinvolti (Che la dottrina non ha mancato di cogliere ed evidenziare: vedi D'Antona, *Il licenziamento...*, cit.).

Questa prospettiva merita un minimo di approfondimento con un accenno alle categorie richiamate, anche perché rappresenta uno specifico punto di contestazione nella sentenza in commento, la cui motivazione poggia su una supposta differenza, nella categoria delle obbligazioni facoltative, tra facoltà di scelta concessa al debitore e facoltà di scelta concessa al creditore [Cd. obbligazione facoltativa passiva cui è contrapposta l'obbligazione facoltativa attiva; categoria, quest'ultima, che, secondo altra giurisprudenza di merito, sarebbe addirittura sconosciuta alla dottrina: vedi Trib. Torino, 14 settembre 2005, inedita, ma nota alla giurisprudenza di legittimità: vedi Cass., Sez. II, 02 gennaio 1997, n. 3, *Giur. it.*, 1998, p. 263: «Nell'obbligazione con facoltà alternativa [...] il potere di scelta può essere rimesso al creditore»].

6. — *Le obbligazioni a facoltà alternativa e il diritto potestativo di scelta. Inquadramento* — Prima di esaminare le ragioni della preferenza per questa soluzione, appare opportuno un sommario richiamo alla natura e alla disciplina delle obbligazioni facoltative.

Si tratta di una categoria giuridica che non trova riscontro nella disciplina positiva (né in caso di obbligazione facoltativa passiva, né in quello, ritenuto anomalo nella sentenza in commento, della obbligazione facoltativa attiva), ma che, nondimeno, è ritenuta configurabile nell'ordinamento (sia quale effetto della autonomia privata, sia perché enucleabile da specifiche fattispecie legali: vedi, ad es., art. 651 cod. civ., art. 746 cod. civ., art. 2858 cod. civ. ecc.). Essa si sostanzia nella facoltà, in genere riconosciuta al debitore, di liberarsi dall'obbligo secondo uno schema differente da quello usuale dell'adempimento, ossia eseguendo una prestazione diversa da quella dovuta.

Sotto il profilo strutturale l'obbligazione facoltativa è una obbligazione semplice, avente per oggetto un'unica prestazione principale; sotto il profilo funzionale, invece, si presenta come un'obbligazione composita, in quanto consta di una prestazione principale e di una prestazione accessoria, entrambe fornite di una medesima capacità liberatoria: sul semplice presupposto della richiesta di una delle parti, l'obbligazione può estinguersi con l'esecuzione di una prestazione diversa da quella dedotta in via principale.

Il meccanismo pone qualche similitudine con le obbligazioni alternative, ma se ne differenzia per una ragione fondamentale: nella obbligazione alternativa vi sono più prestazioni *in obligatione* e una *in solutione*; nel caso della obbligazione a facoltà alternativa, invece, l'obbligazione è già *ab origine* strutturata come una obbligazione semplice (la prestazione dovuta è unica), ma l'adempimento consegue alla esecuzione di una prestazione che, pur non essendo *in obligatione*, ha una medesima efficacia solutoria.

L'obbligazione facoltativa, insomma, postula un'obbligazione semplice avente a oggetto una prestazione unica fin dall'origine (cd. prestazione principale); a *latere* di essa vi è un'altra prestazione in funzione alternativa (cd. prestazione secondaria), al cui adempimento il debitore è tenuto in via sostitutiva (e mai cumulativa) solo nel caso in cui sia preferita, nel caso paradigmatico della obbligazione facoltativa passiva, dallo stesso debitore, o, nel caso di obbligazione facoltativa attiva, qualora costituisca oggetto di opzione da parte del creditore (Cass., Sez. lav., 22 giugno 1985, n. 3781, in *Rep. Foro it.*, 1985, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 339).

Si tratta, insomma, di due categorie di obbligazioni da cui consegue uno stesso risultato, ma per vie diverse, in quanto, rispetto alle obbligazioni alternative, quelle facoltative si sostanziano in uno schema che, «pur correndo, da un punto di vista economico, parallelo a quello dell'obbligazione alternativa, da questo si differenzia per il fatto che il risultato pratico dell'alternatività è realizzato attraverso uno strumento del tutto esterno al rapporto obbligatorio (i cui caratteri restano, in ogni caso, quelli dell'obbligazione semplice)» (A. Di Majo, Inzitari, voce *Obbligazioni alternative*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, p. 218).

L'alternatività si riferisce allora al solo momento della esecuzione, perché la prestazione *in facultate solutionis* rappresenta una modalità dell'adempimento (C. M. Bianca, *Diritto civile...*, cit., p. 140).

La scelta costituisce oggetto di una facoltà; cosa che ha consentito alla giurisprudenza della Corte Costituzionale di ricostruire la fattispecie in termini di diritto potestativo.

Un problema particolare, tra quelli che rilevano ai fini della disamina della sentenza in commento, è rappresentato dalla possibilità che il potere di scelta sia attribuito al creditore: se ciò fosse escluso, non vi sarebbe alcuna possibilità di ricostruire la previsione dell'art. 18, comma 5, Stat. lav. in termini di obbligazione facoltativa, restando valida, invece, la tesi di quella parte della dottrina che ha qualificato la fattispecie facendo riferimento alla facoltà di recesso in termini di dimissioni dal rapporto (M. D'Antona, *Il licenziamento...*, cit.) o di risoluzione del contratto (G. Ferraro, *I licenziamenti...*, cit.).

Sotto l'aspetto funzionale generalmente la scelta è rappresentata in termini di facoltà concessa al debitore (Vedi, ad es., art. 651 cod. civ. in tema di legato) perché a questa ipotesi di norma rinvia la casistica; ma può anche presentarsi l'ipotesi, tutt'altro che di scuola, in cui l'adempimento della prestazione succedanea costituisca per il debitore un obbligo e non una potestà: ciò può dipendere dalla volontà delle parti, ma può anche essere un effetto previsto dalla legge nel caso in cui l'unica prestazione dovuta sia stata prescelta unilateralmente dal creditore in alternativa a quella principale.

La dottrina, facendo leva sul fatto che il profilo soggettivo della imputazione del potere di scelta non è elemento costitutivo della fattispecie e non comporta effetti novativi sulla originaria obbligazione, ormai quasi unanimemente riconosce la possibilità

di conferire la facoltà di scelta anche al creditore [D. Rubino, *Delle obbligazioni alternative (Art. 1285-1320)*, in *CommSB, libro IV, Delle obbligazioni*, Bologna-Roma, 1959, p. 37].

Questa possibilità è pacificamente ammessa dalla giurisprudenza, secondo cui «Nell'obbligazione con facoltà alternativa [...] il potere di scelta può essere rimesso al creditore» (Cass., Sez. II, 02 gennaio 1997, n. 3, cit.), in quanto nella materia non è posta alcuna riserva a beneficio esclusivo del debitore: «non sussiste alcun motivo per ritenere che debbano essere tutte alternative le obbligazioni nelle quali la scelta è rimessa al creditore e non al debitore, conoscendo il nostro ordinamento anche la categoria giuridica delle obbligazioni facoltative attive» (Pret. Padova, 25 gennaio 1995, in *Or. giur. lav.*, 1995, p. 207).

Pertanto, accanto alla obbligazione facoltativa passiva, per alcuni eccezionalmente (C. M. Bianca, *Diritto civile...*, cit.; Capozzi, *Le obbligazioni*, Milano, 2001, p. 293), per gli altri normalmente (Per tutti vedi Girino, voce: *Obbligazioni, III Obbligazioni alternative e facoltative*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, 5), si pone l'obbligazione facoltativa attiva quale forma di una medesima categoria ontologica: si parla in questo caso di facoltà alternativa del creditore.

La soluzione poggia sull'assunto che l'oggettiva complessità dell'obbligazione non dipende dal soggetto cui è concessa la facoltà di scelta, ma dal fatto che il suo esercizio dà luogo all'adempimento di una prestazione diversa da quella dedotta in obbligazione, fornita di medesima efficacia solutoria di quella principale (Stanzione, *Situazione creditoria meramente potestativa*, Napoli, 1982, p. 25): l'inadempimento di essa, contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza in commento, non può comportare conseguenze diverse legate al solo fatto che la scelta è imputata al creditore e non al debitore.

Nell'uno e nell'altro caso, la facoltà di scelta, sia essa riconosciuta al debitore o al creditore, è ricostruita nella dogmatica come un diritto potestativo, ossia come una posizione di «supremazia del volere del titolare cui fa da riscontro, nel lato passivo, una posizione di mera soggezione» (F. Santoro Passarelli, *Dottrine generale del diritto civile*, Napoli, 2002, p. 71).

La connotazione del diritto potestativo è data dalla presenza di una posizione di vantaggio fatta valere mediante una dichiarazione unilaterale di volontà (cd. potere di formazione), cui corrisponde, per il destinatario, una posizione inattiva di soggezione rispetto alla modificazione apportata alla sua sfera giuridica, alla quale non può opporsi (Bigliazzi Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, *Diritto civile, I, Norme soggetti e rapporto giuridico*, 1, Torino, 1987, p. 321; Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2005, p. 69).

Il fatto che il diritto potestativo non impone «un dovere di comportamento (obbligo), ma la necessità assoluta che si produca una determinata conseguenza derivante dalla iniziativa altrui» (Nicolò, *Istituzioni di diritto privato*, I, Milano, 1962, p. 34), ha condotto la dottrina a ritenere che «il problema delle prerogative accordate ai privati è, nella sostanza, il problema della libertà assicurata al loro esercizio [...] La potestà è contrassegnata da una rigorosa specificità dei motivi e delle finalità per cui è conferita e perciò si spiega il ridotto ambito di libertà e l'accrescersi, parallelamente, dell'entità e intensità dei controlli» (P. Rescigno, *Manuale di diritto privato italiano*, Napoli, 1982, p. 253).

Sicché «l'attribuzione a un soggetto di un tale potere deve [...] avere meritevole ragione giustificatrice che va individuata nell'ambito di situazioni soggettive ulteriori e più ampie delle quali il diritto potestativo è parte integrante» (Perlingieri, *op. loc. ult. cit.*).

Sulla base di queste premesse la dottrina ha concluso che «L'interesse assoggettato viene così protetto in modo analogo a quello che nel diritto pubblico viene chiamato interesse legittimo, spettando all'organo di controllo di verificare se il potere sia esercitato secondo il suo fine e nelle forme di legge» [Bigliazzi Geri, *Contributo a una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, p. 289; Roselli, voce *Potestà (dir. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma, sd, 4].

Queste sommarie considerazioni sul diritto potestativo hanno rilevanza nella presente trattazione in quanto della stessa natura è considerata anche la fattispecie in esame quale atto dichiarativo cui è ricollegata, nel lato attivo, una situazione di vantaggio e, nel lato passivo, una posizione di soggezione (Vedi M. G. Garofalo, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in *q. Riv.*, 1990, I, p. 197; R. Cosio, *Reintegrazione e risarcimento del danno*, in *Dir. prat. lav.*, 1990, p. 2337; O. Mazzotta, *I licenziamenti*, cit., p. 838; G. Pera, *Le novità...*, cit., p. 72).

Ma, soprattutto, servono a scardinare quanto supposto nella sentenza in commento in termini di possibilità di differenziare, nell'ambito dell'unitaria categoria delle obbligazioni facoltative, le due diverse ipotesi di imputazione soggettiva (*ex parte debitoris* o *ex parte creditoris*) del diritto potestativo di scelta.

Il diritto potestativo, contrariamente a quanto sostenuto dal Tribunale, non si atteggia in maniera differente a seconda del soggetto cui è riconosciuto, ovvero a seconda della posizione, all'interno del rapporto obbligatorio, rivestita dalla parte oblata, ma poggia sempre e comunque sull'unico afflato della specularità tra posizione di vantaggio e posizione di svantaggio.

Esso costituisce, al contrario, l'estrinsecazione di un potere di conformazione incluso in un rapporto giuridico precostituito che, nelle obbligazioni facoltative, fissa la prestazione dovuta mediante l'esercizio del potere di scelta, senza alcuna rilevanza del soggetto cui è attribuita la facoltà (Lener, *op. cit.*, p. 628).

7. — *Il pagamento dell'indennità quale condizione di efficacia* — L'inadeguatezza della teoria che ravvisa nello schema delle obbligazioni facoltative il fondamento dell'art. 18, comma 5, Stat. lav., non deriva tanto dalla sua erroneità: si tratta solo di una delle opzioni possibili che, pur nella sua opinabilità (Vedi, per tutti, M. D'Antona, *Il licenziamento...*, cit.), anche per l'autorevolezza della fonte, regge sotto il profilo della coerenza logico-giuridica, o, come si dice con altre espressioni, della razionalità del sistema.

La differenza tra l'una e l'altra delle opzioni dottrinarie all'interno della teoria del diritto potestativo è più un problema di prospettive, di coerenza con l'assunto di paritenza: c'è chi ritiene, come visto, che l'effetto sostitutivo posto dalla norma ricade nell'area della tutela (M. D'Antona, *Il licenziamento...*, cit.), e chi invece ritiene che l'alternatività riguarda le prestazioni (Foglia, *L'opzione economica...*, cit.).

È dentro questa premessa che, sulla base della qualificazione della fattispecie quale obbligazione facoltativa, deve essere valutata la congruità della tesi in ordine al problema affrontato dalla sentenza in commento: il momento in cui si produce l'effetto estintivo del rapporto al quale la scelta per l'indennità sostituiva è ordinata.

La posizione assunta nella sentenza non appare meritevole di adesione, quantomeno perché collide con la portata della disposizione esitata dopo il vaglio costituzionale cui più volte è stata sottoposta con diverse sentenze.

In tutte le pronunce il giudice delle leggi ha ritenuto e ribadito che «il rapporto non cessa per effetto della dichiarazione di scelta del lavoratore, come si dovrebbe pensare se essa avesse la valenza di dichiarazione di recesso, bensì solo al momento e per l'effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva» (Corte Cost. n. 81/1992, cit.).

Parimenti, una valutazione scevra da posizioni preconcepite, a quadro giurisprudenziale immutato, per onestà intellettuale non consente di bocciare *tout court* la soluzione cui è pervenuto il Tribunale, facendo risalire la risoluzione del rapporto a un momento precedente, coincidente con la dichiarazione del lavoratore di optare per la prestazione economica.

Non è questo il luogo in cui è possibile passare al vaglio critico le ragioni, puntualmente esternate in sentenza, che hanno indotto il giudice a disattendere i precedenti della Corte Costituzionale, di cui ha fornito riscontro e preso atto in sede di confutazione; ma certamente è questa l'occasione per riportare la soluzione cui è pervenuta la Corte Costituzionale a quel quadro di completezza che le sentenze citate hanno mostrato di trascurare; vuoti che la giurisprudenza di merito ha ritenuto di poter riempire con interpretazioni alternative (tutte finora disattese dalla giurisprudenza di legittimità).

Allorquando la Consulta ha sostenuto che il rapporto di lavoro si risolve al momento e per l'effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva (Corte Cost. n. 81/1992, cit.), essa lo ha fatto prendendo a riferimento una situazione comparata: quella che ha conferito all'opzione valore di recesso (dimissioni o risoluzione); solo per questo aspetto la scelta è motivata, mentre per valere in via generale e di principio sembra assunta più come un assioma che come la risultante di argomentazioni interpretative.

Il dilemma che si pone rispetto a questa soluzione è quello di accertare se la Corte Costituzionale ha compiuto una arbitraria opera di completamento della norma in un'area riservata alla discrezionalità del legislatore, oppure se la incompletezza della disposizione è solo apparente e il giudice delle leggi ha solo espresso in maniera lemmatica ciò che la norma contiene *in nuce* nella parte inespressa (area del deducibile).

A giudizio di chi commenta, l'elemento su cui si deve concentrare l'attenzione è l'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di pagare l'indennità sostitutiva.

Le soluzioni possibili sono due: la prima che l'insolvenza si pone rispetto alla prestazione sostitutiva (indennità) e non all'obbligazione principale (reintegrazione); la seconda, viceversa, che l'inadempimento si pone in ordine alla reintegrazione e non all'indennità.

Ragionando solo in termini di obbligazioni facoltative, la prima soluzione, quella prospettata nella sentenza in commento, in termini di principi generali presenta una sua coerenza logico-giuridica con la categoria cui fa riferimento; al contrario, giustificare la seconda, quella accolta dalla Corte Costituzionale, sarebbe per l'interprete opera più ardua.

Senonché, ciò che risulta insufficiente non è né l'una né l'altra tesi, ma la limitazione del ragionamento alla sola prospettiva delle obbligazioni.

La strada da percorrere evidentemente è un'altra: quella della qualificazione è un aspetto prodromico del problema: *la soluzione sta nei profili di efficacia*.

Abbiamo visto che l'opzione prevista dall'art. 18 Stat. lav. è un diritto potestativo il cui esercizio costituisce compimento di un atto unilaterale recettizio; ne consegue che, per il rinvio contenuto nell'art. 1324 cod. civ., a esso è applicabile la disciplina generale sui contratti.

La giurisprudenza costituzionale, se da una parte ha offerto il suo contributo in termini di sforzi per fornire una qualificazione della fattispecie, dall'altra non ha portato a compimento l'opera di nomofilachia nella ricostruzione della norma.

Quello che continua a mancare nella norma, nonostante i profili di procedimentalizzazione che conseguono alla qualificazione dell'opzione in termini di diritto potestativo *in facultate solutione*, è, nella specificità del caso, la definizione dei profili di efficacia.

Di certo dopo l'opzione, stante l'irreversibilità della scelta, non permane l'obbligo di reintegrazione; dunque, rispetto alla tutela reale, la scelta per la prestazione economica, ormai irrevocabile, ha prodotto l'effetto irreversibile della sostituzione; ciò che permane, invece, è il rapporto in relazione alla tutela risarcitoria, perché l'opzione non è, secondo gli insegnamenti della Corte Costituzionale (Vedi Corte Cost. n. 81/1992, cit.) una dichiarazione di recesso, ma una semplice rinuncia a una forma di tutela.

La cessazione dell'ordine di reintegrazione consegue, dunque, alla volontà definitiva del lavoratore di rinunciare alla ripresa del lavoro, mentre l'estinzione del rapporto è l'effetto del pagamento della indennità.

Ciò significa che, a fronte della irrevocabilità dell'opzione, permane ugualmente l'obbligo risarcitorio del datore di lavoro per il fatto che la risoluzione del rapporto è differita, ossia assume efficacia da un momento successivo e per effetto di un evento futuro incerto sia nell'*an* che nel *quando*: l'adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo di pagamento dell'indennità sostitutiva.

Sulla base di queste considerazioni l'unica soluzione che rimane nell'ordine delle cose possibili è quella di ricostruire la fattispecie in termini di condizione sospensiva di efficacia, ovvero quella di collegare all'atto dispositivo di scelta l'effetto risolutivo, facendone però decorrere l'efficacia nel successivo momento della estinzione dell'obbligazione di pagamento dell'indennità sostitutiva.

La dottrina ha già considerato la vicenda in termini di condizione di efficacia, ma ne ha colto e apprezzato la rilevanza sotto il profilo della condizione risolutiva e non di quella sospensiva (Ferraro, *I licenziamenti...*, cit., p. 65), spiegandosi, questa scelta, per il fatto che la condizione di efficacia è stata riferita al risarcimento (rispetto cui è risolutiva) e non al rapporto (rispetto cui è sospensiva della estinzione) senza che la sostanza del fenomeno ne resti modificata.

Consegue da queste premesse che la risoluzione del rapporto è un effetto automatico dell'opzione, ma la produzione dell'effetto estintivo è differita al momento del pagamento dell'indennità, essendovi, nella modulazione degli effetti, una divaricazione tra dichiarazione ed efficacia.

Anche a voler negare il carattere accessorio del pagamento dell'indennità (e la sua configurabilità quale condizione sospensiva), qualora tale elemento sia ritenuto requisito della fattispecie (con valore costitutivo di elemento essenziale), la soluzione posta dalla Corte Costituzionale avrebbe ugualmente un suo fondamento, ravvisabile nella fattispecie a formazione progressiva.

Diverso sicuramente è il meccanismo, ma, per gli aspetti pragmatici, uguale è il risultato: a una fattispecie completa ma inefficace si sostituisce una fattispecie che si completa *in itinere* man mano che avanza la sequenza procedimentale e che si perfeziona allorché viene a esistenza l'ultimo tassello; in entrambi i casi, nonostante la differenza strutturale, l'effetto finale è l'inidoneità dell'atto a produrre effetti senza l'elemento dedotto quale condizione (elemento accessorio) o quale requisito (elemento essenziale).

8. — *Conclusioni* — Rispetto ai precedenti conformi della giurisprudenza di merito, la sentenza in commento ricollega l'effetto estintivo del rapporto al mero atto di scelta del lavoratore per l'indennità sostitutiva sulla base della considerazione che il legislatore avrebbe dato rilevanza, secondo il principio volontaristico, all'intenzione del lavoratore di non proseguire il rapporto.

La supposizione è confutata dalla giurisprudenza costituzionale, cui si è uniformata la costante giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la norma in merito a tale aspetto è *autosufficiente* (Agostini, *L'opzione e il successivo pagamento dell'indennità sostitutiva...*, cit.), nel senso che, secondo l'interpretazione (si può dire *additiva*) che ne ha dato la Corte Costituzionale, la dichiarazione per l'indennità sostitutiva non costituisce atto di recesso dal rapporto, che non si estingue per tale solo atto (analogamente a quanto succede per la categoria dei contratti reali, in cui per il perfezionamento del contratto è necessario l'adempimento della prestazione).

Una tale conclusione tiene conto del fatto che l'opzione del lavoratore converte la prestazione della reintegrazione in prestazione monetaria, ma non è determinativa di una diversa volontà diretta a estinguere, con la risoluzione del rapporto, anche l'obbligazione risarcitoria.

L'effetto estintivo, infatti, mentre è legato a un meccanismo di automaticità rispetto alla reintegrazione, di cui l'indennità è la prestazione sostitutiva, per la risoluzione del rapporto è differito al ricorrere di una successiva condizione o di un ulteriore elemento, in quanto la fattispecie si completa al solo verificarsi del pagamento dell'indennità.

Questo è quanto emerge dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha risolto il problema alla radice senza togliere alla opzione ogni valenza di dichiarazione di recesso (e in questo il Tribunale ha ragione), ma facendone differire gli effetti al verificarsi di un ulteriore elemento successivo, ossia l'esecuzione della prestazione prescelta dal lavoratore («Il rapporto non cessa per effetto della dichiarazione di scelta del lavoratore, come si dovrebbe pensare se essa avesse la valenza di dichiarazione di recesso, bensì solo al momento e per effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva», Corte Cost., n. 81/1992, cit.).

Tecnicamente ciò si spiega e può spiegarsi, secondo i principi del diritto civile, solo in termini di progressività della fattispecie, o sotto il profilo dell'efficacia (come può ritenersi più esatto), ipotesi in cui il pagamento dell'indennità assume, nella sequenza procedimentale, la valenza di condizione sospensiva di una volontà già manifestata di risolvere il rapporto, o sotto il profilo costitutivo, facendo richiamo alla categoria della fattispecie a formazione progressiva.

Le considerazioni che precedono consentono di confutare il principio, questo erroneo, da cui il Tribunale, nella sentenza in commento, ha tratto la conclusione che «Non attribuire alcuna valenza giuridica a tale manifestazione di volontà si pone in

contrasto con i principi fondamentali in materia contrattualistica, che non possono essere derogati neppure nella materia lavoristica, caratterizzata dalla prevalenza dell'effettività rispetto all'elemento volontaristico, laddove occorre salvaguardare l'interesse della parte più debole e cioè del lavoratore».

La sopravvivenza dell'obbligazione risarcitoria a quella reintegratoria non costituisce una conseguenza diretta della norma in esame, che non rappresenta una esplicitazione del principio di garanzia cui il legislatore fa ricorso per riequilibrare le posizioni asimmetriche in favore del lavoratore (parte debole del rapporto), ma si spiega proprio facendo salvo il principio della uguaglianza formale in cui si esplica la regola della autonomia privata richiamata dal giudice (in termini di dogma della volontà).

È stato dimostrato, infatti, che l'ordinamento civile riconosce e giustifica quale forma di attuazione del principio della autonomia un meccanismo procedimentalizzato di formazione della volontà in cui tra la dichiarazione e la produzione degli effetti cui è preordinata vi può essere una relazione di eventualità (efficacia condizionata) o in cui la dichiarazione di volontà è solo uno degli elementi che concorrono progressivamente alla formazione complessiva della fattispecie.

Questi schemi spiegano o, quanto meno, hanno idoneità a spiegare la ragione di fondatezza della tesi fin qui sostenuta e, con essi, dell'assunto della Corte Costituzionale, secondo cui il rapporto di lavoro si risolve al momento e per l'effetto del pagamento dell'indennità sostitutiva e non in quello in cui il lavoratore opta per la prestazione sostituiva della reintegrazione, in quanto la coevità tra dichiarazione di volontà e produzione degli effetti non è una conseguenza necessitata.

In conclusione, l'art. 18, comma 5, Stat. lav. non è una norma di *sostegno*: nel sistema delineato dalla disposizione, la conservazione del rapporto è solo un problema di efficacia dell'atto cui accede la risoluzione e non è certo l'effetto di una volontà del legislatore di fornire protezione differenziata alla posizione del lavoratore, la cui condizione contrattuale, quando sperequata, è riportata a equilibrio con meccanismi diversi da quelli supposti nella sentenza in commento: l'inderogabilità della norma di garanzia e la sostituzione automatica della clausola difforme.

Ammonisce la dottrina che il diritto del lavoro non deve essere sempre e necessariamente spiegato in termini di specialità, perché – così si può concludere – sovente l'interprete è chiamato allo «studio sistematico secondo gli strumenti del diritto comune, di quei comportamenti negoziali che, ancorché indotti da un sistema di tutele pubblicistiche, sono suscettibili di una peculiare ricostruzione in termini di diritto privato proprio risalendo al momento di autonoma rilevanza della autonomia individuale» (Prosperetti, *Potere sindacale e diritto privato: il fondamento giuridico della contrattazione collettiva*, in *Dir. rel. ind.*, 7, 1986, p. 60).

Antonio Federici
*Cultore di Diritto del lavoro e Diritto sindacale
nell'Università degli Studi di Roma «Tor Vergata»*

TRIBUNALE MILANO, 24 gennaio 2007, Sez. lav. – Est. Beccarini Crescenzi – V. B. (avv. Zezza) c. Poste italiane Spa (avv.ti Maresca, Morrico, Boccia).

Somministrazione di lavoro a termine – Scissione titolarità rapporto – Atipicità.

Somministrazione di lavoro a termine – Presupposti – Onere della prova.

Somministrazione di lavoro a termine – Somministrazione irregolare – Costituzione a tempo indeterminato.

Somministrazione di lavoro a termine – Contratto di lavoro – Conoscenza e controllo – Onere utilizzatore – Sussistenza.

La scissione fra titolare e utilizzatore, prevista dalla somministrazione di lavoro, costituisce uno schema che si discosta da quello tipicamente previsto per il contratto di lavoro nel quale vi è identità del soggetto che ha la gestione tecnico-produttiva e quella normativa. (1)

Nella controversia proposta dal lavoratore per la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del soggetto utilizzatore, ricade su questi l'onere della prova in ordine ai presupposti legittimanti la scissione fra la titolarità della gestione normativa da quella tecnico-produttiva del rapporto di lavoro. (2)

La disposizione di cui all'art. 27, comma 1, del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, prevede la costituzione ope legis di un rapporto di lavoro in capo all'utilizzatrice a tempo indeterminato. (3)

Sussiste in capo all'utilizzatore l'onere di conoscere e controllare l'esatto contenuto del contratto di lavoro fra somministratore e lavoratore. (4)

(Omissis)

Nella specie Poste italiane Spa ha precisato che il ricorso alla fornitura di lavoro temporaneo è stata effettuata per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro. Dunque, l'utilizzatrice aveva l'onere di dimostrare in giudizio la correlazione fra le assenze e le assunzioni a tempo determinato o l'impiego di lavoratori con contratto temporaneo. A tale proposito Poste italiane Spa ha indicato nella memoria dei

dati di lavoratori assenti presso il Cmp durante il periodo in cui è stata impiegato la ricorrente. Il teste Baraldi ha dichiarato di aver predisposto i prospetti da cui sono state estrapolate le indicazioni contenute nella memoria e ha spiegato, tuttavia, che quelli riportati sono dati medi mensili relativi alle assenze nei reparti operativi (reparti prioritario e posta ordinaria, reparto posta estera – cui è stata addetta la ricorrente –, reparto raccomandate e assicurate). Tale dato, oltretutto neppure riferito specificamente al reparto presso il quale ha lavorato Valenti, non può fornire prova dell'anzidetta correlazione, che non può riguardare il rapporto fra il numero medio mensile di lavoratori assenti nel periodo considerato e il numero medio di lavoratori assunti a termine o con contratto di lavoro somministrato. La prova deve invece riferirsi all'effettiva sostituzione di personale stabile per ogni giorno di prestazione del servizio da parte del lavoratore a termine ovvero somministrato e, dunque, da parte della ricorrente. Il riferimento alle medie mensili non costituisce prova idonea dell'effettività delle esigenze assunte a motivo giustificante il ricorso al lavoro temporaneo, potendo nel singolo mese verificarsi anche consistenti sfasature tra le assenze del personale a tempo indeterminato e le presenze di quello «precario».

Né, contrariamente a quanto dedotto dalla convenuta in sede di discussione, assume rilievo il fatto che uno dei testi escussi abbia parlato di carenze di organico presso il Cmp. È pur vero che la somministrazione a tempo determinato è consentita anche se le ragioni che la determinano sono riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore; tuttavia, a prescindere da ogni altra considerazione, nella specie la fornitura non è stata giustificata da stabili carenze di organico, ma dalla necessità di provvedere alla sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

In difetto di prova dell'effettivo impiego della ricorrente da parte dell'utilizzatrice per quelle esigenze che avevano determinato e rendevano legittimo il ricorso alla somministrazione deve concludersi per la sussistenza di una somministrazione irregolare, secondo il disposto dell'art. 27, d.lgs. n. 276/2003, il quale stabilisce che «quando la somministrazione avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, comma 1, lettere *a*, *b*, *c* ed *e*, il lavoratore può richiedere con ricorso giudiziale a norma dell'art. 414 del codice di procedura civile, notificato anche solo al soggetto che ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione». Va precisato in proposito che non può dubitarsi che l'onere di dimostrare la sussistenza dei presupposti legittimanti la scissione tra la gestione normativa e la gestione tecnico-produttiva del lavoratore, consentita dalla disciplina in esame, ricade sul datore di lavoro, al quale spetta di dimostrare le condizioni che giustificano il ricorso a uno schema che del tutto si

discosta da quello tipico nel quale si riscontra, invece, identità tra il soggetto gestore dell'uno e dell'altro aspetto del rapporto.

La sopra riportata disciplina parla di «costituzione» del rapporto senza alcuna ulteriore precisazione; pare dunque corretto concludere che il rapporto che deve intendersi venuto in essere tra le parti è a tempo indeterminato; né, del resto, alla stregua della disciplina vigente vi sono i presupposti per ritenere legittimamente costituito un rapporto a tempo determinato.

Per le considerazioni sopra esposte, deve essere dichiarato che tra le parti si è instaurato fin dall'inizio della somministrazione un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Venendo alle conseguenze dell'accertamento di cui sopra, ritiene il giudice che nella specie non possa trovare applicazione l'art. 18 Stat. lav. Quest'ultima disciplina, infatti, come rilevato dalla Suprema Corte, attiene a una fattispecie tipica, disciplinata dal legislatore con riferimento al recesso del datore di lavoro, e presuppone l'esercizio della relativa facoltà con una manifestazione unilaterale di volontà di determinare l'estinzione del rapporto (Cass., Ss.Uu., 8 ottobre 2002, n. 14381, cfr. pure Cass. 20 novembre 2001, n. 14596). Una siffatta manifestazione di volontà non ricorre quando, come nella specie, lo svolgimento delle prestazioni termina in ragione dell'esecuzione che le parti danno a una disciplina negoziale nulla, che prevede un termine finale, e l'estromissione del lavoratore viene disposta da parte del datore del lavoro proprio avvalendosi del termine e sempre che la cessazione del rapporto coincida in concreto con lo scadere del termine stesso. Né assume rilievo in contrario che tale disciplina sia, con riferimento alla ricorrente, contenuta nel contratto di lavoro stipulato con la fornitrice. Infatti, stante l'onere dell'utilizzatrice di conoscere e controllare l'esatto contenuto del contratto di lavoro in forza del quale gestisce il personale somministrato, deve concludersi che l'iniziativa di porre termine al rapporto è stata presa *in una logica ricognitiva di una cessazione già concordata* (cfr., seppure con riferimento alla normativa di cui alla legge n. 196/1997, Corte d'Appello di Milano, 5 ottobre 2001, in *D&L*, 2002, p. 96), adeguandosi a una previsione contrattuale che, proprio per difetto dei presupposti di applicabilità della disciplina contenuta negli artt. 20 ss., d.lgs. n. 276/2003, non poteva, invece, determinare la cessazione del rapporto.

Ne consegue l'accoglimento della domanda di condanna di Poste italiane Spa al ripristino del rapporto e alla riammissione in servizio della ricorrente, con la conseguente condanna al pagamento delle retribuzioni perse dalla data dell'offerta delle prestazioni e della conseguente *mora accipiendi* del datore di lavoro. Le retribuzioni, determinate facendo riferimento al parametro mensile della retribuzione riferibile all'inquadramento contrattuale riconosciuto nel contratto di lavoro, oltre alle mensilità aggiuntive e a ogni e-

lemento retributivo previsto dal contratto collettivo del settore dell'utilizzatrice, e pari a euro 1449,15 mensili secondo le allegazioni di parte ricorrente non contestate dalla convenuta, spettano dunque per il periodo successivo all'offerta della prestazione. Nella specie quest'ultima per il periodo successivo alla scadenza del contratto è stata effettuata prima ancora della cessazione del rapporto, con la richiesta del tentativo obbligatorio di conciliazione (doc. 2 attore), e conseguentemente le retribuzioni vanno riconosciute dal 1° ottobre 2005 e fino alla riammissione in servizio. Infatti dalle dichiarazioni rese dalla ricorrente nel corso dell'interrogatorio libero e dalla documentazione da quest'ultima prodotta (certificazioni provenienti dall'ufficio per l'impiego in data 29 marzo e 8 novembre 2006, in relazione alla quale la convenuta non ha sollevato alcun rilievo) risulta che Valenti è rimasta disoccupata successivamente alla cessazione del rapporto per cui è causa. (*Omissis*)

(1-4) ALCUNE QUESTIONI SUL LAVORO SOMMINISTRATO A TERMINE

La sentenza del Tribunale di Milano del 24 gennaio 2007, n. 226, costituisce una delle prime decisioni di merito note in tema di lavoro somministrato a tempo determinato e offre spunti significativi per una corretta interpretazione delle disposizioni, in materia, contenute nel d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

1. — Il giudice di Milano, nell'affrontare la questione della dissociazione tra la titolarità del contratto e l'effettivo utilizzatore della prestazione di lavoro eseguita dal lavoratore, afferma che lo schema giuridico ordinario del rapporto di lavoro subordinato prevede la titolarità della gestione tecnico-produttiva e della gestione normativa del lavoratore in capo al medesimo soggetto; da ciò consegue che la forma contrattuale, che si realizza con la somministrazione di lavoro, integra uno schema eccezionale nell'ambito del nostro sistema giuslavoristico.

Sulla questione si è rilevato che il legislatore ha ormai riconosciuto non esservi un disvalore nell'utilizzo di manodopera fornita da lavoratori assunti e retribuiti da un altro soggetto (M. Lanotte, G. Pellicani, *La somministrazione di lavoro e il regime sanzionatorio*, in Aa.Vv., *Commentario alla riforma del lavoro*, Milano, 2005, p. 43; nello stesso senso, M. T. Altorio, S. Ciucciiovino, M. Vitaletti, *La riforma del mercato del lavoro*, in Aa.Vv., *Il diritto del lavoro*, a cura di G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, Milano, 2004, p. 1383; L. Corazza, *Somministrazione di lavoro e appalti*, in Aa.Vv., *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2006, p. 1219) e vi sarebbe, quindi, la conferma della compatibilità logica tra il tipo legale di cui all'art. 2094 codice civile e la dissociazione fra il titolare del contratto e colui che utilizza la prestazione di lavoro (P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Aa.Vv., *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004, p. 294).

Seguendo quest'impostazione, si è ammessa la possibilità di disgiungere finanche l'esercizio del potere direttivo dalla fruizione della prestazione, affermando che la disciplina attuale della somministrazione, e in particolare l'art. 22, commi 1 e 2, del d.lgs.

n. 276/2003, ripetendo lo schema trilatero caratterizzante tale schema contrattuale, consentirebbe tale impostazione riconducendo esplicitamente la fattispecie al modello di cui all'art. 2094 cod. civ. (M. Marazza, *L'interesse tipico del creditore di lavoro subordinato e le due ipotesi di dissociazione tra titolarità del contratto di ed esercizio dei poteri di organizzazione del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 1, p. 103, con una ricostruzione che prende le mosse dall'originario impianto del codice civile su cui si era formata una giurisprudenza che riteneva lecita la mera somministrazione di lavoro, es. Cass. 2 marzo 1959, in q. *Riv.*, 1959, p. 564).

Secondo un'altra prospettiva, non condividendo detta impostazione, si è affermato, più prudentemente, che il legislatore ha voluto mantenere la fattispecie della somministrazione di lavoro entro limiti e condizioni rigorosi mettendo in risalto che la collaborazione del lavoratore è, e rimane, un bene diverso dagli altri fattori organizzati nell'impresa (Così M. Persiani, G. Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2004, p. 32), e che, quindi, il divieto generale d'interposizione è sostanzialmente sopravvissuto all'abrogazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, a opera dell'art. 85, comma 1, lett. c, del d.lgs. n. 276/2003, poiché la somministrazione di manodopera, per essere lecita, deve essere autorizzata, giustificata e rispettosa delle regole legalmente previste (Così R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004, p. 162; nello stesso senso, E. Vitiello, *I nuovi rapporti di lavoro*, Padova, 2004, p. 18; A. Vallebona, *La riforma dei lavori*, Padova, 2004, p. 83; si esprime in termini di «atipicità estrema» del lavoro somministrato rispetto al tradizionale rapporto di lavoro subordinato per un'assenza di relazione negoziale fra l'utilizzatore e il lavoratore M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2005, p. 185; nello stesso senso O. Bonardi, *La nuova disciplina della somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Il lavoro fra progresso e mercificazione*, Roma, 2004, p. 118).

A ben vedere, vi sono elementi testuali che emergono dalla formulazione letterale del d.lgs. n. 276/2003 che fanno propendere fondatamente per la permanenza di un sistema che non tollera la dissociazione fra la direzione della prestazione e la sua utilizzazione.

Difatti, l'art. 20, comma 2, d.lgs. cit., prevede che «per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore»; inoltre l'art. 27, comma 2, d.lgs. cit., dispone che «tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione». È agevole affermare, quindi, che, sebbene l'interposto sia indicato come parte del rapporto di lavoro, lo schema della somministrazione, come autorevolmente affermato, integra una mera finzione contraddetta, nella sostanza, dalla stessa legge (G. Suppiej, *Mercato del lavoro e somministrazione di lavoro nella nuova riforma*, in *Lav. giur.*, 2004, 3, p. 207) che riserva il potere direttivo e di controllo all'utilizzatore, il quale assume l'effettiva titolarità giuridica e gestionale del rapporto di lavoro e risponde degli atti del somministratore.

Per costante insegnamento della Suprema Corte, il concreto esercizio dei poteri direttivi in ordine alla attività lavorativa del prestatore di lavoro costituisce il tratto caratteristico del lavoro subordinato (ad es. Cass. 19 marzo 2007, n. 6434, e moltissime

altre), che nel caso della somministrazione di lavoro si realizza – in concreto – in capo all'utilizzatore al quale, inoltre, vanno riferiti tutti gli atti del fornitore «per la costituzione o la gestione del rapporto» come espressamente detto nell'art. 27, comma 2, sopra citato (sul punto, quindi, non può condividersi la condanna della sola fornitrice di lavoro operata dal Tribunale di Latina con la sentenza 13 febbraio 2007, n. 617 – inedita –, sul presupposto della carenza delle motivazioni nel contratto di lavoro e non anche nel contratto di somministrazione poiché l'atto del fornitore andava riferito – in forza dell'art. 27, comma 2, cit. – all'utilizzatore con la conseguenza di cui all'art. 27, comma 1, cit.).

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite (Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910, in q. *Riv.*, 2007, 23), nell'ambito di una vicenda che riguardava l'interpretazione della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, applicabile *ratione temporis*, ha fissato alcuni principi che ancorano, in modo ineludibile, l'opera degli interpreti in ordine alla liceità dell'interposizione e intermediazione di manodopera. Il giudice di legittimità ha affermato la «generale regola giuslavoristica secondo la quale in relazione a identiche – anche per quanto attiene ai periodi temporali – prestazioni lavorative deve essere esclusa la configurabilità di due diversi datori di lavoro [...] con la conseguenza che chi utilizza dette prestazioni deve adempiere tutte le obbligazioni a qualsiasi titolo nascenti dal rapporto di lavoro» (dalla motivazione di Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910) e, con riferimento alla precipua fattispecie in esame, nella citata sentenza si legge: «...non può sostenersi neanche che l'indicato principio di carattere generale ha perduto consistenza giuridica a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003 [...] La indicata disciplina, pur presentandosi come una innovazione [...] si configura anche nell'attuale assetto normativo come una eccezione, non suscettibile né di applicazione analogica né di interpretazione estensiva, sicché allorquando si fuoriesca dai rigidi schemi voluti del legislatore per la suddetta disarticolazione si finisce per rientrare in forme illecite di somministrazione di lavoro come avviene in ipotesi di «somministrazione irregolare» ex art. 27, cit., o di comando disposto in violazione di tutto quanto prescritto dall'art. 30, cit.; fattispecie che, giusta quanto sostenuto in dottrina, continuano a essere assoggettate a quei principi enunciati in giurisprudenza in tema di divieto di intermediazione di manodopera» (dalla motivazione di Cass., Ss.Uu., 26 ottobre 2006, n. 22910).

La sentenza del Tribunale in commento si è attenuta a tale principio affermando l'eccezionalità della fattispecie della somministrazione, soggetta a rigidi limiti e vincoli, al di fuori della quale resta, in modo sacrale, il principio della coincidenza della titolarità della gestione tecnico-produttiva e della gestione normativa del lavoratore.

2. — La sentenza in commento del Tribunale di Milano ha trattato il regime dell'onere della prova (A. Vallebona, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, 2006, Padova, pp. 59 ss.) per quanto riguarda la dimostrazione delle ragioni poste a fondamento della somministrazione a termine ampliando il campo d'indagine sino a descrivere il contenuto di queste.

2.1. — Ai sensi dell'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizza-

tore e il Tribunale ha rilevato che una generica indicazione delle ragioni suddette è consentita dalla nuova formulazione dell'art. 21, comma 4, del d.lgs. cit., a opera dell'art. 5 del d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251 (Su cui si veda P. Passalacqua, *Le modifiche apportate dal d.lgs. n. 251/2004 al d.lgs. n. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 12, pp. 908 ss.), in quanto, nel nuovo testo, non vi sarebbe più la sanzione della nullità per la insufficiente specificazione di alcuni elementi del contratto.

L'interpretazione fornita dal giudice non sembra, però, in linea con il dato letterale della norma. Infatti, l'art. 21, comma 4, cit., nella attuale formulazione recita: «In mancanza di forma scritta il contratto di somministrazione è nullo e i lavoratori sono considerati a tutti gli effetti alle dipendenze dell'utilizzatore» mentre, in precedenza, la sanzione civile ivi prevista era contemplata solo per il caso di «mancanza di forma scritta, con indicazione degli elementi di cui alle lettere *a, b, c, d* ed *e* del comma 1».

L'effetto del cambiamento del dato testuale è esattamente contrario a quello affermato dal giudice, poiché sino al 26 ottobre 2006 (epoca della modifica) la sanzione di nullità poteva fondatamente ricondursi solo alla mancanza delle indicazioni di cui alle lettere da *a* a *e* del comma 1 della stessa norma e ciò era avvalorato dalla correlativa presenza delle medesime indicazioni nell'art. 27, comma 1, cit., dettato per il caso della somministrazione irregolare.

Oggi, però, la nuova formulazione consente solo un'interpretazione che conduce alla nullità del contratto di somministrazione, con l'effetto legale costitutivo (art. 21, comma 4, cit.: «sono considerati alle dipendenze dell'utilizzatore»), in ogni caso di carenza degli elementi da *a* a *k*.

Non è, del resto, sostenibile che la nullità prevista dalla disposizione sia conseguenza soltanto della carenza della forma scritta e non anche del contenuto vincolato imposto allo scritto dall'art. 21, comma 1, cit., Per tale strada si giungerebbe, infatti, a sostenere la sufficienza di un mero atto scritto con l'intestazione «contratto di somministrazione», ma il cui contenuto sia assente oppure completamente estraneo all'oggetto del contratto (Dello stesso avviso: P. Passalacqua, *op. cit.*; M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2005, p. 187).

In sostanza, sia la mancanza dell'atto scritto che la carenza degli elementi di cui alle lettere da *a* a *k* dell'art. 21, comma 1, cit., conducono alla nullità del contratto di somministrazione con l'effetto legale costitutivo del rapporto di lavoro per l'utilizzatore.

Tale effetto può fondatamente ricondursi anche all'inadempimento degli altri obblighi formali contenuti nell'art. 21, cit. La disposizione contenuta nell'art. 21, comma 3, cit., prevede che gli elementi di cui alle lettere da *a* a *k* del comma 1, siano oggetto di un'precipua informazione scritta al lavoratore («Le informazioni di cui al comma 1, nonché la data di inizio e la durata prevedibile dell'attività lavorativa presso l'utilizzatore, devono essere comunicate per iscritto al prestatore di lavoro da parte del somministratore all'atto della stipulazione del contratto di lavoro ovvero all'atto dell'invio presso l'utilizzatore»). Anche tale comunicazione deve avvenire per iscritto e anche per essa è prevista la sanzione della nullità.

L'art. 21, cit., prevede due atti a forma vincolata e la previsione di nullità «In mancanza di forma scritta» (*a fortiori* dopo la modifica di cui all'art. 5 del d.lgs. n. 251/2004) è riferita a entrambe. Tale interpretazione (O. Bonardi, *op. cit.*, p. 134) è confermata dall'elemento topologico per la contiguità fra la previsione della nullità e la

previsione della comunicazione scritta delle informazioni anzidette. La tesi è, altresì, confermata dall'esigenza di fornire una compiuta informazione al dipendente, voluta dal legislatore per la particolare cautela e prudenza che occorre adottare in una fattispecie in cui il lavoratore è assunto formalmente da un soggetto diverso da quello che gli fornirà le direttive sul lavoro da compiere e che, in ipotesi d'accoglimento della tesi contraria, si troverebbe ad avere diversi regimi sanzionatori perché solo la mancata indicazione delle ragioni oppure del termine potrebbe condurre alla nullità *ex art. 2 del d.lgs. n. 368/2001* (applicabile per il richiamo espresso contenuto nell'art. 22, comma 2, *d.lgs. cit.*), mentre per le altre informazioni non si avrebbe alcuna sanzione (O. Bonardi, *op. cit.*).

Né potrebbe affermarsi che l'inadempimento dell'obbligo d'informazione scritta sia compiuto dal somministratore, mentre a essere sanzionato sarebbe l'incolpevole utilizzatore in quanto, come sopra ricordato, ai sensi dell'art. 27, comma 2, *cit.*, tutti gli atti compiuti dal somministratore per la costituzione o la gestione del rapporto, per il periodo durante il quale la somministrazione ha avuto luogo, si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione.

2.2. — Il giudice di Milano ha affermato che una generica indicazione delle ragioni, poste a fondamento del contratto di somministrazione a termine, sarebbe consentita dalla modifica dell'art. 21, *cit.*, a opera dell'art. 5 del *d.lgs. n. 251/2004*. Ma, per quanto sin qui riportato, sembra – a parere di chi scrive – che le conclusioni del giudice non possano fondarsi sulla modifica dell'art. 21, *cit.*, che conduce, invece, verso un rafforzamento delle tutele.

Vi sono, in ogni caso, anche altri convincenti argomenti per affermare che le indicazioni delle ragioni poste a base del contratto di somministrazione a termine debbano essere specifiche e non generiche.

Il *d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, com'è noto è legge delegata in attuazione della delega conferita con la legge 14 febbraio 2003, n. 30. L'art. 1, comma 2, lettera *m*, numero 2), della legge delega dispone che la delega sia esercitata nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: «ammissibilità della somministrazione di manodopera, anche a tempo indeterminato, in presenza di ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo, individuate dalla legge o dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative».

La delega, quindi, nel rispetto del principio ora richiamato, imponeva al legislatore delegato l'individuazione, diretta o con il rimando alla contrattazione collettiva, delle ragioni di carattere tecnico, produttivo od organizzativo da porre a fondamento dell'assunzione con contratto di somministrazione a termine (ma anche a tempo indeterminato).

La formulazione dell'art. 20, comma 4, *cit.*, è del tutto carente, poiché si limita a un'affermazione generale e astratta che, quindi, contrastando con il tenore letterale della legge delega, è certamente incostituzionale per violazione dell'art. 76 Cost. (P. Ichino, *op. cit.*, p. 277; O. Bonardi, *op. cit.*, p. 126; R. Del Punta, *op. cit.*, p. 183; E. Vitiello, *op. cit.*, p. 17). Il legislatore delegato doveva, invece, procedere alla specificazione delle ipotesi di ricorso al contratto di lavoro somministrato a tempo determinato, con l'indicazione di circostanze precise e concrete caratterizzanti una determinata attività (Così

si esprime la sentenza della Corte di Giustizia Ce 4 luglio 2006, causa C-212/04, caso *Adeneler* e altri) da porre quale ragione dell'assunzione a tempo determinato.

La genericità della formulazione utilizzata conduce a una liberalizzazione del lavoro a termine somministrato che contrasta anche con i principi contenuti nella Direttiva n. 1999/70/Cee (All'uopo vale il richiamo alla sentenza Corte di Giustizia Ce sopra cit.). Il giudice nazionale, quanto prima, dovrà evidenziare la ragione d'illegittimità costituzionale del decreto legislativo, per violazione dell'art. 76 Cost., riguardo a cui deve essere investita la Corte Costituzionale.

In tale quadro non sembra condivisibile, quindi, l'affermazione del Tribunale di Milano secondo cui sarebbe ammissibile una generica indicazione delle ragioni poste a fondamento del contratto.

Ma anche altri argomenti esegetici militano per l'inammissibilità di una generica indicazione delle ragioni nel contratto, che condurrebbe – invece – alla sua caducazione per nullità. L'art. 21, comma 1, lettera c, cit., impone l'indicazione, nel contratto di somministrazione, dei «casi e le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo di cui ai commi 3 e 4 dell'articolo 20», e tale indicazione è richiesta, come si è visto, a pena di nullità; oltre a ciò, siccome ai sensi dell'art. 22, comma 2, cit., il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e, inoltre, ai sensi dell'art. 27, comma 2, cit., tutti gli atti compiuti dal somministratore per la «costituzione» o la «gestione» del rapporto si intendono come compiuti dal soggetto che ne ha effettivamente utilizzato la prestazione, ne consegue, in modo inequivocabile, l'applicabilità all'utilizzatore della sanzione prevista dall'art. 1, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, secondo cui: «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

In sostanza, all'utilizzatore sono riferibili direttamente gli atti del somministratore, il quale è soggetto alla disposizione di cui all'art. 1 del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, e, quindi, alla necessità di specificare le ragioni di carattere oggettivo poste a fondamento del contratto di lavoro somministrato a termine; inoltre, lo stesso utilizzatore deve individuare tali ragioni nel proprio contratto commerciale con l'agenzia somministratrice: quindi, in caso di generica individuazione, il contratto di lavoro risulterebbe radicalmente nullo sia per effetto della disposizione contenuta nell'art. 21, comma 4, cit., che per effetto dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, direttamente applicabile anche all'utilizzatore per il richiamo contenuto nell'art. 27, comma 2, cit.

2.3. — Il Tribunale ha fissato i criteri circa l'onere e il contenuto della prova delle ragioni poste a fondamento della somministrazione a termine affermando che deve esservi la rigorosa dimostrazione «di quei motivi che avevano indotto l'utilizzatrice a stipulare il contratto di fornitura» e «dell'effettivo impiego dei lavoratori inviati per quella determinata attività». In sostanza, il giudice ha riconosciuto che ricadono sull'utilizzatore sia la prova delle ragioni poste a base del contratto che la dimostrazione del nesso causale fra queste e l'assunzione del lavoratore.

Nello specifico, il Tribunale di Milano si è occupato di una fattispecie nella quale il lavoratore era stato assunto per ragioni «sostitutive» dovute all'assenza di perso-

nale con diritto alla conservazione del posto. Il giudice ha confermato che, anche in questo caso (come analogamente è stato affermato dalla giurisprudenza nell'esame della fattispecie del contratto a termine stipulato per la stessa ragione), deve essere fornita una rigorosa prova della correlazione fra le assenze e le assunzioni a tempo determinato.

Il Tribunale ha precisato (conformando un orientamento costante nella giurisprudenza di merito formatasi sui contratti a tempo determinato) che per fornire la prova di tale correlazione non è consentito utilizzare la media mensile del personale assente poiché essa costituisce un dato irrilevante ai fini della dimostrazione della reale sostituzione del personale assente.

La prova, si legge nella sentenza, deve riguardare l'effettiva sostituzione di personale stabile per ogni giorno di prestazione del servizio da parte del lavoratore somministrato, e la media non costituisce un dato significativo, in quanto, nel singolo mese, si potrebbero verificare anche consistenti sfasature tra le assenze del personale a tempo indeterminato e le presenze di quello «precario» (così la sentenza in commento).

2.4. — Il Tribunale di Milano, come detto, si è occupato di una fattispecie nella quale il lavoratore era stato assunto per motivazioni «sostitutive»: quindi una ragione necessariamente caratterizzata dalla temporaneità. Tale elemento richiede una particolare menzione poiché è stato sostenuto che la ragione posta a fondamento del contratto di lavoro somministrato a tempo determinato non necessita di un'intrinseca temporaneità essendo sufficiente la effettiva sussistenza di una oggettiva ragione aziendale non arbitraria (Così A. Vallebona, *op. cit.*, p. 101).

L'interpretazione preferibile conduce, all'opposto, alla necessità della transitorietà dei casi ammessi. È stato osservato che (M. Lanotte, G. Pellicani, *op. cit.*, p. 56) nel decreto legislativo n. 276 del 2003 non è stata introdotta una norma che limiti il ricorso alla proroga o alla successione dei contratti di lavoro somministrato a tempo determinato con la conseguenza che, teoricamente (con l'unica limitazione – ma per la sola proroga – costituita dalla disposizione dell'art. 22, comma 2, d.lgs. cit.), potrebbe realizzarsi un caso di costante reiterazione della somministrazione a tempo determinato per la copertura di posizioni lavorative stabili.

Ciò comporterebbe un'evidente violazione della disposizione di cui all'art. 20, comma 3, d.lgs. cit., che limita alle singole ipotesi tassative ivi menzionate il ricorso al lavoro somministrato a tempo indeterminato. Infatti, in tal modo, sarebbe possibile il ricorso al lavoro somministrato a tempo indeterminato al di là delle ipotesi previste dall'art. 20, cit., mediante il sistematico ricorso al contratto di lavoro somministrato a termine (M. Lanotte, G. Pellicani, *loc. ult. cit.*; O. Bonardi, *op. cit.*, p. 127).

Né d'altro canto può fornire qualche indicazione di segno contrario l'esplicita precisazione riguardante la riferibilità delle ragioni oggettive indicate nell'art. 20, comma 4, cit., «all'ordinaria attività dell'utilizzatore». Tale precisazione esclude, definitivamente le ipotesi eccezionali o straordinarie (M. Lanotte, G. Pellicani, *op. cit.*, p. 57), ma non conduce all'affermazione secondo cui le esigenze ordinarie sono solo quelle permanenti. Il riferimento alle attività ordinarie è riferito all'aspetto qualitativo e non a quello quantitativo dell'attività su cui si fonda la ragione della stipulazione del contratto di lavoro somministrato a tempo determinato (Così R. Del Punta, *op. cit.*, p. 184).

In sostanza, le ragioni oggettive che l'utilizzatore può invocare devono essere selezionate in ragione del tempo affinché si possa riconoscere loro la legittimazione a far sorgere il contratto di lavoro somministrato a termine (O. Bonardi, *op. cit.*, p. 127).

Del resto una chiara indicazione testuale in tal senso la fornisce l'art. 86, comma 3, d.lgs. cit., che, nel consentire la sopravvivenza delle clausole contrattuali stipulate ai sensi dell'art. 1, comma 2, lettera *a*, della legge n. 196 del 1997, per la stipulazione di contratti di lavoro somministrato a tempo determinato, ne limita la portata soltanto a quelle che contemplino «esigenze di carattere temporaneo» (R. Del Punta, *op. cit.*, p. 184).

2.5. — Riguardo alla profondità dell'indagine giudiziale circa le ragioni che giustificano il contratto, l'art. 27, comma 3, cit., precisa che il controllo del giudice è limitato all'accertamento *della esistenza* delle ragioni che lo giustificano e non può essere esteso sino al sindacato di merito di tali ragioni.

In tal modo, com'è stato rilevato (P. Ichino, *op. cit.*, p. 284), il legislatore ha ricalcato la ricorrente massima giurisprudenziale in ordine ai limiti d'indagine del giustificato motivo di recesso e di trasferimento che, richiamando il principio costituzionale contenuto nell'art. 41 Cost., circoscrive il sindacato giurisdizionale alla verifica della sola sussistenza delle ragioni obiettive su cui si fonda il provvedimento datoriale escludendo (Cfr. Cass., Sez. lav., 02 agosto 2002, n. 11624, in *Not. giur. lav.*, 2003, p. 68; L. Corazza, *op. cit.*, p. 1224) la verifica sull'opportunità dell'atto.

A ogni modo, nonostante le limitazioni imposte dalla disposizione, sebbene non si possa estendere il sindacato giurisdizionale all'opportunità di merito del provvedimento, è certamente consentito il controllo sulla ragionevolezza e, quindi, sulla arbitrarietà e/o illiceità delle ragioni suddette (E. Vitiello, *op. cit.*, p. 19; è stato puntualmente osservato che il controllo deve potersi estendere alla verifica della sussistenza di una ragione che sia idonea a soddisfare il requisito di legge per poter censurare quello inidoneo perché insufficiente o addirittura insignificante: così P. Ichino, *op. cit.*, p. 285).

3. — Il lavoratore può agire in giudizio per la costituzione *ope legis* del rapporto di lavoro alle dipendenze dell'utilizzatore, in virtù dell'art. 27, comma 1, d.lgs. cit., affermando la presenza di una somministrazione irregolare. Ma la norma non specifica se il rapporto si costituisce a tempo determinato ovvero a tempo indeterminato (Così M. T. Altorio, S. Ciucciovino, M. Vitaletti, *op. cit.*, p. 1386) ed è stato affermato che il rapporto di lavoro che si costituisce con l'utilizzatore sarebbe a termine se ne sussistono i requisiti formali e sostanziali (Così A. Vallebona, *op. cit.*, p. 107).

Il Tribunale di Milano affronta la questione chiarendo che la disciplina «parla di "costituzione" del rapporto senza alcuna ulteriore precisazione, pare dunque corretto concludere che il rapporto che deve intendersi venuto in essere tra le parti è a tempo indeterminato» (dalla motivazione della sentenza in commento).

In modo ampiamente condivisibile il Tribunale di Milano fonda la propria convinzione sull'ineludibile principio di prevalenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato rispetto a quello a termine che resta un cardine del nostro sistema del diritto del lavoro.

D'altro canto il contratto di somministrazione di lavoro si pone nel solco di un'accentuata flessibilizzazione che doveva essere finalizzata alla promozione dell'occupazio-

zione sulla base della tesi secondo cui il rapporto di lavoro a tempo indeterminato e stabile non rappresenta l'unica forma di impiego possibile. Ma, com'è stato perspicuamente osservato, ritenere che la flessibilizzazione delle regole del diritto del lavoro comporti necessariamente la crescita dei livelli occupazionali costituisce un postulato non dimostrato e chiaramente ideologico (M. Ricci, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in Aa.Vv., *Mercato del lavoro*, a cura di De Luca Tamajo, Rusciano e Zoppoli, Napoli, 2004, p. 121), e, d'altro canto, qualche anno di sperimentazione di formule di accentuata flessibilità hanno avvalorato la tesi secondo cui, al contrario, la stabilità è un valore importante per la società, i lavoratori e le stesse imprese, e non è un sintomo di oscurantismo o di un esasperato tradizionalismo coltivare l'ambizione a un'occupazione stabile, bensì una legittima e responsabile aspirazione della persona (M. Ricci, *loc. ult. cit.*).

4. — La sentenza in commento ha espressamente riconosciuto in capo all'utilizzatore l'onere di «conoscere e controllare l'esatto contenuto del contratto di lavoro in forza del quale gestisce il personale somministrato».

L'affermazione del giudice rafforza il principio di cui all'art. 27, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 in ordine alla riferibilità all'utilizzatore (P. Ichino, *op. cit.*, p. 321; M. T. Altorio, S. Ciucciovino, M. Vitaletti, *op. cit.*, p. 1386) degli atti del somministratore che, nondimeno, consente una corretta interpretazione della scissione della titolarità, *ex parte datoris*, del rapporto di lavoro come si è visto sopra.

Filippo Aiello
Avvocato in Roma

TRIBUNALE GENOVA, 14 novembre 2006, Sez. lav. – Giud. Gelonesi – X c. Y.

Contratto a termine – Specificazione delle ragioni giustificative – Mancanza – Conseguenze – Nullità del termine – Art. 1419, comma 2, cod. civ.

L'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 368/01 consente l'apposizione del termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo; le ragioni devono essere specificate e avere i connotati della strutturale temporaneità. Ogni ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto di lavoro, a prescindere dal fatto che ciò dipenda da motivi formali o dall'accertata insussistenza in concreto della motivazione adottata, comporta la conversione a tempo indeterminato del rapporto, e cioè – nel primo caso – in conseguenza dell'espressa previsione dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, nel secondo caso ex art. 1419, comma 2, cod. civ., con conseguente diritto del lavoratore (in caso di recesso da parte del datore di lavoro) al ripristino del rapporto e al risarcimento del danno dalla data di offerta della prestazione lavorativa. (1)

(*Omissis*) La clausola appositiva del termine era illegittima per genericità; che aveva messo a disposizione della controparte le proprie energie lavorative con lettera pervenuta a quest'ultima il 2 febbraio 2006 e prodotta in copia.

Tutto ciò premesso concludeva come riportato in epigrafe.

La convenuta si costituiva e contestava la fondatezza della domanda assumendo che il termine in questione era stato legittimamente apposto, in conformità alle previsioni di cui al d.lgs. n. 368/2001, in subordine sosteneva che la nullità della clausola appositiva del termine avrebbe comportato la nullità dell'intero contratto ai sensi dell'articolo 1419 cod. civ. Sempre in subordine sosteneva che il contratto in questione si sarebbe risolto per mutuo consenso atteso che la ricorrente aveva messo le proprie energie lavorative a disposizione della Spa (dopo una inerzia durata oltre tre anni dalla cessione di fatto del rapporto di lavoro in questione. La convenuta chiedeva quindi la reiezione del ricorso. Il giorno 8 novembre 2006 la causa, sulle conclusioni specificate in epigrafe, veniva discussa e decisa mediante dispositivo immediatamente letto in udienza.

Motivi della decisione

La disciplina del contratto di lavoro subordinato a termine è stata profondamente innovata dal sopravvenuto d.lgs. n. 368/2001 di cui l'articolo 1 di-

sponde: 1) È consentita la apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo e sostitutivo; 2) La apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1. Il tenore letterale della norma è inequivoco; le esigenze di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che legittimano la apposizione del termine devono essere indicate non genericamente, ma in modo puntuale. Ed è anche assai chiara la *ratio legis* che va rinvenuta nell'esigenza di consentire al lavoratore la possibilità di accertare la sussistenza dei motivi addotti da controparte a giustificazione della clausola appositiva del termine. Le ragioni oggettive che consentano la apposizione del termine devono quindi essere specificamente individuate nel contratto individuale e avere i connotati della tempestività. Sul punto si richiama la sentenza della Corte d'Appello di Firenze (sentenza del 30 maggio 2005, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 1, parte seconda) la cui ampia ed esauriente motivazione deve ritenersi qui integralmente trascritta. Ora nel caso in esame la clausola in questione è illegittima per la sua evidente genericità. Essa infatti allude alla esigenza di sostenere il livello di servizio del recapito durante la fase di realizzazione dei processi di mobilità, tuttora in fase di completamento, di cui agli Accordi del 17, 18, 23 ottobre 2001, 11 dicembre 2001, 11 gennaio 2002, 13 febbraio, 17 aprile, 30 luglio e 18 settembre 2002 che prevedono al riguardo il riposizionamento su tutto il territorio degli organici della società. La clausola appena trascritta è generica. Alla stregua delle considerazioni svolte avrebbe dovuto precisare gli effetti dei processi di mobilità, cui accenna, sulla specifica articolazione ove la ricorrente è stata inviata a operare; avrebbe dovuto altresì chiarire la temporaneità di tali effetti: temporaneità idonea a giustificare la assunzione a termine della attrice. Nulla di tutto questo si rinviene nella clausola appositiva del termine inserita nel contratto di cui trattasi. La clausola è quindi affetta da nullità.

Resta a questo punto da esaminare se, ai sensi del sopravvenuto d.lgs. n. 368/2001, la dichiarazione di invalidità della clausola appositiva del termine del contratto di lavoro subordinato ne comporti la automatica trasformazione in contratto a tempo indeterminato. Secondo la preesistente normativa la invalidità della clausola appositiva del termine comportava la automatica conversione dell'originario contratto a termine in contratto a tempo indeterminato. L'orientamento, consolidato in tal senso, si fondava sul comma 1 dell'art. 1 della legge n. 230/1962: «il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate». Tale formula non si rinviene nel d.lgs. n. 368/2001 il quale inoltre dispone espressamente l'abrogazione della legge n. 230/1962 (vedi il comma 1 dell'art. 11). Da ciò autorevole dottrina ha dedotto che, a seguito dell'innovazione legislativa, la invali-

dità della clausola appositiva al termine resterebbe disciplinata dal diritto comune, e precisamente dall'art., 1419, comma 1, cod. civ. secondo cui «la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità». La tesi pur autorevolmente sostenuta non merita di essere condivisa per una molteplicità di ragioni.

Innanzitutto il suo accoglimento inficierebbe la disciplina legislativa di macroscopiche incongruenze. Come si è visto il comma 2 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 dispone: «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta direttamente o indirettamente da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1», vale a dire se non sono indicate puntualmente per iscritto le ragioni che giustificano l'apposizione del termine. La norma appena trascritta non dichiara la clausola nulla, ma usa una diversa espressione «è priva di effetto»: espressione significativamente identica a quella usata dalla legge n. 230/1962 «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto» (comma 3, art. 1). Pertanto, a seguire l'orientamento sopra accennato, la nullità della clausola appositiva del termine, idonea secondo il diritto civile a travolgere l'intero contratto, sarebbe ravvisabile solo nel caso in cui sia stata redatta per iscritto la ragione giustificativa del termine, la quale tuttavia esuli dalla previsione di cui al comma 1 dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. Come si è visto la suddetta clausola, se stipulata oralmente, sarebbe solo priva di effetto, con la conversione automatica del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato. Ma la incongruenza di siffatta disciplina sarebbe macroscopica. Il difetto della causa giustificativa del termine comporterebbe la nullità della relativa clausola e la possibile (ai sensi dell'art. 1419 cod. civ.) nullità dell'intero contratto solo *se non si accompagnasse a un ulteriore difetto di forma consistente nella stipulazione orale della clausola medesima*. In altri termini il medesimo vizio sostanziale comporterebbe effetti meno gravi nell'ipotesi in cui si presenti non da solo, ma insieme con un vizio formale. È evidente la irrazionalità di una disciplina del genere. Ma, per chi segue la tesi che questo giudice contesta, le incongruenze della disciplina legislativa non finiscono qui. Il comma 4 dell'art. 5 del d.lgs. n. 368/2001, riprendendo l'art. 12 della legge n. 196/1997, dispone:

«Quando si tratta di due assunzioni successive a termine, intendendosi per tali quelle effettuate senza alcuna soluzione di continuità, il rapporto di lavoro si considera a tempo indeterminato dalla data di stipulazione del primo contratto». La *ratio* della norma è assai chiara: la successione senza soluzione di continuità dei due contratti a termine prova che la apposizione del termine era priva di giustificazione sin dal primo contratto. Ebbene sarebbe

assai incoerente non applicare la medesima disciplina, vale a dire considerare il contratto come a tempo indeterminato, qualora ricorra la medesima *ratio* perché la ingiustificatezza del termine risulta sin dal momento della sua apposizione.

Oltre le accentuate gravi incongruenze, un ulteriore pregnante argomento induce a ritenere che la invalidità della clausola appositiva del termine comporti la automatica conversione del contratto in contratto a tempo indeterminato.

La disciplina del lavoro dipendente è ispirata, come si è già detto, dall'esigenza di tutela del lavoratore subordinato ritenuto la parte debole del rapporto. Tale esigenza costituisce il fondamento di un ulteriore principio di settore: il contratto di lavoro non viene travolto dalle nullità sancite a tutela del dipendente, perché la sua validità ed efficacia si recupera mediante un effetto legale sostitutivo dell'autonomia privata.

Si pensi all'art. 1, comma 5, della legge n. 1369/1960 in tema di interposizione vietata di manodopera (la legge ormai abrogata è stata sostanzialmente ripresa dal d.lgs. n. 276/2003, in particolare dall'art. 27): all'art. 3, comma 9, legge n. 863/1984, che sancisce la automatica conversione sin dall'inizio del rapporto in contratto a tempo indeterminato del contratto di formazione e lavoro, in caso di inosservanza da parte datoriale degli obblighi nascenti dal contratto stesso; all'art. 10, comma 2, legge n. 196/1997, che, in tema di lavoro temporaneo, dispone che il lavoratore si considera assunto dall'impresa utilizzatrice a tempo indeterminato, qualora il contratto di fornitura sia stato stipulato senza la forma scritta (anche questa norma è stata ribadita dal successivo d.lgs. n. 276/2003). Era del tutto coerente con questo quadro il già richiamato art. 1, comma 1, legge n. 230/1962, secondo cui, come si è già visto, in caso di illegittima apposizione del termine, il contratto di lavoro si considerava sin dall'inizio a tempo indeterminato. Una diversa soluzione, nelle ipotesi ora enunciate, comporterebbe per il lavoratore un pregiudizio ben più grave di quello che la comminatoria di nullità gli vuole evitare. Un caso paradigmatico, in tal senso, si ravviserebbe proprio ove si accettasse quella interpretazione del d.lgs. n. 368/2001 che qui si contesta. Se la causa oppositiva del termine rendesse invalido l'intero contratto basterebbe al datore di lavoro stipulare un contratto scritto, indicando, a giustificazione della apposizione del termine, ragioni palesemente insussistenti, ed ecco che la nullità dell'intero contratto, in invocabile dal datore di lavoro, porterebbe a inserire nell'alveo dell'art. 2126 cod. civ. la prestazione di fatto resa dal prestatore. Sarebbero così eluse le garanzie sancite a favore del dipendente da norme inderogabili di legge, a cominciare dalla garanzia della stabilità nel posto di lavoro. È pur vero che, ai sensi dell'art. 1419 cod. civ., sulla parte interessata a far valere la invalidità dell'intero contratto grava l'onere

di provare che non avrebbe concluso il contratto senza quella parte affetta da nullità, cioè, nella specie, senza l'apposizione del termine. Ma l'ostacolo sarebbe agevolmente superabile: basterebbe dichiarare espressamente nel contratto redatto, per iscritto, che le clausole che lo compongono sono fra loro inscindibilmente legate. Ora, come si è già detto, sarebbe insanabilmente contraddittorio un legislatore che consideri il lavoratore in posizione di debolezza, detti norme inderogabili per tutelarlo dallo strapotere contrattuale della controparte, e nel contempo fornisca a quest'ultima un comodo strumento per eludere quelle stesse norme. Sul punto, di fondamentale importanza, sono particolarmente istruttive le note vicende (anteriori alla riforma introdotta dal d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61) in tema di contratto a tempo parziale. La Corte di Cassazione (Cass., Sez. lav., sentenza n. 4482 del 24 aprile 1991) aveva interpretato l'art. 5, comma 2, d.l. n. 726/1984, convertito con modificazioni in legge n. 863/1984, nel senso che la mancanza di forma scritta, in ordine al contratto di lavoro a tempo parziale, ne avrebbe comportato la nullità, con la inevitabile conseguenza che il lavoro effettivamente prestato in esecuzione del suddetto contratto sarebbe rimasto disciplinato dall'art. 2126 cod. civ. con esclusione per il prestatore di quasi tutte le garanzie che assistono il rapporto di lavoro subordinato. Per le ragioni già dette siffatta interpretazione si pone in insanabile contrasto con gli specifici principi che presiedono il settore del lavoro subordinato e con le norme della Costituzione (con particolare riguardo agli art. 36 e 38) di cui quei principi sono attuazione. Tutto questo è posto bene in evidenza dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 210 del giorno 11 maggio 1992) che ha disatteso l'interpretazione data dalla Cassazione, sottolineando che siffatta interpretazione avrebbe posto la norma in questione (il comma 2 del sopra richiamato art. 5) in contrasto con i valori costituzionali. È in proposito significativo un passo della summenzionata sentenza della Corte Costituzionale del seguente tenore: «L'art. 1419, comma 1, cod. civ., infatti, non è applicabile, rispetto al contratto di lavoro, allorquando la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore, così come, più in generale, la disciplina degli effetti della contrarietà del contratto a norme imperative trova in questo campo (come anche in altri) significativi adattamenti volti appunto a evitare la conseguenza della nullità del contratto. Ciò in ragione del fatto che, se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente, la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intenderebbe proteggere».

Nel caso in esame l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368/2001, se interpretato nel senso che qui si contesta, porrebbe tale norma in contrasto con gli artt. 36, 3, 38 della Costituzione, per le ragioni sopra dette e ribadite dalla

richiamata sentenza n. 210/1992 della Corte Costituzionale. Ma il contrasto con la Costituzione non finirebbe qui. Il suddetto d.lgs., sempre se inteso nel senso che si contesta, si porrebbe in rotta di collisione con gli artt. 76 e 77 della Costituzione perché pesantemente peggiorativo. Come si è visto, la posizione del lavoratore subordinato, violerebbe la clausola di non regresso sancita dalla Direttiva Cee n. 1999/70 (disposizioni di attuazione, clausola 8, che recita: «L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso»). Ora, come ha osservato autorevole dottrina, la valutazione, per ravvisare una eventuale violazione della clausola di regresso, non si deve compiere mediante un puntiglioso raffronto in ordine a ogni singolo aspetto fra la disciplina sopravvenuta e quella preesistente. Fra l'altro un simile raffronto sarebbe poco significativo poiché il peggioramento, per il lavoratore, di un singolo punto della disciplina ben potrebbe essere ampiamente compensato dal miglioramento di un altro punto. A ben guardare la direttiva vieta di ridurre il «livello generale di tutela», e con questa espressione impone al legislatore interno, pur lasciando alla sua discrezionalità di intervenire sui singoli profili della disciplina del settore, di non incidere sulle garanzie essenziali che coinvolgono valori fondamentali e che attengono pertanto a quello che viene appunto definito «livello generale di tutela». Ora la modifica della preesistente disciplina, se escludesse, nell'ipotesi di nullità della clausola di apposizione dal termine, la conversione automatica del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato, costituirebbe una violazione della clausola di non regresso come sopra intesa, vale a dire comporterebbe una riduzione del livello generale di tutela del lavoratore, perché, come si è ampiamente argomentato, travolgerebbe quasi tutte le garanzie assicurate da norme inderogabili di legge a tutela del lavoratore. Il d.lgs. n. 368/2001 è attrattivo della legge delega n. 422/2000, che (vedo in particolare l'art. 1, commi 1 e 3) delega il governo ad attuare direttive comunitarie, fra cui la Direttiva n. 1999/70/Ce (vedi l'allegato B alla legge n. 422/2000). Pertanto la violazione della clausola di regresso sopra richiamata porrebbe il decreto legislativo in questione in contrasto con la legge delega, e conseguentemente in contrasto con l'art. 77 della Cost.

Discende dalle considerazioni svolte che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 impone di interpretare la norma nel senso che dispone la conversione automatica del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato in qualunque ipotesi di invalidità della clausola appositiva del termine.

(Omissis)

Pertanto deve dichiararsi che il contratto di lavoro a tempo determinato, dedotto in giudizio, e sopra trascritto, è convertito in contratto a tempo in-

determinato e il relativo rapporto è tuttora in essere tra le parti, con conseguente obbligo della convenuta di ammettere in servizio la ricorrente. In ordine alle conseguenze patrimoniali rivendicate dalla ricorrente va ricordato lo insegnamento della S.C. secondo cui «L'estromissione di un lavoratore dall'organizzazione aziendale per scadenza di un termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro non è da equiparare al licenziamento ingiustificato e non configura una fattispecie di recesso, e l'azione del lavoratore volta a far valere la continuità del rapporto ha natura di azione di mero accertamento dell'effettiva situazione giuridica derivante dalla nullità del termine non soggetta ad alcuna decadenza, mentre, in riferimento all'azione volta a far valere diritti patrimoniali consequenziali all'accertamento della permanenza in vita del rapporto, il lavoratore può ottenere soltanto il risarcimento del danno subito a causa della impossibilità della prestazione cagionata dal rifiuto ingiustificato del datore di lavoro, e a tale scopo deve attivarsi per offrire l'esecuzione della propria prestazione lavorativa, costituendo in mora il datore di lavoro» (Cass., Sez. lav., sentenza n. 15827 del 22 ottobre 2003); e per la relativa messa in mora non occorrono particolari requisiti formali (Cass., Sez. lav., sentenza n. 9420 del 18 luglio 2000).

Nel caso in esame la offerta della prestazione lavorativa da parte della ricorrente, e idonea a mettere in mora la convenuta, va ravvisata nella lettera raccomandata, prodotta in copia, e richiamata nella parte espositiva (vedi sopra). Che tale lettera sia pervenuta alla resistente il 2 febbraio 2006 è circostanza non contestata. È opportuno aggiungere che la ricorrente, in sede di interrogatorio, ha specificato lo ammontare di un *aliunde perceptum* quale compenso per una attività lavorativa svolta dal 2 febbraio 2006 in poi (vedi lo interrogatorio reso dalla ricorrente alla odierna udienza nel relativo verbale da ritenere qui trascritto).

Pertanto la convenuta va condannata a corrispondere alla attrice le retribuzioni maturate dal 2 febbraio 2006 oltre accessori, dedotte le somme indicate dalla attrice quale *aliunde perceptum*. (*Omissis*)

(1) ILLEGITTIMITÀ DEL TERMINE E CONSEGUENZE SANZIONATORIE:
UN DOPPIO CANALE DI TUTELA?

1. — *Premessa* — In tema di contratto a tempo determinato la giurisprudenza di merito, così come si sta delineando nelle pronunce più recenti, ha individuato alcuni elementi in grado di fornire una precisa opzione ermeneutica non solo in relazione al discusso carattere temporaneo delle ragioni giustificatrici dell'apposizione di un termine finale al contratto di lavoro, ma, più in generale, in relazione alla funzione antifraudolenta ispiratrice della Direttiva comunitaria n. 1999/70 Ce, già presente nella precedente disciplina in materia di contratto a tempo determinato.

La decisione in commento, conformemente alle ultime pronunce sul contratto a tempo determinato, ha il pregio di apportare un notevole contributo, sul piano giurisprudenziale, alla *vexata quaestio* in merito alla contrapposizione di interessi tra chi teorizza l'uso di tale fattispecie contrattuale, quale strumento ordinario di gestione di manodopera (per fronteggiare la variabilità del mercato e, in generale, le cd. punte di produzione), e chi, invece, intende perseguire un interesse alla stabilità del posto di lavoro o quantomeno un utilizzo ragionevole dell'istituto.

I punti interrogativi sono certamente molti, gli equilibri da raggiungere sono a volte precari e gli interessi in gioco sono rilevanti. In particolare, la sentenza in commento aggiunge un ulteriore tassello nel tentativo pragmatico di risolvere una pluralità di interrogativi di diversa natura, sollevati dal d.lgs. n. 368/2001, in relazione non solo al carattere permanente ovvero temporaneo delle ragioni legittimanti l'apposizione del termine, ma, soprattutto, alle conseguenze sanzionatorie in caso di invalidità della clausola appositiva dello stesso termine. L'intervento giurisprudenziale in esame offre, altresì, quale ulteriore elemento di analisi, l'occasione per una riflessione sul rilievo e sulla portata precettiva della clausola di non regresso.

2. — *Il doppio canale di tutela* — La decisione in commento si sofferma sulle conseguenze della dichiarazione d'invalidità della clausola appositiva del termine per il periodo successivo all'esecuzione del contratto.

Come è ampiamente noto, secondo il d.lgs. n. 368/2001, «l'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto» (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001), nel quale vanno specificate le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo.

Il decreto in questione, tuttavia, tace in ordine alla sanzione applicabile nel caso di insussistenza delle ragioni *ex* art. 1, comma 1. Non è, dunque, prevista una espressa disciplina sanzionatoria qualora vi sia stata l'apposizione del termine al contratto di lavoro in assenza delle esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive, così come aveva stabilito l'art. 1 della legge n. 230/1962 nei casi di conclusione del contratto al di fuori delle ipotesi tassativamente tipizzate dalla legge o dalla contrattazione collettiva. Nella vigenza della precedente disciplina, la conseguenza giuridica in ordine all'inosservanza dei requisiti formali e all'apposizione del termine fuori delle specifiche causali ammesse (dalla legge e dalla contrattazione collettiva), aveva trovato dimora nell'indirizzo comune della nullità del contratto per contrasto con norme imperative di legge (In merito ai problemi interpretativi sorti in giurisprudenza nella vigenza della pregressa normativa, vedi L. Menghini, *I problemi interpretativi in tema di lavoro a termine nella recente giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. 1, 1984, pp. 173 ss., e Idem, *Gli orientamenti della giurisprudenza in materia di lavoro a termine*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2000, n. 23, pp. 203 ss.). L'art. 1 della legge n. 230/1962 era una norma posta a tutela di un interesse pubblico e, dunque, non poteva essere derogata da una contraria manifestazione dell'autonomia privata.

La nullità della clausola temporale, per effetto della disciplina contenuta negli artt. 1418 e 1419 cod. civ., non diffondeva i suoi effetti sull'intero contratto ma era sostituita di diritto dalla norma imperativa (secondo il brocardo *vitiatur sed non vitiat*) con la conseguente *conversione* in un contratto a tempo indeterminato *ab origine*; emergeva, così, in tutta la pienezza la presunzione per cui «il contratto di la-

voro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate» (art. 1, comma 1, legge n. 230/1962).

Come accennato, la disposizione in esame (art. 1, comma 2, d.lgs. n. 368/2001) non ha facilitato il compito dell'interprete nell'approccio ermeneutico all'istituto. Si è, infatti, sviluppato un intenso dibattito che ha prodotto diverse tesi qui sinteticamente riassumibili.

Una prima, secondo la quale l'assenza dei presupposti formali e sostanziali rifletterebbe la nullità sull'intero regolamento contrattuale in applicazione dell'art. 1419, comma 1, cod. civ., perciò la nullità di una clausola si ripercuoterebbe sull'intero contratto là dove risultasse che i contraenti non lo avrebbero concluso qualora fossero stati consapevoli della nullità [È, questa, la tesi sostenuta da A. Vallebona, *I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine. D.lgs. n. 368/2001*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 66, per il quale «il legislatore non intende imporre un simile vincolo a soggetti che non lo avrebbero voluto». Dello stesso avviso, F. Bianchi D'Urso, G. Vidiri, *Il nuovo contratto a termine nella stagione della flessibilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2002, n. 3, pp. 123 ss.]. Il datore di lavoro, *rebus sic stantibus*, potrebbe ottenere in giudizio la dichiarazione di nullità del contratto se riuscisse a provare che non avrebbe mai concluso il contratto, e di conseguenza mai assunto il lavoratore, in assenza del termine dichiarato illegittimo. In tal senso, il lavoratore avrebbe diritto al trattamento retributivo e previdenziale per il solo periodo di esecuzione del rapporto. Si tratta di una tesi che «ha conseguenze assai negative per il lavoratore» poiché il datore di lavoro potrebbe dimostrare senza particolare difficoltà l'essenzialità del termine in riferimento alla sua volontà di concludere il contratto (Sul punto V. Speciale, *La nuova legge sul lavoro a termine*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 91, p. 406).

Un secondo orientamento, antitetico al primo, ad avviso del quale, attraverso una lettura complessiva della disciplina codicistica in materia di nullità parziale, in realtà si produrrebbe un effetto sostitutivo prevalente sulla volontà delle parti. In tal senso, il contratto non sarebbe colpito da irrilevanza giuridica anche in caso di nullità di una clausola essenziale. Il regolamento contrattuale sopravviverebbe perché le singole clausole nulle sarebbero sostituite di diritto da norme imperative (così: art. 1419, comma 2, cod. civ. ma anche art. 1339, cod. civ.) (È, questa, la tesi maggioritaria seguita in dottrina. Tra i tanti L. Montuschi, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, pp. 47 ss.; V. Speciale, *La nuova legge*, cit., pp. 406 ss.; G. Santoro Passarelli, *Note preliminari sulla nuova disciplina del contratto a tempo determinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2002, n. 1, pp. 181 ss.).

L'accoglimento della prima impostazione, come ricorda anche l'autorevole Tribunale, rischierebbe di inficiare la disciplina legislativa, *in primis*, di «macroscopiche incongruenze». Si incorrerebbe, infatti, in un vero e proprio contorsionismo logico-giuridico seguendo l'orientamento sopra accennato: la nullità dell'intero contratto sarebbe ravvisabile solo nel caso in cui la ragione giustificativa del termine fosse stata redatta per iscritto, ma la stessa esulasse dalla previsione di cui al comma 1 dell'articolo 1 del d.lgs. n. 368/2001. Se stipulata oralmente, sarebbe priva di effetto, con la conversione automatica del contratto di lavoro in contratto a tempo indeterminato. Il difetto della causa giustificativa del termine, paradossalmente, comporterebbe la nullità della relativa clausola e la (eventuale) nullità dell'intero contratto solo se non si ac-

compagnasse a un ulteriore difetto di forma consistente nella stipulazione orale della clausola medesima. In altri termini, il medesimo vizio sostanziale comporterebbe effetti meno gravi nell'ipotesi in cui si presentasse non da solo, ma insieme con un vizio formale.

Si tratta, inoltre, di una soluzione non condivisibile poiché non tiene conto che il principio di conservazione del contratto, nell'ambito del diritto del lavoro, è corroborato dall'esigenza di tutela del contraente debole in quanto soggetto portatore di interessi prevalenti [Per un approfondimento della funzione protettiva del requisito formale non solo nel contratto a tempo determinato *amplius* M. D'Onghia, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 100 ss. (in particolare sulla protezione del contraente debole vedi pp. 42 ss.); sempre sulla funzione protettiva del prestatore di lavoro vedi G. Ferraro, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1989, n. 44, pp. 563 ss.; R. Voza, *Forma del contratto e trasformazione del rapporto nel part-time*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2001, pp. 563 ss]. Ciò, in ragione del fatto che, la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti, in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto (le funzioni della norma inderogabile sono state molteplici e si sono diversificate nel corso degli anni. È appena il caso di ricordare come in materia di contratto a termine l'utilizzo della norma inderogabile, nel passaggio dalla legge n. 230/1962 all'art. 23, legge n. 56/1987, abbia risposto a logiche differenti, di garantismo nel primo caso, di controllo nel secondo).

La nullità del termine (per l'illegittimità dello stesso, in caso di violazione delle disposizioni formali o della disciplina limitativa della proroga per mancanza delle ragioni oggettive) non comporta, dunque, la caducazione dell'intero regolamento contrattuale ma la *trasformazione* (con effetto *ex tunc*) in un contratto a tempo indeterminato. Vi è una sostituzione della disciplina pattuita con quella legale, non la riduzione del rapporto a una condizione di totale o parziale irrilevanza giuridica (In questi termini Corte Costituzionale 11 maggio 1992, n. 210, in *Foro it.*, 1992, I, 3231 ss.).

Invero, la «reversibilità del tipo elettivo» (nel caso di specie, il contratto a tempo determinato ma, in generale, è possibile riferirsi ai diversi contratti contrassegnati da una preventiva determinazione della durata) si spiega in termini di «imputazione automatica degli effetti del tipo necessario derogato» (contratto a tempo indeterminato) più che di trasformazione o conversione legale del contratto (Secondo M. D'Antona, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, n. 47, p. 542, «mancano i presupposti» per accogliere la tesi della conversione legale del contratto nullo poiché «non vi sono due contratti, ma due diversi modelli di disciplina» e «la reversibilità del tipo riguarda il regolamento contrattuale, non il contratto». Dello stesso avviso G. Fontana, *La conversione legale nei rapporti di lavoro atipico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, p. 360. Per un'analisi dei profili civilistici in tema di conversione del negozio giuridico, *amplius*, L. Bigliazzi Geri, *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, pp. 528 ss.).

Invero, al di là del paradigma concettuale intorno al quale delineare le conseguenze in caso di nullità della clausola appositiva del termine, vi è un *aliquid novi* cui far riferimento: nella fattispecie esaminata dal Tribunale di Genova (ma si tratta, ormai, di una consuetudine presente in tutti i contratti a termine), il contratto di assunzione precisava espressamente che la clausola relativa alla durata del contratto era concordemente ritenuta essenziale.

Si ritiene che da quest'ultimo elemento prenda le mosse una lettura funzionalizzata (della giurisprudenza di legittimità e di merito) alle esigenze del contraente debole (*infra*).

Sul punto, la sentenza in commento richiama le pregevoli osservazioni della Corte Costituzionale (sentenza n. 210/1992) in merito ai riflessi sulla validità del negozio giuridico in caso di nullità parziale del contratto di lavoro subordinato. Come è ampiamente noto, la Consulta ha affermato la palese irrazionalità, qualora dalla violazione di una norma imperativa, posta per tutelare il lavoratore contro la pattuizione di clausole vessatorie, potesse derivare la liberazione del datore di lavoro da ogni vincolo contrattuale, in quanto se questi fossero gli effetti essa di certo non sarebbe in sintonia con la Costituzione (Per un commento della pronuncia vedi A. Alaimo, *La nullità della clausola sulla distribuzione dell'orario nel part-time: la Corte Costituzionale volta pagina?*, in *Foro it.*, 1992, I, 3234 ss.; A. Lorusso, *Forma scritta e determinazione dell'orario di lavoro nel contratto part-time*, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, pp. 445 ss.; A. Rondo, *La Corte Costituzionale e le clausole di distribuzione dell'orario di lavoro nel contratto part-time*, in *Mass. Giur. lav.*, 1992, pp. 121 ss.; P. Ichino, *Limitate, non drasticamente vietate, le clausole di elasticità nel part-time ad opera della Corte Costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, pp. 731 ss.; A. Chiacchieroni, *Lo ius variandi nel part-time*, in *q. Riv.*, 1992, II, pp. 433 ss.; S. Genovese, *Part-time e clausole elastiche*, in *Giur. it.*, 1992, I, I, pp. 2043 ss.). Più di recente, la stessa Consulta è ritornata sulla questione (Corte Costituzionale 15 luglio 2005 n. 283, in *Giust. civ.*, 2005, I, pp. 2600 ss.) e ha integrato la precedente pronuncia nel senso dell'inesistenza del vincolo dell'effetto legale conservativo automatico. In particolare, la Corte, escludendo la conversione automatica del rapporto di lavoro (a tempo parziale in rapporto a tempo pieno), ha individuato nella disciplina ordinaria della nullità parziale (art. 1419, comma 1, cod. civ.) «un'esigenza di carattere generale di tendenziale conservazione del contratto ove il vizio di nullità sia circoscrivibile a una o più clausole [...] e sempre che la clausola nulla non risulti avere carattere essenziale per entrambe le parti del rapporto».

Non è, questa, la sede per approfondire i pur rilevanti profili problematici scaturiti dall'intervento della Consulta (Cfr. A. Vallebona, *La gabbia non è il sistema: la conversione legale dei lavori atipici invalidi non è costituzionalmente necessitata*, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, pp. 740 ss.): tuttavia, sia ancora consentito osservare che la teoria secondo cui la conversione legale automatica del contratto di lavoro invalido opera solo là dove sia prevista *expressis verbis* non è senza conseguenze, soprattutto se proiettato all'interno della disciplina protettiva del lavoro subordinato: si rischia di aprire una breccia pericolosa per la tenuta del sistema di protezione del lavoratore, individuando nella disciplina ordinaria della nullità parziale (art. 1419, comma 1, cod. civ.) lo strumento idoneo per scongiurare la totale nullità del rapporto di lavoro e, quindi, per salvaguardare gli interessi del contraente debole.

La decisione in commento aderisce pienamente all'indirizzo interpretativo secondo il quale la nullità della clausola appositiva del termine non può comportare la nullità dell'intero contratto di lavoro ma le clausole nulle sono sostituite da norme imperative, a prescindere dalla esistenza di una specifica disposizione inderogabile che ne imponga espressamente la sostituzione (In tal senso, Trib. Roma, 12 gennaio 2005 e Trib. Roma, 03 febbraio 2005, in *q. Riv.*, 2005, II, pp. 706 ss., con nota di M. Orlando, *Il caso poste e le conseguenze della nullità del termine*, pp. 714 ss. Trib. Monza,

18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, 1, pp. 152 ss., con nota di S. Chiusolo, *Primi orientamenti giurisprudenziali sulla riforma del contratto a termine*, pp. 153 ss.; Trib. Milano, 14 ottobre 2004, in *D&L*, 2004, pp. 904 ss.; Trib. Milano, 13 novembre 2003, in *D&L*, 2003, p. 937, con nota di A. Beretta, *La riforma del contratto a termine: primi interventi giurisprudenziali*, pp. 937 ss. Per un percorso interpretativo differente nell'ottica della nullità dell'intero contratto purché il datore dimostri che non avrebbe concluso il contratto senza la clausola appositiva del termine, cfr. Trib. Roma, 21 febbraio 2005, in q. *Riv.*, 2005, pp. 706 ss.; Trib. Palermo, 06 maggio 2006, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, pp. 395 ss., con nota di M. L. Vallauri, *Quale sanzione per il contratto a termine illegittimo*).

Invero, l'impronta unilateralistica-soggettivistica sottesa alla pronuncia costituzionale, se è apprezzabile in termini di tenuta del sistema di protezione del lavoratore avverso i possibili abusi contrattuali, solleva, tuttavia, notevoli perplessità in merito al metodo utilizzato. È evidente che l'assunto connotativo secondo il quale la conversione legale automatica non sia costituzionalmente necessitata, senza l'adozione di alcun accorgimento – o per utilizzare le parole della stessa Corte del 1992 di «significativi adattamenti» –, avrebbe prodotto effetti dirompenti sul sistema di tutela del lavoratore, oltre a profili di illegittimità costituzionale (art. 36 Cost.) (su quest'ultimo aspetto si rinvia alle considerazioni della Corte Costituzionale n. 210/1992 riprese dallo stessa decisione in commento). In tal senso, la Consulta non ha enfatizzato eccessivamente l'assunto iniziale; anzi, ha finito quasi per negarlo perché, come già ricordato nella precedente pronuncia, «la nullità integrale del contratto nuocerebbe, anziché giovare, al contraente che il legislatore intende proteggere».

Il mutamento di prospettiva sulla problematica in esame, nel senso che la conversione non si applica qualora il legislatore, nello stabilire la nullità di una clausola o di una pattuizione, non ne abbia espressamente prevista la sostituzione con una norma imperativa, si lega a doppio filo con la soluzione da adottare nel caso di mancanza di giustificazione del lavoro a tempo determinato.

Sul punto, non si condivide, sotto un primo profilo, l'opinione di chi ritiene che in caso di ingiustificatazza del termine non si verifichi «l'effetto legale di imposizione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato», se a essere colpito da nullità è il primo contratto concluso [A. Vallebona, *La nuova disciplina del lavoro a termine*, in *Dir. lav.*, 2002, n. 1, pp. 11 ss.; L. Menghini, *Lavoro a termine, referendum, Direttiva 1999/70/Ce, Patto di Milano*, in q. *Riv.*, 2000, n. 1, pp. 598 ss. *Contra*, con puntuali ed efficaci argomentazioni, R. Nunin, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la Direttiva n. 99/70/Ce sul lavoro a tempo determinato: profili regolativi ed obblighi di conformazione per l'Italia*, in L. Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del lavoro a termine*, cit., pp. 39 ss.].

La decisione in commento ricorda che qualora non si argomentasse in senso contrario vi sarebbero notevoli pregiudizi nei confronti del lavoratore. Infatti, se la nullità della clausola appositiva del termine rendesse invalido l'intero contratto basterebbe al datore di lavoro stipulare un contratto scritto, indicando, a giustificazione della apposizione del termine, ragioni palesemente insussistenti, così da inserire nell'alveo dell'art. 2126 cod. civ. la prestazione di fatto resa dal prestatore.

Il problema interpretativo nasce, dunque, dall'assenza di una previsione espressa della disciplina inderogabile.

Come osserva lo stesso Tribunale di Genova, sarebbe insanabilmente contraddittorio un legislatore che consideri il lavoratore in posizione di debolezza, detti norme inderogabili per tutelarlo dal potere della controparte, ma nel contempo fornisca a quest'ultimo un comodo strumento per eludere quelle stesse norme.

Una mancata risposta da parte dell'ordinamento renderebbe l'atto svantaggioso per il lavoratore e utile per la parte contrattualmente più forte del rapporto poiché l'inoservanza (*id est*, l'illegittimità dell'atto) consente all'inosservante di ottenere l'effetto voluto (Secondo N. Bobbio, voce *Sanzione*, in *Nov. dig. it.*, Torino, Utet, 1968, p. 535, «si potrebbe parlare, invece che di punizione o di riparazione, di *frustrazione*, nel senso che la misura affittiva cui è sottoposto colui che viola una norma tecnica di questo tipo rende la sua azione non già a lui malefica o svantaggiosa, ma *inutile*»).

Orbene, anche alla luce dell'intervento della Consulta, è possibile individuare un doppio canale di tutela che possa rendere più agevole l'imputazione automatica degli effetti del tipo necessario derogato: *ex art.* 1419, comma 1, cod. civ. ricollegando alla volontà di un singolo contraente (il lavoratore) la possibile invalidazione del negozio ovvero la sua trasformazione; *ex art.* 1419, comma 2, cod. civ. nel caso in cui vi sia una previsione legislativa espressa diretta a eterodeterminare il contenuto contrattuale.

Seguendo il primo canale, in assenza di un'espressa previsione legislativa, la nullità sarebbe, dunque, azionabile solo dalla parte debole del rapporto, «scardinando» (L'espressione è di G. Fontana, *La conversione legale*, cit., pp. 364 ss.) il principio codicistico enucleato dall'art. 1421 cod. civ. a mente del quale «salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». In tal senso, l'inadeguatezza del metodo utilizzato a difesa degli interessi della parte contrattualmente debole può essere ravvisato nella volontà di perseguire un interesse collettivo e generale attraverso l'utilizzo di una norma giuridica che, in realtà, persegue un interesse individuale (Secondo autorevole dottrina, l'art. 1419, commi 1 e 2, perseguirebbero due interessi contrapposti: nel comma 1 si perseguirebbe un interesse individuale, nel secondo un interesse collettivo. Su questi profili si rinvia a G. Criscioli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1959, pp. 105 ss.; R. Tommasini, voce *Nullità* (diritto privato), in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 907 ss.; V. Roppo, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, pp. 728 ss.).

Il secondo canale di tutela – quello tradizionale – si inserisce all'interno della «tendenza a recuperare fattispecie che, se si seguissero schemi rigidi e anelastici, resterebbero privi di effetti» (R. Tommasini, *Nullità*, cit., p. 903).

Tale modello tradizionale necessita, tuttavia, di un corollario: l'indeterminatezza del contratto di lavoro quale principio portante per l'ordinamento lavoristico. In questi termini, l'assenza di un intervento legislativo espresso, diretto a eterodeterminare il contenuto contrattuale con scopi di protezione di una delle parti del rapporto contrattuale è facilmente superabile se si considera che l'efficacia sostitutiva rispetto alla norma negoziale si verifica in forza di un principio tuttora cardine per l'ordinamento giuslavoristico, riconosciuto a livello sia nazionale (Da ultimo vedi Corte d'App. Firenze, 23 giugno 2006, in q. *Riv.*, 2007, n. 3, con nota di L. Menghini), sia sopranazionale (La recente sentenza della Corte di Giustizia Ce C-212/04, *Adeneler*, in *Foro it.*, 2007, IV, 72, si sofferma sulla concreta possibilità che giustificare, senza limiti, i 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).

Orbene, potrebbe concludersi che, indipendentemente dall'allegazione della volontà ipotetica di non concludere il contratto senza la clausola appositiva del termine, vale il rilievo decisivo dell'inidoneità delle deduzioni datoriali a giustificare l'essenzialità del termine apposto al contratto di lavoro e alla conseguente riconducibilità della fattispecie alla regola civilistica della nullità dell'intero contratto in caso di nullità della clausola essenziale.

3. — *La direttiva comunitaria* — La decisione in commento conclude l'*iter* argomentativo, richiamando la Direttiva n. 1999/70 Ce e analizzando il rilievo e la portata precettiva della clausola di non regresso.

La Direttiva comunitaria ha adottato «un'impostazione minimalista» (È, questa, l'espressione utilizzata da L. Zappalè, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua una direttiva travisandola*, in *Dml*, 2001, n. 3, p. 637) non rappresentando, soprattutto per le differenze riscontrabili nei vari paesi, uno strumento in grado di incidere sui singoli Stati attraverso una puntuale regolamentazione dei diversi profili. La concreta possibilità di garantire una tutela elevata è, dunque, demandata alla valutazione degli ordinamenti nazionali. In tal senso, la Direttiva si preoccupa di prevedere che l'adeguamento, nei singoli Stati, alle disposizioni ivi contenute «non costituisca un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso» (così recita la clausola 8, comma 3, Direttiva n. 99/70) (Per un'ampia ricostruzione dell'origine «autorevole» della formulazione della clausola di non regresso, nonché per un approfondimento del significato e del valore giuridico delle stesse clausole, cfr. per tutti U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole di non regresso*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 3, 2004, pp. 537 ss. In generale, sulle clausole di non regresso, vedi L. Garofalo, *Le clausole di non regresso*, in *q. Riv.*, 2004, I, pp. 39 ss.; M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, n. 95, 2002, pp. 487 ss.; G. Dondi, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie in tema di protezione sociale: quali condizionamenti per l'ordinamento giuslavoristico nazionale?*, in *Aa.Vv.*, *Diritto del lavoro. I nuovi problemi*, cit., pp. 137 ss.; R. Nunin, *L'accordo quadro del 18 marzo 1999 e la Direttiva n. 99/70/Ce*, cit., pp. 39 ss). L'obiettivo di impedire la riduzione del livello di tutela minimo (già riconosciuto dagli ordinamenti interni) ha suscitato numerose perplessità in dottrina tra i sostenitori della tesi della vincolatività dell'obbligo di non regresso (È, questa, l'opinione di M. Roccella, *Prime osservazioni sullo schema di decreto legislativo sul lavoro a termine*, in *www.cgil.it/giuridico*, 2002) e chi ammette la giustificata regressione delle tutele, vale a dire la possibilità, all'interno dei singoli ordinamenti, di modificare anche in senso peggiorativo la disciplina interna, se pur in via eccezionale (U. Carabelli, *Intervento*, *Cesri Seminario sulla nuova legge*, cit.; V. Leccese, *L'orario di lavoro*, Bari, Cacucci, 2001, pp. 199 ss., e, recentemente, U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole*, cit., pp. 548 ss.).

Il divieto di *reformatio in peius* previsto dalla clausola in esame può essere interpretato in modo non uniforme, ma è sicuramente finalizzato a evitare ogni abuso sull'abbassamento del livello di protezione del lavoratore esistente nel diritto nazionale.

Il tema non è nuovo ed è di una complessità tale da non poter essere approfondito nei suoi rilevanti profili problematici in questa sede. Tuttavia, sembra doverosa una riflessione sul rilievo e sulla portata precettiva delle clausole di non regresso, funzionali alla decisione in commento.

Recuperando alcune considerazioni già svolte, si può affermare che dal contenuto della Direttiva non emerge la volontà del legislatore comunitario di liberalizzare il ricorso a forme contrattuali a tempo determinato. Per effetto dell'introduzione di una clausola generale che giustifica la possibilità di apporre un termine al contratto di lavoro (normalmente a tempo indeterminato), purché risponda a esigenze temporanee, vi è stato un allargamento delle maglie rispetto alla precedente disciplina.

Accanto a questa considerazione di carattere generale la decisione in commento fa un'ulteriore precisazione: se si accogliesse l'interpretazione, contestata, per effetto della quale in caso di ingiustificatezza del termine del primo contratto non si verificherebbe l'effetto legale di imposizione di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, si configurerebbe una «collisione con gli articoli 76 e 77 della Costituzione perché pesantemente peggiorando [...] la posizione del lavoratore subordinato, violerebbe la clausola di non regresso sancita dalla Direttiva Cee n. 1999/70».

In tal senso, la riduzione del rapporto reale a una condizione di totale o parziale irrilevanza giuridica – per utilizzare le parole della Corte Costituzionale – aumenterebbe lo stato di precarietà, o meglio la possibilità per i lavoratori di trovarsi in una situazione di precarietà. Inoltre, la violazione non si percepisce solo in merito all'alterazione del livello di protezione interno dei lavoratori, ma anche in riferimento all'obiettivo comunitario del miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, in grado di consentire ai lavoratori una «parificazione nel progresso» (art. 136, TCe) (L. Garofalo, *Le clausole di non regresso*, cit., p. 48), vale a dire un innalzamento dei livelli di tutela nella lotta contro l'emarginazione e per favorire una migliore qualità delle forme d'impiego.

Lo stesso Tribunale ricorda come la Direttiva in esame non stabilisca per i singoli Stati membri la possibilità di prevedere una «cors[a] verso il basso delle regolazioni interne» (V. Leccese, *L'orario di lavoro*, cit., p. 199) «in considerazione dell'evoluzione della situazione, ma pur sempre nel rispetto delle esigenze minime fissate dalla Direttiva» [Cfr. Direttiva n. 93/104 (art. 18, comma 3) in materia di orario di lavoro o Direttiva n. 97/81 (clausola n. 6, comma 2) in materia di *part-time*].

Il mancato espresso riferimento alla possibilità di introdurre disposizioni anche peggiorative non deve necessariamente interpretarsi come un segnale da parte del legislatore comunitario del divieto di regresso delle tutele. Come è stato efficacemente notato, sarà possibile stabilire un «arretramento protettivo», se pur in via eccezionale, «forrendo adeguata giustificazione su di un piano politico-istituzionale» [Così U. Carabelli, V. Leccese, *L'interpretazione delle clausole*, cit., p. 551. Secondo gli Autori (pp. 548 ss.), non è condivisibile l'interpretazione per effetto della quale la clausola di non regresso fissi, nei confronti degli Stati membri, «un vero e proprio obbligo di *stand still*, o, se si preferisce, di irreversibilità regolativa *in peius*, che consentirebbe sempre e soltanto uno sviluppo delle tutele nazionali verso l'alto». Una siffatta interpretazione, evidenziano gli Autori, contrasterebbe con il principio di libera concorrenza più volte richiamato dal Trattato (per esempio, art. 4, commi 1 e 2, art. 98, art. 105). Secondo M. Delfino, *Il principio di non regresso*, cit., p. 502, vi è sì la possibilità di diminuire il livello di prote-

zione dei lavoratori, ma ciò è possibile solo in base a ragioni comunitarie e non interne (per esempio un ulteriore obiettivo perseguito nel Trattato). Di diverso avviso è G. Dondi, *Clausole di non regresso nelle direttive comunitarie*, cit., p. 151, secondo il quale poiché l'art. 137, par. 4, TCe prevede la possibilità per uno Stato membro di stabilire una maggiore protezione senza argomentare tale decisione «non si ravvisa il motivo per cui si dovrebbe espressamente giustificare una modifica peggiorativa»].

Inoltre, più recentemente, la Corte Costituzionale (n. 252/2006, in *Mass. Giur. lav.*, 2006, p. 736), delibando una questione di legittimità costituzionale degli artt. 10, commi 9 e 10, e 11, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 368/2001 (in materia di diritto di precedenza nelle assunzioni dei lavoratori agricoli stagionali), ha precisato che la «*reformatio in peius* della protezione offerta dalla legislazione nazionale ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall'Accordo quadro quando non sia in alcun modo collegata con l'applicazione di questo» (Cfr., da ultimo, Corte di Giustizia Ce C-144/04, *Mangold*, in *Foro it.*, 2006, IV, 133, e Corte di Giustizia Ce C-212/04, *Adeneler*, in *Foro it.*, cit., 72).

Il Tribunale di Genova aderisce pienamente a tale impostazione interpretativa e paventa la concreta possibilità della violazione della clausola di non regresso (quale riduzione del livello generale di tutela del lavoratore) e del conseguente contrasto con l'art. 77 Cost. poiché la riconducibilità dell'illegittimità del termine alla nullità dell'intero contratto di lavoro «travolgerebbe quasi tutte le garanzie assicurate da norme inderogabili di legge a tutela del lavoratore».

4. — *Le conseguenze patrimoniali* — La sentenza conclude sulle conseguenze patrimoniali recependo un consolidato orientamento giurisprudenziale: il termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro non è da equiparare al licenziamento ingiustificato e non configura una fattispecie di recesso (Cfr. Cass., Sez. lav., n. 5821/2000, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, p. 73, con nota di G. Ferraro, *Estinzione di contratto a termine orale e licenziamento*, pp. 74 ss.; Cass., Sez. lav., n. 15827/2003, in *www.foroitaliano.it*). In tal senso, la disdetta intimata dal datore di lavoro al lavoratore per scadenza del termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro non è parificabile al licenziamento, in virtù della diversa natura dell'azione esercitata dal lavoratore. Accolta tale impostazione dogmatica, l'azione diretta all'accertamento della illegittimità della disdetta e alla pronuncia risarcitoria non va proposta come impugnativa di licenziamento con richiesta di applicazione di quanto previsto dall'art. 18 legge n. 300/70, bensì come azione di nullità dell'accordo relativo all'apposizione del termine, con nullità dell'intimata disdetta ed eventuale richiesta dei danni secondo gli ordinari criteri civilistici. Infatti, mentre la tutela prevista dall'art. 18, attiene a una fattispecie tipica, disciplinata dal legislatore con riferimento al recesso del datore di lavoro, e presuppone l'esercizio della relativa facoltà con una manifestazione unilaterale di volontà di determinare l'estinzione del rapporto, una simile manifestazione non è configurabile nel caso di disdetta con la quale il datore di lavoro, allo scopo di evitare il rinnovo tacito del contratto, comunichi la scadenza del termine, sia pure invalidamente apposto, al dipendente, sicché lo svolgimento delle prestazioni cessa in ragione della esecuzione che le parti danno a una clausola nulla (Cfr. Cass., Sez. lav., n. 14814/2005, in *www.foroitaliano.it*; Cass., Sez. lav., n. 8352/2005, in *www.foroitaliano.it*; Cass., Sez. lav., n. 15827/2003, in *www.foroitaliano.it*).

Dunque, l'azione del lavoratore finalizzata alla continuità del rapporto ha natura di azione di mero accertamento dell'effettiva situazione giuridica derivante dalla nullità del termine non soggetta ad alcuna decadenza.

Anche in riferimento all'azione diretta a far valere i diritti patrimoniali consequenziali all'accertamento della permanenza in vita del rapporto la sentenza in commento non si discosta dai principi giurisprudenziali consolidati sul punto: il lavoratore può ottenere esclusivamente il risarcimento del danno subito a causa della impossibilità della prestazione cagionata dal rifiuto ingiustificato del datore di lavoro, e a tale scopo deve attivarsi per offrire l'esecuzione della propria prestazione lavorativa, costituendo in mora il datore di lavoro (Da ultimo Trib. Monza, 18 gennaio 2005, in *D&L*, 2005, 1, pp. 152 ss.). Ne discende che l'effetto ripristinatorio dell'obbligo retributivo non decorre dalla data di illegittima scadenza del termine di durata del contratto, bensì dal momento in cui il lavoratore ha messo a disposizione le sue energie lavorative comunicando al datore di lavoro della sua intenzione di riprendere il rapporto di lavoro determinando una *mora accipiendi* dello stesso (Cfr. Cass., Sez. lav., n. 24886/2006, in *Mass. Giur. lav.*, n. 4, 2007, pp. 260 ss., con nota di G. Mannacio, *Questioni in tema di prosecuzione della prestazione lavorativa dopo la scadenza del termine e di proroga dello stesso*, pp. 260 ss.; Cass., Sez. lav., n. 24273/2006, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 3890, n. 850; Cass., Sez. lav., n. 18354/2003, in *www.foroitaliano.it*).

Antonello Olivieri
*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
nell'Università degli Studi di Foggia*

TRIBUNALE ANCONA, 6 luglio 2006, Sez. lav. – G.U. De Antoniis – Papi (avv.ti Medici, Gabrielli) c. Comunità Montana dell'Esino-Frasassi, in persona del legale rappresentante *pro tempore* (avv.ti G. Ranci, A. Ranci).

Mansioni superiori – Pubblico dipendente – Differenze retributive.

L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. L'assegnazione a mansioni superiori deve avvenire in presenza di un incarico formale e di un posto vacante in pianta organica: in tal caso non viene pregiudicato il diritto del lavoratore a percepire il trattamento economico previsto per la qualifica superiore espletata. (1)

(Omissis)

Processo e conclusioni

S. Papi esponeva di prestare servizio presso la Comunità Montana dell'Esino-Frasassi dal 1979, dapprima con contratti a tempo determinato e dal 1° ottobre 1984 con immissione in ruolo e inquadramento nella V qualifica funzionale. Esponeva di avere svolto mansioni di VI qualifica appartenenti al profilo professionale di geometra, portando a termine i progetti di tabellazione aggiuntiva del Parco naturale regionale Gola della Rossa e di Frasassi e di protezione civile per gli interventi volti a mitigare il rischio di incendi boschivi, come riconosciuto con certificato della stessa convenuta. La Comunità montana aveva riconosciuto soltanto per sei mesi a decorrere dal 1° gennaio 1992 le mansioni superiori al ricorrente e solo con delibera del 13 marzo 1999 ha modificato la propria pianta organica introducendo un posto di istruttore tecnico geometra, cui il Papi era stato destinato a seguito di concorso dal 1° giugno 2000. Lamentava, inoltre, che a partire dal luglio 2000 era stato vittima di demansionamento, in quanto gli erano state sottratte tutte le mansioni attinenti al suo profilo di geometra, riducendosi la sua attività alla sola attivazione stagionale del servizio antincendio oltre ad altri servizi esterni come ritirare la posta, consegnare mandati di pagamento in banca, controllare lo stato delle autovetture. Chiedeva per tali motivi l'accoglimento delle conclusioni trascritte in epigrafe. Si costituiva e resisteva in giudizio la Comunità Montana dell'Esino-Frasassi. *(Omissis)* Nel merito, rilevava l'infondatezza del ricorso in quanto difettavano per il riconoscimento di mansioni superiori l'esistenza del posto e il previo conferimento dell'incarico. Negava, poi, che ci fosse stato alcun demansionamento, avendo goduto il ricorrente sempre della retribuzione della VI qualifica e non essendo stati impugnati lo statuto e il regolamento in base ai quali erano stati conferiti all'esterno incarichi per lo svolgimento dei quali il ricorrente non aveva la ne-

cessaria professionalità. Inoltre, l'amministrazione aveva conferito al Papi il premio per funzioni specialistiche e di responsabilità sia per l'anno 2001 che per l'anno 2002, prova che il soggetto non era stato demansionato. Peraltro, i progetti dati all'esterno richiedevano tutti la competenza di architetti, ingegneri o agronomi muniti di laurea, mentre quelli assegnati ai geometri riguardavano gestione della rete informatica dell'ente per la quale il ricorrente non aveva adeguata professionalità. Aggiungeva, infine, che al ricorrente era stato conferito l'incarico di redigere il piano intercomunale di protezione civile senza che tale progetto fosse stato da lui portato a termine nonostante i solleciti. Chiedeva per tale motivo il rigetto delle avversarie pretese.

(Omissis)

1. eccepisce, il resistente con riguardo alla pretesa relativa allo svolgimento di mansioni superiori che essa non è fondata in quanto difettano i necessari presupposti dell'esistenza del posto vacante della pianta organica e del previo conferimento dell'incarico. Tuttavia, il ricorrente non pretende per tale periodo il riconoscimento della superiore qualifica, pretesa che non potrebbe in ogni caso essere accolta nell'ambito del pubblico impiego, ma unicamente la corresponsione delle differenze retributive relative alla categoria di appartenenza delle mansioni svolte.

2. dispone l'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, che: «1. il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per l'effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive.

L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.

2. per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto dal comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza.

3. si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni.

4. nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire vacanze dei posti in

organico, immediatamente, e, comunque, nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti.

5. al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave.

6. le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore».

3. ciò posto, fisiologicamente l'assegnazione a mansioni superiori deve avvenire soltanto in presenza di incarico formale e di posto vacante in pianta organica, fermo restando che per il disposto di cui al comma 5 l'assegnazione di mansioni superiori al di fuori di tali ipotesi è sì nulla, ma non pregiudica il diritto del lavoratore alla differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Ciò comporta, altresì, che anche le eccezioni in esame non valgono a pregiudicare la pretesa vantata dal ricorrente.

4. venendo al merito del ricorso, il lavoratore dipendente deve essere inquadrato sulla base delle mansioni contrattualmente previste e delle esemplificazioni trascritte in calce alla declaratoria contrattuale degli inquadramenti, raffrontate con le mansioni in concreto espletate dal lavoratore interessato (Cass. Civ., Sez. lav., n. 1433/96). Di conseguenza, il giudice, per individuare la categoria in cui il lavoratore avrebbe dovuto essere inquadrato, anche al fine dell'eventuale riconoscimento dei diritti conseguenti lo svolgimento di mansioni superiori, dovrà seguire un *iter* logico, articolato in tre fasi successive: accertare le mansioni concretamente svolte dal lavoratore; individuare le qualifiche e i gradi previsti dal contratto collettivo di categoria; raffrontare i risultati delle due indagini e individuare la categoria in cui deve essere inquadrato il lavoratore in base alle mansioni svolte (Cass. Civ., Sez. lav., n. 7453/2002). A ciò si aggiunge la verifica volta ad accertare se l'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori abbia comportato anche l'assunzione della relativa responsabilità e l'autonomia propria della qualifica rivendicata (Cass. Civ., Sez. lav., n. 7007/1987). Infine, il lavoratore che rivendica il diritto alla qualifica superiore deve provare non solo la riconducibilità delle mansioni svolte alle declaratorie contrattuali del superiore inquadramento rivendicato, ma deve anche in via concorrente e non alternativa pro-

vare l'esclusione della riconducibilità delle medesime mansioni a quelle in astratto previste per l'inquadramento ufficialmente assegnato (Cass. Civ., Sez. lav., n. 3528/1999).

(*Omissis*)

5. con attestazione del 27 aprile 1999 proveniente dal Dirigente della Comunità Montana dell'Esino-Frasassi si attesta che il ricorrente ha svolto attività di geometra in modo continuativo dal 1989 all'anno 1999 con particolare riferimento a funzioni tecniche rientranti nella natura e nell'attinenza alla professionalità di geometra. Nell'attestato si precisa che i compiti espletati riguardavano gli aspetti legati alla predisposizione di atti riguardanti la progettazione degli interventi di varia natura e al controllo dei lavori durante la loro realizzazione come assistente di cantiere. Tale attestazione, facente piena prova nei confronti della Comunità dalla quale proviene, trova conferma nelle deposizioni testimoniali (*Omissis*) dalle quali è risultato che il ricorrente ha svolto le seguenti attività: - progettazione di interventi di varia natura; - progettazione della gestione della raccolta consortile con compattatori scarrabili, rilievo topografico e redazione del progetto esecutivo della discarica in località Maranella; - predisposizione della contabilità di alcuni lavori per la realizzazione di opere pubbliche e degli atti successivi di approvazione; - individuazione delle aree di interesse ambientale suscettibili di interventi di valorizzazione e redazione dei relativi progetti esecutivi; - gestione ed esecuzione dei progetti, predisposizione di *stands* fieristici, itinerari agrituristici e sentieristica turistica, organizzazione e coordinamento di eventi sportivi a carattere regionale e nazionale; - redazione, gestione ed esecuzione di progetti relativi alla forestazione di proprietà demaniali; - prevenzione incendi boschivi e organizzazione di una rete di telefoni portatili da impiegare durante il servizio; - ideazione grafica e realizzazione di cartelloni, *depliants*, tabelloni per convegni; - utilizzo di attrezzature informatiche, di *personal computers* e di programmi informatici.

(*Omissis*) dalle deposizioni illustrate risulta sufficientemente provato lo svolgimento di mansioni di geometra non solo sino al 1999 ma anche nel periodo successivo. Conferma di ciò si ha anche nella delibera 154p del 6 marzo 2001 allegato dalla difesa di parte resistente il cui valore probatorio è parificabile a quello della confessione stragiudiziale facente prova contro la parte che l'ha resa *ex art. 2735 cod. civ.* In tale delibera si attesta che nel corso del 2000 il ricorrente si occupò delle tabellazioni del Parco in autonomia, confermando, alla luce delle deposizioni sopra rese, che, almeno sino al giugno 2000, il ricorrente svolse mansioni proprie del profilo di geometra appartenente alla categoria C delle declaratorie contrattuali afferenti.

Spettano pertanto al ricorrente le differenze retributive tra la VI e la V qualifica funzionale nel periodo dall'11 marzo 1999 al 31 marzo 1999 e tra

la categoria C, p.e., e C1 e la categoria B, p.e., e B4, dall'11 aprile 1999 al 1° giugno 2000. Su tali somme saranno, poi, dovuti gli interessi legali più favorevoli della rivalutazione ai sensi del disposto della legge n. 412/91, che esclude per i crediti vantati nei confronti delle pubbliche amministrazioni il cumulo di interessi legali e rivalutazione monetaria.

6. la seconda pretesa del ricorrente deriva dal lamentato demansionamento in quanto il Papi sostiene che dal mese di luglio 2000 ha avuto come mansioni unicamente quella dell'attivazione stagionale del servizio antincendio, consistente nella predisposizione delle attrezzature per gli addetti al servizio da metà giugno a metà luglio e nel recupero e sistemazione delle attrezzature nel deposito da metà settembre a metà ottobre. Il ricorrente si era reso, altresì, disponibile a effettuare servizi all'esterno come ritiro e consegna di posta, consegna dei mandati di pagamenti in banca, controllo dello stato delle autovetture.

(*Omissis*) dalle deposizioni emerge con evidenza il demansionamento del ricorrente atteso che (*Omissis*) le mansioni sopra descritte non rientrano affatto in tale declaratoria della categoria C trattandosi di mansioni meramente esecutive senza alcun margine di autonomia e non richiedenti particolari conoscenze professionali.

Ne deriva che il ricorrente ha diritto allo svolgimento di mansioni rientranti nella categoria C ed equivalenti a quelle proprie del profilo di geometra attribuitogli a seguito di apposito concorso bandito nel marzo 1999 (*Omissis*) in cui non sembra possano ricondursi i compiti assegnati dal luglio 2000 come allegati in ricorso e confermati dalla prova testimoniale.

A nulla rileva che la Comunità abbia erogato la retribuzione propria della qualifica di appartenenza al ricorrente, in quanto l'assegnazione di mansioni inferiori lede diritti non meramente patrimoniali, primo fra tutti quello di essere adibito a mansioni proprie della categoria di appartenenza, sancito dall'art. 52, d.lgs. n. 165/2001.

(*Omissis*)

Ne deriva che la richiesta di reintegra in mansioni corrispondenti alla categoria di appartenenza è pienamente fondata. (*Omissis*)

(1) LE MANSIONI SUPERIORI NEL RAPPORTO DI LAVORO PRIVATO E NEL PUBBLICO IMPIEGO

1. — *Premessa* — L'interessante sentenza in commento permette di analizzare le differenze di trattamento normativo nel lavoro privato e nell'impiego pubblico in tema di adibizioni a mansioni superiori.

Ai sensi dell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, l'espletamento da parte del pubblico impiegato di mansioni non corrispondenti a quelle di appartenenza non incide sull'inquadramento del lavoratore o sull'assegnazione di incarichi di direzione.

Gli unici casi di legittima adibizione del prestatore di lavoro a mansioni immediatamente superiori sono quelli legati a obiettive esigenze di servizio quando il posto in organico sia vacante – ma per non più di sei mesi prorogabile fino a dodici qualora siano avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti – oppure per sostituire lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto di lavoro, esclusa l'assenza per ferie. In ogni altra ipotesi l'adibizione del lavoratore a mansioni superiori è nulla, ferma la garanzia della corresponsione del trattamento retributivo previsto per la qualifica superiore.

Malgrado ciò, per il lavoratore che sia stato adibito a mansioni superiori non viene meno il diritto alla corresponsione della differenza di trattamento economico con la qualifica superiore.

Prima dell'intervento del d.lgs. n. 29/1993, il cui art. 56 è stato trasferito nell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, la giurisprudenza riteneva che per il riconoscimento del diritto al trattamento economico proprio delle mansioni superiori fosse tassativamente necessaria la vacanza del posto nella pianta organica o – quanto meno – la sua disponibilità per assenza prolungata del titolare, e l'esistenza di un puntuale provvedimento di incarico conferito dall'organo competente. (Consiglio di Stato, Sez. V, Sez. V, 29 marzo 2006, n. 1594; Cons. Stato, Sez. IV; 14 ottobre 2005, n. 5796; Cons. Stato, Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4398; Cons. Stato, 01 marzo 2005, n. 772, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, p. 357).

Tale diversità rispetto al lavoro privato trovava già le sue origini nell'art. 2, legge n. 421/92, che nell'impostare la riforma del pubblico impiego fissava, tra i criteri cui il governo doveva attenersi, la previsione di una disciplina delle mansioni che derogasse a quanto previsto dall'art. 2103 cod. civ. (M. D'Aponte, *Progressioni di carriera e assegnazioni di mansioni superiori nel pubblico impiego: la permanenza di una disciplina speciale tra esigenze di tutela ed abusi della P.A.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 843).

In sostanza, con l'intervento dell'art. 56 del d.lgs. n. 29/93 e la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego viene riconosciuto il diritto all'integrazione del trattamento economico per il lavoratore che abbia espletato mansioni superiori a prescindere dalla sussistenza di circostanze obiettive relative alla vacanza di posto in organico o alla necessità di sostituire altro dipendente con diritto alla conservazione del posto (M. D'Aponte, *Progressioni di carriera e assegnazioni di mansioni superiori nel pubblico impiego: la permanenza di una disciplina speciale tra esigenze di tutela ed abusi della P.A.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 843.)

Ciò sia per diretta applicazione del principio costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. che per applicazione del principio espresso dall'art. 2126 cod. civ., che in ordine allo svolgimento di una prestazione di fatto in violazione di legge fa salvi gli effetti già realizzatisi di un rapporto di lavoro invalido ma concretamente svoltosi tra le parti escludendo, invece, ogni pretesa del lavoratore a una continuazione del rapporto per il futuro (M. D'Aponte, *Progressioni di Carriera e assegnazione di mansioni superiori nel pubblico impiego: la permanenza di una disciplina speciale tra esigenze di tutela ed abusi della p.a.*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2005, 5, p. 839).

Anche la sentenza in commento aderisce all'orientamento secondo il quale laddove manchino i requisiti richiesti dalla legge per la legittima adibizione temporanea del lavoratore a mansioni superiori il dipendente avrà diritto alla corresponsione del trattamento retributivo corrispondente alla mansione di livello superiore ef-

fettivamente svolta (Tribunale di Perugia, 23 agosto 2005, in *il lavoro nella giurisprudenza*, 2006, I, p. 90).

2. — *Lo ius variandi nel rapporto di lavoro privato e nel pubblico impiego* — Nell'esercizio del proprio potere direttivo il datore di lavoro privato possiede il diritto potestativo di variare unilateralmente, a prescindere dal consenso del lavoratore, non solo la sede di lavoro, ma anche le sue mansioni.

Trattasi, però, di un potere che non può essere illimitato a rischio di pregiudizio di situazioni meritevoli di tutela giuridica in forza della quale sopraggiungono l'art. 2103 cod. civ. per il lavoratore privato e l'art. 52, d.lgs. n. 165/2001 per il pubblico impiego (Cfr. P. Alleva, *Lo ius variandi*, in *Il Lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche*, in F. Carinci e M. D'Antona, diretto da, *Commentario*, II, Giuffrè, Milano, 2000, p. 1527).

Tali norme rappresentano la linea di confine della mobilità endoaziendale oltre la quale una variazione unilaterale delle mansioni svolte dal lavoratore non potrà che dirsi illegittima e foriera della violazione di diritti soggettivi tutelati *ex lege* e meritevoli di un intervento risanatore della giurisprudenza o per ripristinare lo *status quo ante*, nell'ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o per sanare una situazione consolidatasi, nel caso di assegnazione a mansioni superiori senza alcun riconoscimento economico e professionale.

Tale *ius variandi* è fortemente limitato nel pubblico impiego. Ciò per due motivi fondamentali: 1) la mobilità verticale interna è conseguenza dello sviluppo professionale o di concorsi selettivi; 2) nel pubblico impiego è necessario perseguire l'interesse pubblico nel rispetto delle sfere di competenza e delle attribuzioni stabilite dalla legge (si veda l'art. 97 Cost.).

La nuova previsione, quindi, introduce notevoli limitazioni al potere discrezionale della pubblica amministrazione di avvalersi delle prestazioni professionali del proprio dipendente garantendogli, così, una tutela a non vedere oltremodo utilizzata la propria professionalità sulla base di non meglio precisate esigenze della pubblica amministrazione.

3. — *Mansioni equivalenti e mansioni superiori* — Il lavoratore, sia esso pubblico o privato, può essere assegnato a mansioni equivalenti a quelle svolte (cd. mobilità orizzontale), può essere adibito a mansioni superiori solo in tassativi casi (cd. mobilità verticale migliorativa con maggiore rigidità per il pubblico impiego), ma non può mai espletare mansioni inferiori, fatti salvi alcuni casi particolari che ne giustificano l'adibizione (cd. mobilità verticale peggiorativa) (Cass. Civ., Sez. lav., 14 novembre 1984, n. 5770, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, fasc. 11).

Per delimitare il concetto di mansioni equivalenti la giurisprudenza ha proceduto sotto un duplice versante: quello oggettivo richiedendo che le mansioni iniziali e quelle di destinazione siano incluse nella stessa area professionale e salariale, e quello soggettivo, richiedendo che le mansioni siano professionalmente affini, cioè che si armonizzino con le capacità professionali già acquisite durante il rapporto di lavoro, consentendone ulteriori affinamenti e sviluppi e impedendo, al contrario, qualsiasi degrado o mortificazione della persona del dipendente. In tale ottica equivalenza non significa identità di mansioni, perché al lavoratore può essere chiesto di utilizzare l'espe-

rienza pregressa in una distinta funzione esercitando compiti diversi che consentano, insieme a una utilizzazione delle già acquisite capacità, un accrescimento della sua professionalità, garantendone una collocazione più qualificata nell'ambito della organizzazione produttiva (Cass. Civ., Sez. lav., 7 febbraio 1987, n. 1315. M. Borzaga, *Il concetto di equivalenza delle mansioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, pp. 276 ss.).

Quindi, mansioni equivalenti sono le mansioni affini alla professionalità acquisita dal lavoratore.

Per il dipendente pubblico il concetto di mansioni equivalenti è rimesso integralmente alla contrattazione collettiva così che il carattere dell'equivalenza, a differenza di quanto accade nel lavoro privato *ex art.* 2103 cod. civ., si individua sulla base dell'appartenenza delle nuove mansioni alla stessa classificazione professionale prevista dall'autonomia collettiva (Trib. Trieste, 13 agosto 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 2428).

Nell'ipotesi di mansioni superiori, invece, il lavoratore privato può esservi legittimamente adibito allorché vada sostituito un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro o quando tale adibizione avvenga per un periodo non superiore, in ogni caso, a tre mesi. Nel pubblico impiego la legittima adibizione a mansioni superiori ipotizza una vacanza di posto in organico e la necessità di sostituire altro dipendente assente ma con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Al di fuori di tali ipotesi, l'accertamento dell'effettiva e prolungata assegnazione non può che partire dalle declaratorie previste dalla contrattazione collettiva.

Se, però, nel rapporto di lavoro privato lo svolgimento di mansioni superiori fuori dei casi previsti dalla legge produce la cd. promozione automatica, nel rapporto di lavoro pubblico l'esercizio di mansioni superiori non attribuisce alcun diritto a una modifica dell'inquadramento né alla definitiva attribuzione del relativo trattamento economico (Cass. Civ., Sez. lav., 23 ottobre 1985, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 56).

4. — *Il riconoscimento delle mansioni superiori e le conseguenze economiche nel pubblico impiego* — Nel lavoro pubblico privatizzato, l'acquisizione della qualifica superiore avviene mediante concorso o sviluppo professionale, e ciò rappresenta anche il presupposto per il legittimo svolgimento in via ordinaria delle mansioni superiori.

L'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 precisa che per qualifica superiore, nel pubblico impiego, deve intendersi quella collocata dal sistema di inquadramento previsto dal contratto collettivo in un livello economico immediatamente superiore, escludendosi, così, la possibilità di accedere *per saltum* a qualifiche inquadrate in livelli ancora più alti e la legittimità di tale adibizione qualora ciò si dovesse verificare.

In ogni caso, l'art. 52 recepisce l'orientamento più rigoroso della giurisprudenza sviluppatasi intorno all'art. 2103 cod. civ., secondo cui l'assegnazione a mansioni superiori, per essere veramente tale, deve comportare lo svolgimento delle operazioni materiali di tali mansioni, nonché l'assunzione del livello di responsabilità e di autonomia tipico delle stesse; sarà poi necessario che, qualora il lavoratore continui a svolgere mansioni promiscue, le mansioni superiori siano prevalenti rispetto alle altre inferiori, nel senso della continuità, della rilevanza e dell'impegno temporale giornaliero (F. Buffa, *Il pubblico impiego privatizzato nella giurisprudenza*, La Tribuna, 2003, p. 823).

In mancanza di tali presupposti non si ha alcun diritto alla retribuzione superiore, a differenza di quanto accade nell'ipotesi in cui siano assenti gli elementi di cui al comma 1 dell'art. 52, ove l'adibizione a mansioni superiori è nulla, con con-

seguinte responsabilità, contabile e disciplinare, del dirigente che l'ha disposta se se ne dimostra il dolo o colpa grave.

In definitiva, l'adibizione del dipendente pubblico a mansioni superiori che non sia giustificata da uno sviluppo professionale o da prove selettive, e/o da obiettive e temporanee esigenze di servizio, sarà sempre nulla, e ciò non inciderà sull'inquadramento del lavoratore o sull'assegnazione di incarichi superiori. Unico diritto garantito è il riconoscimento del trattamento economico proprio della qualifica superiore per il periodo relativo allo svolgimento delle mansioni tipiche delle stesse, purché siano svolte in modo prevalente sia dal punto di vista quali-quantitativo che dal punto di vista temporale.

5. — *Conclusioni* — L'analisi sin qui condotta in merito alla disciplina delle mansioni e delle qualifiche in seno alla pubblica amministrazione permette di affermare che il binomio organizzazione del lavoro-professionalità è legato essenzialmente all'aspetto burocratico.

La funzione tipica dell'organizzazione amministrativa vincolata alla cura degli interessi collettivi e, quindi, generali coinvolge non solo la specializzazione delle competenze all'interno dei singoli uffici, ma anche il substrato materiale fondamentale all'espletamento dell'intera attività pubblica e, di conseguenza, tutti gli aspetti più significativi del rapporto di lavoro (Così A. Garilli, in *Profili dell'organizzazione e tutela della professionalità nelle pubbliche amministrazioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 101).

Dunque, pur se il potere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni possa dirsi strutturalmente identico a quello nelle imprese private, l'amministrazione è un soggetto intrinsecamente politico mosso dall'esigenza di perseguire interessi pubblici.

Per questo motivo nelle pubbliche amministrazioni la professionalità costituisce una zona di incontro tra le fonti del diritto pubblico e quelle del diritto privato, tra quelle legali e quelle tipiche dell'autonomia collettiva al fine di rendere la stessa funzionale alla produttività-efficienza, ma anche di tutelarla contro le possibili interferenze dell'apparato esecutivo e del potere politico.

È proprio per assolvere a tali compiti che è stata predisposta una disciplina speciale che regolando la professionalità preserva e tutela il dipendente dalle ingerenze della dirigenza politica nella scelta dei dipendenti e nelle carriere.

Sono questi, in definitiva, i motivi per cui la nuova disciplina in materia di qualifica e mansioni nel pubblico impiego, racchiusa nel d.lgs. n. 165/2001, prescrive il principio di accesso a ogni qualifica solo mediante concorso e/o prove selettive derogando all'art. 2103 cod. civ., e nello stesso tempo garantisce e tutela la professionalità del lavoratore che viene adibito a mansioni superiori.

Cora Biondini

*Specialista in Diritto sindacale, del lavoro e della previdenza sociale
nell'Università degli Studi di Macerata*

CONTROVERSIE DI LAVORO

CASSAZIONE, 10 luglio 2006, n. 15123, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, P.M. Matera (concl. conformi) – Cofra Srl (avv. Marini) c. R. A. (avv. Caroppo).

Controversie di lavoro – Incapacità a testimoniare – Art. 246 cod. proc. civ. – Interesse di mero fatto – Irrilevanza.

L'interesse che dà luogo a incapacità a testimoniare, a norma dell'art. 246 cod. proc. civ., è quello giuridico, personale e concreto, che comporta la legittimazione a proporre l'azione o a intervenire nel giudizio; nell'ipotesi in cui l'oggettiva situazione di fatto e la relativa (materiale) causa petendi, dedotta nella causa in cui la persona è chiamata a deporre, sia la stessa di quella dedotta nella distinta causa in cui la stessa persona è parte, sussiste un interesse di mero fatto del teste a una valutazione della situazione e alla conseguente decisione e non anche un interesse giuridico (fattispecie in tema di licenziamento collettivo, ove uno dei lavoratori licenziati è stato chiamato a deporre nella causa instaurata da altro lavoratore e fondata sull'oggettiva situazione aziendale posta a base di licenziamento stesso). (1)

(Omissis)

Con ricorso al Tribunale di Trani R. A., sostenendo di aver lavorato alle dipendenze del calzaturificio Cofra Srl e di aver ricevuto, a conclusione della procedura di mobilità, lettera di licenziamento datata 16 marzo 2000, chiese che il giudice adito dichiarasse nullo o inefficace o illegittimo il licenziamento per la violazione di criteri di scelta dei mobilitandi, nonché per la violazione del principio di buona fede, e condannasse la Società alla reintegrazione nel posto di lavoro, con ogni conseguenza di legge.

Il Tribunale di Trani accolse la domanda, limitando la condanna alla somma corrispondente a sei mensilità.

Con sentenza del 23 dicembre 2003, la Corte d'Appello di Bari respinse l'appello proposto dalla Società, e, accogliendo l'appello incidentale pro-

posto dal lavoratore, condannò la Società al pagamento delle retribuzioni globali di fatto dal licenziamento alla reintegrazione.

Afferma il giudicante, per quanto giunge in sede di legittimità, che:

1. Secondo il principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità, ove il personale in esubero sia collocato in un unico reparto, e tuttavia svolga mansioni identiche a quelle svolte in altri reparti, la limitazione dei criteri di scelta all'ambito di tale reparto è illegittima;

2. Ancora su un piano generale, quando il teste chiamato a deporre abbia nella controversia un interesse di mero fatto (qual è l'interesse a veder decisa in un certo modo la causa pendente in quanto identica a quella vertente fra lui e il soggetto che sia parte del giudizio), non vi è violazione dell'art. 246 cod. proc. civ.

(*Omissis*)

Motivi della decisione

1. Denunciando per l'art. 360 cod. proc. civ., nn. 3, 4, 5, violazione e falsa applicazione dell'artt. 90 ss. cod. proc. civ., artt. 112, 126, 130, 156, 246, 273, 274, 345, 436, cod. proc. civ., nonché degli artt. 1175, 1375, 2118 e 2697 ss. cod. proc. civ., nonché della legge 15 luglio 1966, n. 604, artt. 1 e 3, nonché della legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, nonché della legge 23 luglio 1991, n. 223, artt. 4, 5 e 24, la ricorrente sostiene che:

1.1. Illegittimamente i giudici di merito (in primo e in secondo grado) avevano respinto la richiesta di riunione delle cause singolarmente instaurate dai 15 lavoratori licenziati, le quali avevano un oggetto non simile, né uguale (per cui è pur sempre obbligatoria la riunione *ex art.* 151 disp. att. cod. proc. civ.), bensì unico: resistenza e soppressione del reparto e caratteristiche tecniche del personale addettovi;

1.2. A causa della mancata riunione, i «testi» escussi (sette dei quindici ricorrenti), essendo parti in causa propria, per l'art. 246 cod. proc. civ. erano incapaci a deporre; il teste M., non licenziato, aveva un giudizio pendente con la Società, per differenze retributive; e dalla sua sola deposizione non emergono tutti i fatti che la sentenza deduce ponendoli alla base della decisione (in particolare la politica aziendale: la formazione di un operaio idoneo a essere adibito in ogni reparto in cui si fosse verificata qualche carenza di personale);

(*Omissis*)

2.2. È da aggiungere che, come affermato da questa Corte, la riunione di cause connesse di lavoro, disposta per identità delle questioni a norma dell'art. 151 disp. att. cod. proc. civ., non priva le persone (che rivestono la qualità di parte in alcune di esse e sono indotte come testimoni

in altre) della capacità di testimoniare sotto vincolo di giuramento (Cass. 20 novembre 1998, n. 11753).

E pertanto, la riunione delle cause connesse non rende, di per sé, inammissibile la testimonianza della persona (priva dell'interesse *ex art. 246 cod. proc. civ.*) che sia (nei limiti precedentemente indicati) parte, ove la sua testimonianza sarebbe stata, di per sé, ammissibile (per la carenza del predetto interesse) nella singola causa in cui il teste non è parte. E simmetricamente (come nel caso in esame) la mancata riunione non renderebbe ammissibile la testimonianza di una persona che avesse il preclusivo interesse previsto dalla legge (art. 246 cod. proc. civ.). Nel caso in esame, la mancata riunione delle cause non ha avuto alcun effetto sull'ammissibilità delle testimonianze.

L'interesse che dà luogo all'incapacità a testimoniare, a norma dell'art. 246 cod. proc. civ., è quello giuridico, personale, concreto, che comporta la legittimazione a proporre l'azione o a intervenire nel giudizio, sicché la circostanza che penda una diversa pur analoga controversia fra un teste e una delle parti in causa non vale a determinare la sussistenza di un interesse del teste nella causa nella quale deve deporre (Cass. 16 marzo 2003, n. 9652).

Ciò che differenzia l'interesse *ex art. 246 cod. proc. civ.* è la sua natura giuridica, che determina la legittimazione della persona ad agire o a intervenire in quello stesso giudizio in cui è chiamata a deporre. Nell'ipotesi in cui l'oggettiva situazione di fatto e la relativa (materiale) *causa petendi*, dedotta nella causa in cui la persona è chiamata a deporre, sia la stessa di quella dedotta nella distinta causa in cui la stessa persona è parte, sussiste un interesse di fatto del teste a una valutazione della situazione e alla conseguente decisione, non un interesse giuridico.

Tale è l'ipotesi in cui, nell'ambito d'un licenziamento collettivo, uno dei lavoratori licenziati sia chiamato a deporre nella causa instaurata da altro lavoratore e fondata sull'oggettiva situazione aziendale posta a base di licenziamento.

(*Omissis*)

(1) NOTE SULLA INCAPACITÀ A TESTIMONIARE

La sentenza in epigrafe della Suprema Corte di Cassazione affronta e risolve la tematica dell'incapacità a testimoniare *ex art. 246 cod. proc. civ.*, relativamente alla mancata riunione di cause connesse di lavoro.

Preliminarmente è opportuno soffermarsi brevemente sulla facoltà, riconosciuta al giudice, di riunione di cause di lavoro connesse per identità di questioni. Si parla di facoltà perché i provvedimenti di riunione e di separazione di cause costituiscono esercizio del potere discrezionale del giudice, hanno natura ordinatoria e si fondano su valutazioni di mera opportunità, con la conseguenza che essi non sono sindacabili in se-

de di legittimità e non comportano, per gli effetti che ne discendono sullo svolgimento dei processi (riunione o separazione degli stessi), alcuna nullità (Cass., Sez. I, 12 dicembre 2001, n. 15706).

Se il giudice dispone la riunione di cause connesse di lavoro per identità di questioni e non di *petitum* o di *causa petendi*, le persone che rivestono la qualità di parte in alcune di esse, e sono a un tempo indotte come testi di altre, non sono prive della capacità a testimoniare sotto vincolo di giuramento; infatti, la riunione delle cause connesse consente di interrogare liberamente persone che, per effetto di tale riunione, sono divenute parti e la loro testimonianza non è inammissibile poiché sussiste un interesse di fatto del teste e non un interesse giuridico *ex art. 246 cod. proc. civ.*, che da solo porterebbe alla esclusione della capacità a testimoniare.

Pertanto, la riunione di cause connesse di lavoro, disposta per identità delle questioni a norma dell'art. 151 disp. att. cod. proc. civ., non priva le persone (che rivestono la qualità di parte in alcune di esse e sono indotte come testimoni in altre) della capacità di testimoniare sotto vincolo di giuramento, ove la testimonianza sarebbe stata, di per sé, ammissibile (per la carenza del predetto interesse) nella singola causa in cui il teste non è parte. Simmetricamente, la mancata riunione non renderebbe ammissibile la testimonianza di una persona che avesse il preclusivo interesse previsto dalla legge (art. 246 cod. proc. civ.). Nel caso in esame, come afferma la Corte di Cassazione, la mancata riunione delle cause non ha avuto alcun effetto sull'ammissibilità delle testimonianze.

Soffermando l'attenzione sulla prova testimoniale nel processo civile, si afferma che essa rappresenta la dichiarazione di scienza effettuata da un soggetto che è terzo rispetto alle parti in causa e viene resa in modo orale e nel contraddittorio delle parti.

La testimonianza ha natura di prova liberamente valutabile; infatti, il giudice deve trarre dall'assunzione della prova stessa gli elementi per poter valutarne l'attendibilità, ed è evidente che ciò può accadere solo quando la dichiarazione sia resa in forma orale e nel contraddittorio, in modo che ciascuna parte possa contribuire all'individuazione e all'acquisizione degli elementi utili per valutarne l'attendibilità.

Non tutti possono deporre come testimoni. L'art. 246 cod. proc. civ. esclude coloro che hanno un interesse in causa che potrebbe legittimare la loro partecipazione al processo, coloro rispetto ai quali si sarebbe potuto realizzare il *simultaneus processus* *ex art. 103 cod. proc. civ.* L'incapacità a testimoniare *ex art. 246 cod. proc. civ.* è determinata soltanto da un interesse giuridico, attuale e concreto, che legittimerebbe, *ex art. 100 cod. proc. civ.*, la partecipazione del teste al giudizio. L'interesse che potrebbe legittimare la partecipazione al giudizio; va valutato in termini di partecipazione potenziale ed è individuabile nella titolarità di un rapporto giuridico dipendente da quello oggetto del giudizio, tale interesse è quello giuridico, personale e concreto, che comporta la legittimazione a proporre l'azione o a intervenire nel giudizio, sicché la circostanza che penda una diversa (pur analoga) controversia fra un teste e una delle parti in causa non vale a determinare la sussistenza di un interesse del teste nella causa nella quale deve deporre (Cass. 16 marzo 2003, n. 9652). L'interesse a partecipare al giudizio si identifica con l'interesse a proporre la domanda e a contraddirvi previsto dall'art. 100 cod. proc. civ., sicché deve ritenersi colpito da incapacità a testimoniare chiunque si presenti legittimato all'intervento in giudizio, senza che possa distinguersi tra legittimazione attiva e passiva, tra intervento volontario e intervento su istanza di parte.

In particolare, è incapace a testimoniare chi potrebbe essere chiamato dall'attore, in linea alternativa o solidale, quale soggetto passivo della stessa pretesa fatta valere contro il convenuto originario, nonché il soggetto da cui il convenuto originario potrebbe pretendere di essere garantito. La sussistenza di questa incapacità va valutata indipendentemente dalle vicende che rappresentano un *posterius* rispetto alla configurabilità di quell'interesse a partecipare al giudizio che determina l'incapacità stessa, con la conseguenza che la presenza di una fattispecie estintiva del diritto azionabile, quale la prescrizione o la transazione, non fa venir meno il coinvolgimento nel processo e non fa riacquistare l'incapacità a testimoniare (Cass. 3 aprile 1998, n. 3432; Cass. 17 luglio 2002, n. 10382, Cass. 23 ottobre 2002, n. 14963).

La sussistenza d'un interesse di mero fatto, invece, non porta all'esclusione della capacità a testimoniare, ma attiene unicamente all'attendibilità del teste. In altre parole, l'interesse di fatto influisce solo sulla veridicità della testimonianza (Cass. 21 agosto 2003, n. 12371).

Di conseguenza, la circostanza che penda una diversa (anche se analoga) controversia tra un teste e taluna delle parti in causa non vale a determinare la sussistenza d'un interesse dello stesso teste rilevante *ex art. 246 cod. proc. civ.*, nella causa in cui viene escusso, e non comporta quindi, di per sé, l'incapacità a testimoniare o l'inutilizzabilità della testimonianza assunta (Cass. 15 marzo 2004, n. 5232). Al di fuori delle tassative cause d'incapacità a deporre e dei divieti di testimoniare *ex art. 247 cod. proc. civ.*, ogni altra circostanza attinente a una delle parti in causa, che possa esercitare influenza sulla veridicità della deposizione, riguarda solo l'attendibilità del teste, il cui apprezzamento, attenendo alla valutazione delle prove, è riservato al giudice di merito, il quale adempie l'obbligo della motivazione dimostrando di aver tenuto presenti gli elementi addotti e di averli, sia pure riassuntivamente, valutati (Cass. 27 febbraio 2001, n. 2842). In una controversia di lavoro tra datore di lavoro e un suo dipendente possono essere sentiti come testimoni altri dipendenti, i quali abbiano instaurato, a loro volta, separati, analoghi giudizi nei confronti del comune datore di lavoro, atteso che costoro, in relazione alla controversia suddetta, abbiano un interesse di mero fatto, del quale il giudice può tenere conto nel valutare la loro attendibilità, e non un interesse giuridicamente rilevante che comporti la loro legittimazione principale a proporre l'azione, ovvero una legittimazione secondaria a intervenire in giudizio; interesse, quest'ultimo, che è l'unico che comporta l'incapacità a testimoniare *ex art. 246 cod. proc. civ.* (Cass., Sez. lav., 20 novembre 1998, n. 11753).

In quest'ordine di idee è stata ritenuta non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 421, comma 4, cod. proc. civ., sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., in quanto, a seguito della riunione delle cause connesse di lavoro imposta dall'art. 151 disp. att. cod. proc. civ., consentirebbe di interrogare liberamente persone che, per effetto dell'operata riunione, sono divenute parti, e come tali risultano prive della capacità a testimoniare ai sensi dell'art. 246 cod. proc. civ. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 64 del 1980, ha riconosciuto che la riunione di controversie connesse in materia di lavoro (e di previdenza e assistenza), disposta soltanto per identità di questioni (e non di *petitum* o di *causa petendi*), non priva le persone che rivestano la qualità di parte in alcune di esse, e siano a un tempo indotte come testi di altre, della capacità a testimoniare sotto vincolo di giuramento. Rientra nel prudente apprezzamento del giudice del lavoro valutare le deposizioni rese sotto

il vincolo di giuramento da coloro che siano stati sottoposti all'interrogatorio libero di parte previsto dall'art. 420, comma 1, cod. proc. civ.

Conformemente a quanto stabilito dalla Corte Costituzionale, da costante giurisprudenza e dalla sentenza in commento della Corte di Cassazione, si può affermare che l'interesse *ex art. 246* cod. proc. civ., che comporta l'incapacità a testimoniare, è soltanto quello giuridico, intendendosi per tale quell'interesse che determina la legittimazione della persona ad agire o a intervenire nello stesso giudizio in cui è chiamata a deporre.

L'interesse di mero fatto, che potrebbe essere quello di un lavoratore licenziato, all'esito della procedura di mobilità, che sia chiamato a deporre nella causa instaurata da altro lavoratore e fondata sulla oggettiva situazione aziendale posta a base del licenziamento stesso (fattispecie qui esaminata dalla S.C.), non esclude la capacità a testimoniare, e influisce soltanto sulla veridicità della stessa e sull'attendibilità del teste.

Mariangela Grasso
Avvocato

SICUREZZA SOCIALE

CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE, 25 gennaio 2007, causa C-278/05, Seconda Sezione – Pres. C. W. A. Timmermans, Rel. L. Bay Larsen, Avv. Gen. J. Kokott – C. M. Robins e altri c. Secretary of State for Work and Pensions.

Previdenza complementare – Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro – Direttiva n. 80/987/Cee – Attuazione – Art. 8 – Prestazioni di vecchiaia – Tutela dei diritti maturati – Ampiezza della tutela – Responsabilità di uno Stato membro per scorretta attuazione di una direttiva – Presupposti.

L'art. 8 della Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, n. 80/987/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, deve essere interpretato nel senso che, in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, il finanziamento dei diritti alle prestazioni di vecchiaia maturati non deve essere obbligatoriamente assicurato dagli Stati membri medesimi, né essere integrale.

L'art. 8 della Direttiva n. 80/987 osta a un sistema di tutela come quello messo in atto dal legislatore del Regno Unito: sistema che non assicura la tutela prescritta dalla direttiva e non realizza una trasposizione corretta dello stesso art. 8.

In caso di attuazione non corretta dell'art. 8 della Direttiva n. 80/987, la responsabilità dello Stato membro interessato è subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale. (1)

(Omissis)

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'art. 8 della Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980, n. 80/987/Cee, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla

tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro (*Gazz. Uff. Ce*, L 283, p. 23; in prosieguo: la «direttiva»).

2. Tale domanda è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la sig.ra R. e 835 altri iscritti a due regimi pensionistici privati professionali (in prosieguo, collettivamente: i «ricorrenti nel procedimento principale»), da un lato, e il *Secretary of State for Work and Pensions*, competente per il Regno Unito per le questioni di lavoro e previdenziali, dall'altro, in merito alla riduzione dei diritti alle prestazioni di vecchiaia dei detti ricorrenti a seguito dell'insolvenza del loro datore di lavoro.

Contesto normativo

La normativa comunitaria
(*Omissis*)

La normativa nazionale
(*Omissis*)

Procedimento principale

25. I ricorrenti nel procedimento principale sono *ex* dipendenti della società *Asw Limited*, sottoposta a liquidazione giudiziale con ordinanza 24 aprile 2003.

26. Essi erano iscritti a due regimi pensionistici finanziati da tale società, ovvero l'*Asw Pension Plan* e l'*Asw Sheerness Steel Group Pension Fund* (in prosieguo: i «regimi pensionistici»).

27. Entrambi tali regimi erano organizzati con le seguenti caratteristiche, comuni a tutti i regimi pensionistici privati basati sull'ultima retribuzione:

– le prestazioni, dette prestazioni «basate sull'ultima retribuzione», vengono calcolate in funzione di un coefficiente di crescita dei diritti a pensione, della retribuzione finale e della durata del servizio presso l'impresa di ciascun iscritto;

– gli iscritti contribuiscono con una percentuale della propria retribuzione, mentre il datore di lavoro è tenuto a contribuire nella misura necessaria ad assicurare il pagamento delle prestazioni, per la qual cosa regimi pensionistici di questo tipo vengono denominati «regimi di equilibrio dei costi»;

– la società datore di lavoro che finanzia tali regimi è legittimata ad annunciare la sospensione delle contribuzioni e la messa in liquidazione dei regimi;

– dal momento dell'apertura della liquidazione dei regimi pensionistici trovano applicazione le disposizioni dell'art. 75 del PA 1995, che parla di un obbligo di legge della società nei confronti dei detti regimi.

28. I regimi pensionistici venivano soppressi nel luglio 2002 e versano ora in liquidazione. I loro amministratori sono ormai obbligati a utilizzarne

gli attivi per assicurare le prestazioni agli iscritti secondo l'ordine di priorità stabilito dalle norme in materia di previdenza, come modificate dalla legge: prima le prestazioni agli iscritti che al momento della messa in liquidazione già percepivano prestazioni pensionistiche, poi, sempre che residuino risorse, le prestazioni ai lavoratori che a quello stesso momento non ricevevano ancora alcuna pensione.

29. Secondo i più recenti calcoli dei loro attuari, le risorse finanziarie dei regimi pensionistici non saranno sufficienti a soddisfare tutti i diritti degli iscritti e, di conseguenza, le prestazioni dei lavoratori non pensionati saranno ridotte.

30. Ritenendo che la normativa in vigore nel Regno Unito non assicurasse loro il livello di tutela prescritto all'art. 8 della Direttiva, i ricorrenti nel procedimento principale hanno intentato contro il governo del Regno Unito, nella persona del *Secretary of State for Work and Pensions*, un'azione di risarcimento danni.

31. Investita della controversia, la *High Court of Justice* (England & Wales), *Chancery Division*, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se l'art. 8 della [Direttiva] debba essere interpretato nel senso che esso obbliga gli Stati membri ad assicurare con tutti i mezzi necessari di finanziare integralmente essi medesimi i diritti acquisiti dai lavoratori subordinati a titolo di regimi di previdenza complementare, professionali o interprofessionali, basati sull'ultima retribuzione, qualora il datore di lavoro privato diventi insolvente e le risorse finanziarie di tali regimi siano insufficienti a finanziare le dette prestazioni.

2) In caso di soluzione negativa della questione *sub* 1), se i requisiti di cui all'art. 8 siano adeguatamente attuati da una legislazione come quella prima descritta, in vigore nel Regno Unito.

3) Nel caso in cui le disposizioni legislative del Regno Unito non siano conformi all'art. 8, quale criterio debba applicare il giudice nazionale per stabilire se la violazione del diritto comunitario sia sufficientemente qualificata da far sorgere un obbligo di risarcimento. In particolare, se il mero inadempimento basti a integrare una violazione sufficientemente caratterizzata o se debba esserci stato anche un grave e manifesto eccesso di potere legislativo da parte dello Stato membro oppure ancora se debbano essere applicati altri criteri e, se sì, quali».

Sulla prima questione

32. Con la prima questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 8 della Direttiva debba essere interpretato nel senso che, in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi pen-

sionistici complementari, professionali o interprofessionali, il finanziamento dei diritti alle prestazioni di vecchiaia maturati debba essere assicurato dagli Stati membri medesimi ed essere integrale.

Osservazioni presentate alla Corte

33. I ricorrenti nel procedimento principale sostengono che la struttura della Direttiva e la lettera del suo art. 8 pongono agli Stati membri un obbligo di risultato. Se necessario, i diritti maturati dovranno perciò essere integralmente finanziati da questi ultimi.

34. Secondo il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, l'Irlanda, il Regno dei Paesi Bassi e la Commissione delle Comunità europee, l'art. 8 della Direttiva non obbliga gli Stati membri a garantire la totalità dei diritti maturati dai lavoratori. Lascerebbe, invece, agli Stati membri un certo potere discrezionale.

Risposta della Corte

35. Si deve constatare che, a rigor di termini, l'art. 8 della Direttiva, enunciando solo, in via generale, che gli Stati membri «si assicurano che vengano adottate le misure necessarie», non impone ai detti Stati di finanziare essi medesimi i diritti alle prestazioni che la direttiva vuol vedere tutelati.

36. I termini adoperati lasciano agli Stati membri un certo potere discrezionale nella scelta del meccanismo da adottare ai fini di tale tutela.

37. Così, uno Stato membro può prevedere, per esempio, anziché un finanziamento da parte delle autorità pubbliche, un obbligo di assicurazione a carico dei datori di lavoro oppure l'istituzione di un organismo di garanzia di cui determinerà le modalità di finanziamento.

38. Quanto al livello di tutela richiesto dalla direttiva, si deve ricordare che, ai sensi del primo «considerando» di quest'ultima, le misure necessarie per tutelare i lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro devono essere adottate «tenendo conto della necessità di un equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità».

39. La direttiva tende, così, a conciliare gli interessi dei lavoratori subordinati con le necessità di uno sviluppo economico e sociale equilibrato.

40. Essa mira ad assicurare ai lavoratori subordinati un minimo comunitario di tutela in caso di insolvenza del datore di lavoro (sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, F. e a., *Racc.* p. I-5357, punto 3), fatte salve, conformemente al suo art. 9, le norme più favorevoli che gli Stati membri possano applicare o introdurre.

41. Il livello di tutela richiesto dalla direttiva per ciascuna delle garanzie specifiche che essa istituisce deve essere determinato con riferimento ai

termini utilizzati nella disposizione corrispondente, interpretati, all'occorrenza, alla luce delle dette considerazioni.

42. Per quanto riguarda la garanzia dei diritti alle prestazioni di vecchiaia a titolo dei regimi di previdenza complementare, l'art. 8 della Direttiva non può essere interpretato nel senso di esigere una garanzia integrale degli stessi.

43. Certo, al pari dell'art. 7, relativo ai regimi legali nazionali di sicurezza sociale, e a differenza degli artt. 3 e 4 della Direttiva, relativi ai crediti insoluti dei lavoratori, il detto art. 8 non prevede espressamente che gli Stati membri possano limitare il livello di tutela.

44. Tuttavia, l'assenza di indicazioni esplicite in tal senso non significa di per sé, indipendentemente dal tenore della disposizione considerata, che il legislatore comunitario intendeva obbligare a garantire la totalità dei diritti a prestazione.

45. A tale riguardo si deve constatare che, limitandosi a prescrivere in termini generali l'adozione delle misure necessarie per «tutelare gli interessi» delle persone coinvolte, l'art. 8 della Direttiva conferisce agli Stati membri, ai fini della determinazione del livello di tutela, un ampio potere discrezionale che esclude un obbligo di garanzia integrale.

46. La prima questione va dunque risolta dichiarando che l'art. 8 della Direttiva deve essere interpretato nel senso che, in caso di insolvenza del datore di lavoro e di insufficienza delle risorse dei regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, il finanziamento dei diritti alle prestazioni di vecchiaia maturati non deve essere obbligatoriamente assicurato dagli Stati membri medesimi, né essere integrale.

Sulla seconda questione

47. Con la seconda questione pregiudiziale il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'art. 8 della Direttiva osti a un sistema di tutela come quello oggetto del procedimento principale.

Osservazioni presentate alla Corte

48. I ricorrenti nel procedimento principale fanno valere che, ad applicare il sistema nazionale in causa, i diritti a prestazione possono subire riduzioni fino all'80%. Un sistema siffatto priverebbe l'art. 8 della Direttiva di ogni significato pratico. Le disposizioni adottate non permetterebbero un'attuazione adeguata della direttiva.

49. Il Regno Unito ritiene che i diversi elementi del sistema oggetto del procedimento principale, descritti ai punti 10-24 della presente sentenza, siano sufficienti ad assicurare il livello minimo di tutela richiesto dall'art. 8 della Direttiva.

50. Aggiunge che dal 1° settembre 2005 è attivo un regime di assistenza finanziaria, il *Financial Assistance Scheme* (in prosieguo: il «Fas»), istituito in applicazione dell'art. 286 del PA 2004 e delle *Financial Assistance Scheme Regulations 2005* (SI 2005/1986). Esso presterebbe assistenza a taluni iscritti a regimi pensionistici in caso di insolvenza del datore di lavoro. Sarebbe applicabile ai regimi pensionistici professionali messi in liquidazione tra il 1° gennaio 1997 e il 5 aprile 2005 e integrerebbe le prestazioni di vecchiaia fino a circa l'80% dell'importo previsto.

51. Anche per l'Irlanda e il Regno dei Paesi Bassi disposizioni come quelle adottate dal Regno Unito costituiscono un'attuazione adeguata della direttiva.

52. La Commissione ritiene che, nei confronti dei ricorrenti nel procedimento principale, il sistema esistente non abbia impedito riduzioni sostanziali dei diritti. Una situazione, questa, che sarebbe difficilmente conciliabile con l'obiettivo perseguito dall'art. 8 della Direttiva.

53. Sarebbe difficile stabilire con precisione il livello di tutela che tale disposizione impone. Non di meno la tutela di cui beneficiano i ricorrenti nel procedimento principale non sarebbe sufficiente.

Risposta della Corte

54. Da informazioni incontestate del fascicolo risulta che due dei ricorrenti nel procedimento principale percepiranno, rispettivamente, solo il 20 e il 49% delle prestazioni cui avevano diritto.

55. In mancanza di un obbligo di garanzia integrale dei diritti a prestazione, si deve ricercare il livello minimo di tutela prescritto dalla direttiva.

56. È evidente che, a differenza degli artt. 3 e 4 della Direttiva, i cui termini permettono, nonostante il potere discrezionale lasciato agli Stati membri, di determinare la garanzia minima richiesta relativamente ai diritti non pagati dei lavoratori (vedi sentenza F. e a., cit., punti 18-20), né l'art. 8, né altre disposizioni della Direttiva contengono elementi che permettano di stabilire con precisione il livello minimo di tutela dei diritti a prestazione a titolo di regimi di previdenza complementari.

57. Pure, per come il legislatore comunitario ha espresso la sua volontà, si deve rilevare che disposizioni nazionali suscettibili di condurre in talune situazioni a una garanzia delle prestazioni limitata al 20 o al 49% dei diritti che un lavoratore subordinato poteva far valere, vale a dire a meno della metà degli stessi, non possono essere considerate rispondenti alla nozione di «tutela» definita all'art. 8 della Direttiva.

58. Si osservi al riguardo che nel 2004, secondo dati non contestati comunicati dal Regno Unito alla Commissione:

– circa 65 000 iscritti a regimi pensionistici hanno subito perdite superiori al 20% delle prestazioni attese;

– circa 35 000 di loro, vale a dire quasi il 54%, hanno subito perdite superiori al 50% delle dette prestazioni.

59. Si deve perciò concludere che un sistema come quello messo in atto dal legislatore del Regno Unito non assicura la tutela prescritta dalla direttiva e non realizza una trasposizione corretta del suo art. 8.

60. Non inficia questa conclusione il fatto che dal 1° settembre 2005 sia attivo un regime come il Fas, per quanto questo sia applicabile alle procedure di liquidazione aperte tra il 1° gennaio 1997 e il 5 aprile 2005.

61. Infatti, come risulta da informazioni non contestate del fascicolo, il Fas:

– non si applica agli iscritti cui mancavano più di tre anni al collocamento in pensione alla data del 14 maggio 2004;

– giova soltanto a 11 000 circa degli 85 000 non pensionati iscritti ai regimi in parola, vale a dire a meno del 13% del totale.

62. La seconda questione va perciò risolta nel senso che l'art. 8 della Direttiva osta a un sistema di tutela come quello oggetto del procedimento principale.

Sulla terza questione

63. Con la terza questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se, in caso di non corretta attuazione dell'art. 8 della Direttiva, la responsabilità dello Stato membro interessato sorga per il solo fatto dell'infrazione al diritto comunitario o se, piuttosto, sia subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale.

Osservazioni presentate alla Corte

64. I ricorrenti nel procedimento principale fanno valere che, per considerare sufficientemente qualificata una violazione del diritto comunitario, è decisiva la violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro, dei limiti posti al suo potere discrezionale, nel senso della sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du pêcheur e Factortame (*Racc.* p. I-1029, punto 55), solo se tale Stato membro disponeva di un potere discrezionale ampio.

65. Essi sostengono che, nel caso di specie, l'art. 8 della Direttiva chiaramente imponeva allo Stato membro un obbligo di risultato. Il Regno Unito non avrebbe dunque avuto un ampio margine di discrezionalità.

66. Propongono di applicare il principio, enunciato dalle sentenze 23 maggio 1996, causa C-5/94, Hedley Lomas (*Racc.* p. I-2553, punto 28),

8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Dillenkofer e altri (*Racc.* p. I-4845, punto 25), e 18 gennaio 2001, causa C-150/99, Stockholm Lindöpark (*Racc.* p. I-493, punto 40), secondo il quale, se lo Stato membro interessato non si trova di fronte a scelte normative e dispone di un potere discrezionale considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, può bastare la semplice trasgressione del diritto comunitario per integrare una violazione sufficientemente qualificata.

67. Considerano, dunque, la non corretta attuazione dell'art. 8 della Direttiva una violazione sufficientemente qualificata per fondare la responsabilità dello Stato membro.

68. Il Regno Unito, l'Irlanda e la Commissione affermano che la responsabilità dello Stato membro è subordinata alla condizione, posta dalla sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., di una violazione grave e manifesta, da parte del detto Stato membro, dei limiti al suo potere discrezionale. Condizione che non sarebbe soddisfatta nel caso di specie.

Risposta della Corte

69. Secondo una giurisprudenza costante (vedi, in particolare, citate sentenze *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, punto 51, e *Hedley Lomas*, punto 25; sentenze 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, *Racc.* p. I-5123, punto 36, e 4 dicembre 2003, causa C-63/01, *Evans*, *Racc.* p. I-14447, punto 83), la responsabilità di uno Stato membro per i danni arrecati ai singoli da una violazione del diritto comunitario presuppone:

- che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli,
- che si tratti di violazione sufficientemente qualificata e
- che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

70. Quanto alla condizione di una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario, essa implica una violazione grave e manifesta da parte dello Stato membro dei limiti posti al suo potere discrezionale. Al riguardo, fra gli elementi da prendere in considerazione, vanno sottolineati il grado di chiarezza e di precisione della norma violata e l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali (sentenza *Brasserie du pêcheur e Factortame*, cit., punti 55 e 56).

71. Tuttavia, se lo Stato membro di cui trattasi non si trova di fronte a scelte normative e dispone di un potere discrezionale considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per integrare una violazione sufficientemente qualificata (vedi sentenza *Hedley Lomas*, cit., punto 28).

72. Così, il potere discrezionale dello Stato membro costituisce un criterio importante per stabilire l'esistenza di una violazione sufficientemente qualificata del diritto comunitario.

73. Tale potere discrezionale dipende in larga parte dal grado di chiarezza e di precisione della norma violata.

74. Per quanto riguarda l'art. 8 della Direttiva, dall'esame della prima questione risulta che esso, data la generalità dei suoi termini, conferisce agli Stati membri un ampio potere discrezionale al momento di determinare il livello di tutela dei diritti a prestazione.

75. Ne consegue che la responsabilità di uno Stato membro per non corretta attuazione di tale disposizione è subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale.

76. Per accertare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato (sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, *Racc.* p. I-10239, punto 54).

77. Fra tali elementi compaiono, in particolare, oltre al grado di chiarezza e di precisione della norma violata e all'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto e la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario (vedi citate sentenze *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*, punto 56, e Köbler, punto 55).

78. Nel caso di specie il giudice del rinvio dovrà tener conto del grado di chiarezza e di precisione dell'art. 8 della Direttiva riguardo al livello di tutela richiesto.

79. A tale proposito si deve sottolineare che né le parti del procedimento principale, né gli Stati membri che hanno presentato osservazioni, né la Commissione sono stati in grado di indicare con precisione il livello minimo di tutela richiesto, a loro avviso, dalla direttiva, per l'ipotesi in cui sia dichiarato che quest'ultima non impone una garanzia integrale.

80. Inoltre, com'è stato constatato al punto 56 della presente sentenza, né l'art. 8, né altra disposizione della Direttiva contengono elementi che permettano di stabilire con precisione il livello minimo di tutela richiesto per i diritti alle prestazioni.

81. Il giudice del rinvio potrà prendere in considerazione anche la relazione definitiva della Commissione 15 giugno 1995, COM(95) 164 def.

(non pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*), sul recepimento della Direttiva [n. 80/987] da parte degli Stati membri, la quale è stata invocata nelle osservazioni presentate alla Corte e in cui la Commissione aveva così concluso (p. 52): «Le varie misure [adottate dal Regno Unito] sembrano rispondere ai requisiti posti all'art. 8 [della Direttiva]». Infatti, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 98 delle conclusioni, una formulazione siffatta ha potuto, nonostante la sua prudenza, confortare lo Stato membro interessato nella sua posizione rispetto all'attuazione della direttiva.

82. La terza questione deve essere perciò risolta nel senso che, in caso di attuazione non corretta dell'art. 8 della Direttiva, la responsabilità dello Stato membro interessato è subordinata alla constatazione di una violazione grave e manifesta, da parte dello stesso, dei limiti posti al suo potere discrezionale.

Sulla richiesta di limitare nel tempo gli effetti della presente sentenza

83. Il Regno Unito e l'Irlanda hanno chiesto che, qualora la Corte adotti un'interpretazione della direttiva favorevole ai ricorrenti nel procedimento principale, vengano limitati nel tempo gli effetti della sentenza ai soli procedimenti instaurati prima della data della sua pronuncia.

Tenuto conto delle risposte offerte alle tre questioni sollevate, non vi è luogo ad accogliere tale domanda.

(*Omissis*)

(1) OBBLIGHI DEL LEGISLATORE NAZIONALE PER LA TUTELA DI POSIZIONI
DI PREVIDENZA COMPLEMENTARE A SEGUITO DI INADEMPIMENTO
DEL DATORE DI LAVORO INSOLVENTE

1. — *Fattispecie* — L'odierna decisione, a quel che consta, è la prima con la quale la Corte di Giustizia Ce è stata chiamata a individuare quale sia l'ambito di tutela, che ciascuno Stato aderente è chiamato ad apprestare, della posizione di previdenza complementare allorché il datore di lavoro, venendo meno al proprio obbligo, abbia omissis di versare la prescritta contribuzione al fondo di previdenza integrativo.

La concreta fattispecie, sulla quale si è radicato l'intervento del giudice comunitario, riguardava la posizione di un cospicuo numero di *ex* lavoratori di un'azienda inglese in liquidazione giudiziale.

Costoro erano iscritti a due fondi di previdenza integrativa finanziati dalla società; fondi soppressi antecedentemente alla messa in liquidazione del datore di lavoro.

Gli amministratori dei due fondi in questione, ormai in liquidazione, avevano utilizzato l'attivo di essi, garantendo, dapprima, le prestazioni agli iscritti che, al momento della messa in liquidazione del fondo, percepivano le prestazioni pensionistiche e, successivamente, sempre che fossero residue risorse, le prestazioni in fa-

vore di quei lavoratori che, al momento della liquidazione del fondo, non avevano ancora maturato il diritto alla percezione della pensione.

Nel caso di specie, sulla scorta di calcoli attuariali, era emersa l'insufficienza delle risorse dei due fondi di previdenza a pagare integralmente le prestazioni di entrambe le categorie di lavoratori, con la conseguenza che, per i lavoratori non ancora in pensione, la prestazione sarebbe stata certamente ridotta.

A fronte di tale situazione, il legislatore inglese appresta un sistema di tutela che prevede il versamento da parte di un organismo statale dei contributi dovuti al regime di previdenza integrativa e omissi dal datore di lavoro, distinguendo fra contributi dovuti dal datore di lavoro e contributi dovuti dal lavoratore.

Secondo la prospettazione dei lavoratori ricorrenti, l'applicazione di tale modello avrebbe potuto condurre, nel caso sottoposto all'esame del giudice britannico, a una riduzione delle prestazioni loro spettanti sino all'80%.

L'indagine compiuta dalla stessa Corte di Giustizia Ce sulla posizione di due dei ricorrenti, in considerazione dell'omissione contributiva, ha condotto al risultato che costoro avrebbero percepito l'uno il 20% e l'altro il 49% delle prestazioni pensionistiche.

La Corte, allargando poi l'analisi ai dati sul punto che, per l'anno 2004, aveva comunicato lo stesso Regno Unito, ha constatato che:

- ben 65.000 iscritti ai fondi di previdenza integrativa hanno subito perdite superiori al 20% delle prestazioni attese;
- «solo» 35.000 di questi, ovverosia il 54 per cento, hanno subito perdite superiori al 50% delle prestazioni attese.

A fronte di tale situazione la Corte era chiamata pertanto a verificare se:

- l'ordinamento comunitario ponesse a carico degli Stati membri, in sede di attuazione della Direttiva, l'obbligo di garantire l'integrale posizione di previdenza complementare;
- tale obbligo non esistesse, passare a individuare quale potesse essere la soglia di tutela al di sotto della quale non era possibile scendere da parte di ciascuno Stato;
- dalla non corretta attuazione della Direttiva potesse scaturire a carico del Regno Unito una sua responsabilità e in che termini.

Delineato sommariamente il quadro processuale all'interno del quale si muoveva il giudice comunitario e prima di verificare la risposta data dallo stesso alle questioni sottoposte al suo vaglio è opportuno prendere le mosse proprio dall'art. 8 della Direttiva.

2. — *La disciplina comunitaria* — La Direttiva del Consiglio della Comunità europea, del 20 ottobre 1980, n. 80/987, relativa alla tutela dei lavoratori subordinati in caso d'insolvenza del datore di lavoro (n. 80/987/Cee), all'art. 8 assegna agli Stati membri il compito di adottare le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori subordinati e quelli delle persone che hanno già lasciato l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro alla data dell'insorgere dell'insolvenza di quest'ultimo, per quanto riguarda i diritti maturati o i diritti in corso di maturazione, in materia di prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, previste dai regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, diversi dai regimi legali nazionali di sicurezza sociale.

La successiva Direttiva n. 2002/74/Ce, che modifica la Direttiva n. 80/987, non ha apportato alcuna modifica all'articolo 8.

La lettura della norma da parte della dottrina ha condotto la stessa ad affermare che non risulta chiaro in che misura e attraverso quali modalità la Direttiva imponga agli Stati membri di impegnarsi nella soddisfazione delle pretese maturate dai lavoratori nell'ambito dei regimi di previdenza integrativa (J. Lopez Gandia, *Previdenza integrativa*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, a cura di A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra, Bologna, Monduzzi, 1996, p. 564), ritenendo che una soluzione potesse individuarsi in un intervento statale indiretto; intervento che si attui attraverso la predisposizione di particolari condizioni fiscali e finanziarie, riservate a quei sistemi previdenziali complementari che si dimostrino in grado di garantire il perseguimento degli obiettivi posti dalla normativa comunitaria (*ibidem*).

Un'interpretazione, quanto più possibile corretta dal menzionato articolo, passa attraverso il suo coordinamento, quanto meno, con gli articoli contenuti nella medesima sezione e specificamente dedicati alla sicurezza sociale.

Il primo di tali articoli, il 6, riconosce in capo agli Stati membri la possibilità che, con riguardo alla contribuzione dovuta alla previdenza complementare, non si applichino le disposizioni dettate nei precedenti articoli 3, 4 e 5, ovverosia, per quel che riguarda l'odierna investigazione, il pagamento integrale dei diritti non pagati dal datore di lavoro ai propri lavoratori (art. 3, par. 1; anche se, si rammenti, lo stesso legislatore comunitario, al successivo art. 4, riconosce la possibilità di limitare tale obbligo, fissando però egli stesso limiti inderogabili).

Il successivo articolo 7 è dedicato alla sola previdenza obbligatoria, ponendo a carico degli Stati membri l'obbligo di porre in essere le misure necessarie a che – nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, antecedentemente all'insolvenza, non abbia provveduto al pagamento della contribuzione obbligatoria dovuta – non siano lesi i diritti alle prestazioni dei lavoratori danneggiati dall'inadempimento del datore di lavoro, nella misura in cui la contribuzione sia stata trattenuta sui salari versati.

Delineato, in prima battuta e con riserva di tornare sull'interpretazione nelle pagine successive del presente scritto, il quadro legislativo di riferimento può ora passarsi a verificare come la Corte abbia risposto ai quesiti sottoposti.

3. — *Soluzione della Corte di Giustizia Ce* — Con riguardo all'obbligo o meno di una tutela integrale della posizione di previdenza complementare, nell'ipotesi che il datore di lavoro, divenuto insolvente, non abbia provveduto a pagare la contribuzione dovuta al fondo integrativo, la Corte di Giustizia Ce ha ritenuto, andando di contrario avviso alle conclusioni dell'Avvocato Generale, che la Direttiva non preveda un obbligo a carico degli Stati membri di finanziare direttamente i diritti alle prestazioni oggetto di tutela. Nel caso di specie i ricorrenti chiedevano che il Regno Unito garantisse loro il finanziamento integrale delle pensioni di vecchiaia loro spettanti, constatata l'insufficienza della provvista da parte dei fondi di previdenza.

I giudici comunitari hanno ritenuto l'insussistenza di tale obbligo, in quanto da un'interpretazione letterale dell'art. 8 ne discende il riconoscimento in capo agli Stati membri di un potere discrezionale nell'individuazione del modello di tutela da adottare.

Tale discrezionalità, sempre secondo la Corte, può condurre lo Stato a prevedere, alternativamente:

- a) un finanziamento da parte dello stesso Stato;
- b) un obbligo di assicurazione a carico dei datori di lavoro;
- c) l'istituzione di un organismo di garanzia di cui determinerà le modalità di finanziamento.

Con riguardo poi al livello di tutela da assicurare, la Corte ritiene che non si possa interpretare l'art. 8 nel senso di esigere una garanzia integrale delle prestazioni di vecchiaia, nonché, si aggiunga, delle prestazioni di reversibilità, avendo riconosciuto il menzionato art. agli Stati membri, ai fini della determinazione del livello di tutela, un ampio potere discrezionale che esclude un obbligo di garanzia integrale.

Secondo la Corte pertanto il finanziamento dei diritti alle prestazioni di vecchiaia, nonché a quelle ai superstiti, non deve essere obbligatoriamente assicurato dallo Stato, né, il che è più rilevante economicamente, deve essere integrale, ovvero sia garantire l'importo della prestazione di previdenza complementare, come se non vi fosse stato inadempimento da parte del datore di lavoro insolvente.

La seconda delle soluzioni accolte dalla Corte è opposta a quella fatta propria dall'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate il 13 luglio 2006.

L'Avvocato Generale, infatti, aveva ritenuto che oggetto della tutela apprestata dall'art. 8 fosse l'interesse dei lavoratori al pagamento dei loro diritti pensionistici in caso di insolvenza del datore di lavoro.

L'interesse dei lavoratori, a sua volta, era costituito, sempre secondo l'Avvocato Generale, dall'interesse economico all'adempimento dei diritti alla pensione professionale pattuita e questo interesse economico tendeva all'adempimento integrale dei trattamenti pensionistici concordati.

La soluzione accolta dai giudici comunitari, con riguardo all'ambito di tutela pecuniario della posizione di previdenza complementare del lavoratore, in ipotesi di insolvenza del suo datore di lavoro, lascia inappagati, se poi si pone in connessione la medesima soluzione con la risposta al successivo quesito; risposta, quest'ultima, che lascia irrisolta l'individuazione della soglia minima e inderogabile di tutela, che deve essere, in ogni caso, apprestata da tutti gli Stati membri.

4. — *Soluzione interpretativa* — Si deve ritenere che una lettura della disposizione, ancorché condotta, come fatto dai giudici comunitari (contrariamente all'operazione ermeneutica condotta dall'Avvocato Generale che ha posto la norma in connessione con tutte le disposizioni comunitarie che, *a droit constant*, hanno quale fine proprio la tutela della posizione di previdenza complementare dei lavoratori), esclusivamente all'interno della Direttiva n. 80/987/Ce, possa garantire, comunque, una reale tutela delle posizioni di previdenza complementare dei lavoratori danneggiati dal mancato versamento della contribuzione da parte del datore di lavoro insolvente.

Prendendo le mosse dal fine perseguito dal legislatore comunitario con la Direttiva n. 80/987/Ce, si può affermare che se è vero che la Direttiva in questione ha quale obiettivo la tutela delle posizioni di previdenza complementare solo

nell'ipotesi di insolvenza del datore di lavoro, è altrettanto vero che, dopo l'anno 1980, il legislatore comunitario ha avuto occasione di intervenire sulla materia, con disciplina a più ampio respiro, dapprima con la Direttiva n. 98/49/Ce del Consiglio del 29 giugno 1998 relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità, successivamente con la Direttiva n. 2003/41/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali.

Infine, in questo quadro, si devono rammentare, anche se si tratta di legislazione in costruzione, il progetto di risoluzione legislativa del Parlamento sulla proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al miglioramento della trasferibilità dei diritti a pensione complementare, la relazione alla proposta medesima, nonché la risoluzione legislativa del Parlamento del 26 giugno 2007 sulla medesima proposta.

Questo complesso reticolato legislativo deve essere ormai letto unitariamente per garantire una tutela a tutto tondo della posizione di previdenza complementare; posizione che, come acutamente rilevato dall'Avvocato Generale, non può che avere l'interesse economico del lavoratore a una tutela integrale della propria posizione previdenziale, pena un allontanamento del lavoratore medesimo da tali forme di previdenza e, a medio e lungo termine, il sorgere di un problema socio-economico, di non poco conto, connesso proprio a pagamenti, a dir poco, insufficienti di prestazioni pensionistiche integrative.

Altrove, nelle pagine dedicate all'interpretazione della Direttiva in tema di trasferibilità della posizione previdenziale in ambito comunitario (Si tratta della Direttiva n. 98/49/Ce del Consiglio del 29 giugno 1998), si è ritenuto di potere affermare che, alla luce del complesso reticolato legislativo apprestato dalla Comunità, la tutela del lavoratore, in ambito comunitario, non appare più strumentale alla realizzazione di un risultato economico, ma è il fine stesso dell'azione politico-giuridica della Comunità, rappresentando uno di quei diritti fondamentali che la Comunità medesima è chiamata a tutelare al suo interno, e a verificare la sua compiuta e completa tutela all'interno di ognuno degli Stati membri.

La stessa Corte di Giustizia Ce ha corroborato, da parte sua, il *trend* legislativo così riassunto, e ha costantemente affermato che la tutela dei lavoratori costituisce «ragione imperativa d'interesse generale».

Orbene se, all'interno della Comunità, la tutela dei diritti del cittadino europeo e, nella nostra materia, del cittadino-lavoratore è da annoverare fra i diritti fondamentali della persona, ne discende nel nostro campo che, proprio per il raggiungimento di questo obiettivo, è necessario garantire non, come fatto dalla Corte, la tutela in astratto della posizione di previdenza complementare, in caso di inadempimento del datore di lavoro, bensì la tutela in concreto della summenzionata posizione, garantendo al lavoratore subordinato, qualunque sia il comportamento del datore di lavoro insolvente, la percezione del trattamento di previdenza complementare nella misura spettantegli, come se non vi fosse stata alcuna copertura contributiva.

Chiarito che una lettura, il più possibile completa e soddisfacente, del dato legislativo da interpretare, art. 8, dovrebbe essere il frutto, anche, di una connessione dello stesso con tutti i dati legislativi compresenti nell'ordinamento e tesi, an-

ch'essi, alla tutela delle posizioni di previdenza complementare dei lavoratori della Comunità europea, è opportuno, seguendo il modello utilizzato dai giudici comunitari, prospettare, innanzitutto, un'ipotesi interpretativa che trovi la sua ragion d'essere solo all'interno della Direttiva di riferimento, destinata, come noto, a disciplinare la tutela della posizione del lavoratore in ipotesi di insolvenza del suo datore di lavoro.

La Direttiva n. 80/987, nel primo «Considerando», riconosce la necessità di tutelare le posizioni dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, in particolare per garantire loro il pagamento dei diritti non pagati e tenendo conto della necessità di un equilibrato sviluppo economico e sociale della Comunità.

Nel secondo e terzo «Considerando» si prende atto che «tra gli Stati membri sussistono differenze per quanto riguarda l'entità della protezione dei lavoratori subordinati e che occorre tendere alla riduzione di tali differenze, che possono ripercuotersi direttamente sul funzionamento del mercato comune e che si deve incoraggiare il ravvicinamento nel progresso delle legislazioni in materia, ai sensi dell'art. 117 del Trattato» (Ora, nella versione consolidata, art. 136).

Questo articolo del Trattato, a sua volta, al primo paragrafo, nel richiamare i diritti sociali fondamentali quali quelli definiti dalla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, prevede che la Comunità e gli Stati membri hanno come obiettivi la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione (In generale, sulla politica sociale della Comunità si veda: R. Foglia, *La politica sociale nell'ordinamento comunitario*, in A. Tizzano, a cura di, *Il diritto dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, Giappichelli, vol. XXVI, t. 2°, 2000, pp. 807-832).

A loro volta, i testi richiamati, dispongono:

– la Carta sociale europea (nel testo in vigore e fatto proprio dalla legislazione italiana con legge 9 febbraio 1999, n. 30), nella prima parte, l'obbligo a carico delle Parti contraenti di porre in essere qualsiasi mezzo atto a garantire l'esercizio effettivo dei diritti e dei principi riguardanti, fra l'altro: a) il diritto a tutti i lavoratori a un'equa retribuzione, che assicuri a loro e alle loro famiglie un livello di vita soddisfacente (n. 4); b) il diritto alla sicurezza sociale di tutti i lavoratori e dei loro aventi diritto (n. 12);

– il successivo art. 12 disciplina il versante della sicurezza sociale, fissando l'impegno a carico delle Parti contraenti, fra l'altro: a) a stabilire o a mantenere un regime di sicurezza sociale; b) a mantenere il regime di sicurezza sociale a un livello soddisfacente; c) a prendere provvedimenti, mediante accordi bilaterali o multilaterali, per assicurare l'eguaglianza di trattamento tra i lavoratori nazionali di ciascuna delle Parti contraenti e i cittadini delle altre per ciò che riguarda i diritti della sicurezza sociale, ivi compresa la conservazione dei vantaggi accordati dalle legislazioni di sicurezza sociale, quali che possano essere gli spostamenti che le persone protette potranno effettuare nell'ambito dei territori delle Parti contraenti;

– la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, nel paragrafo intitolato «Terza età», prevede che, secondo le modalità specifiche di ciascun paese, ogni lavoratore della Comunità europea deve poter beneficiare al momento della pensione di risorse che gli garantiscano un tenore di vita dignitoso (n. 24).

Una prima valutazione di tale reticolato legislativo, espressamente richiamato dalla Direttiva in commento, conduce a ritenere che:

– la garanzia del pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori debba prevalere, quale regola generale, sull'equilibrato sviluppo economico e sociale nella Comunità;

– l'equilibrato sviluppo, ogni qual volta entra in conflitto con il raggiungimento dello scopo primario fissato dalla Direttiva, diviene recessivo e non può costituire, come fatto dai giudici comunitari, metro di riferimento esclusivo, quando già dalla lettura del primo «Considerando» traspare che tale elemento deve essere considerato all'interno dello scopo da raggiungere e non quale elemento atto a sacrificare il medesimo;

– la Carta comunitaria prevede un obbligo di tutela nei confronti dei cittadini comunitari, che non lavorano più, finalizzato a garantire loro una pensione tale da garantire un tenore di vita dignitoso;

– se si pone mente locale agli odierni sistemi di previdenza, comprendendo in tale espressione l'erogazione di una prestazione pensionistica a carico del sistema pubblico e a carico del fondo integrativo, gli stessi non garantiscono un trattamento pensionistico pari all'ultima retribuzione, ma, nel migliore dei casi, un trattamento pensionistico globale inferiore di almeno il 30% della retribuzione;

– si deve ritenere che la misura del trattamento, così individuata, all'interno di ciascuno Stato membro costituisca il minimo inderogabile, al di sotto del quale non si può scendere, e che garantisca al pensionato un tenore di vita dignitoso;

– ogni qual volta si ha un inadempimento del datore di lavoro che comporti un abbassamento del trattamento pensionistico scaturente dalla previdenza privata, ne scaturisce pertanto un abbassamento del trattamento globale della prestazione pensionistica al di sotto di quel che, fissato legislativamente, rappresenta lo zoccolo duro di tutela previdenziale teso a garantire un tenore di vita dignitoso.

All'interno di questo quadro di riferimento, che è parte integrante della Direttiva in tema di insolvenza del datore di lavoro, si deve pertanto procedere nell'interpretazione della Direttiva medesima (Sulla quale, da ultimo, in generale e con riguardo agli aspetti di ricezione della medesima in ambito italiano, in specie con riferimento alla tutela dei crediti di lavoro: R. Foglia, *La direttiva sull'insolvenza del datore di lavoro*, in Aa.Vv., *Il diritto dell'Unione europea*, op. cit., pp. 890-902).

La Sezione I, intitolata «Campo d'applicazione e definizioni», all'articolo 1, primo paragrafo, individua il proprio ambito di applicazione, fra l'altro, nei diritti dei lavoratori subordinati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro, esistenti nei confronti dei datori di lavoro che si trovano in stato di insolvenza.

Ancora, per quel che riguarda la nostra indagine, il paragrafo 2, del successivo art. 2, afferma che sé medesima non pregiudica il diritto nazionale per quanto riguarda la definizione dei termini «lavoratore subordinato», «datore di lavoro», «retribuzione», «diritto maturato» e «diritto in corso di maturazione».

Quest'ultima norma lascia pertanto libero il legislatore ma, allo stesso tempo, non può riconoscere al legislatore nazionale un potere che conduca alla palese violazione della disposizione comunitaria, ma, piuttosto, dovendosi intendere questa libertà come potere di miglioramento della stessa e di specificazione della medesima.

Dalla prima sezione può passarsi alla terza e ultima sezione, specificamente dedicata alla sicurezza sociale (Su questa, sin da ora, si veda: E. Gonzales Biedma, *Insolvenza del datore di lavoro*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, op. cit., pp. 331-332).

Il primo degli articoli della sezione contiene la possibilità che gli Stati membri, nel tutelare le posizioni dei lavoratori afferenti alla sicurezza sociale, possano derogare alle regole contenute negli articoli della precedente Sezione II, sezione destinata a disciplinare gli organismi di garanzia che assicurano il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati.

Rilevante in tale seconda Sezione è l'articolo 4, che – derogando alla principio generale fissato dall'art. 3, di pagamento integrale dei summenzionati diritti –, consente agli Stati membri di limitare l'ambito di tutela apprestato dagli organismi di garanzia ma, contestualmente, al successivo paragrafo 2, fissa i limiti minimi di tutela a cui gli Stati membri devono attenersi.

L'articolo 7, il secondo della Sezione terza, pone a carico degli Stati membri l'obbligo di adottare tutte le misure necessarie per garantire che il mancato pagamento della contribuzione obbligatoria da parte del datore di lavoro, poi divenuto insolvente, non leda i diritti alle prestazioni dei lavoratori subordinati nei confronti degli enti pubblici di previdenza nella misura in cui i contributi salariali siano stati trattenuti sui salari versati.

La disposizione riguarda esclusivamente la contribuzione obbligatoria e appresta una garanzia sul versante delle prestazioni erogate dalla previdenza pubblica anche in ipotesi di omessa contribuzione.

Si osservi però che la tutela pare riguardare le prestazioni erogate ai lavoratori nel corso del rapporto lavorativo, nulla disponendo allorquando le omissioni contributive riverberino i loro effetti sulle prestazioni pensionistiche da erogare alla fine del rapporto lavorativo.

Tale ricostruzione trova ulteriore corroborazione se si pone a raffronto l'articolo 7 con il successivo art. 8; disposizione, questa, dove accanto ai lavoratori subordinati si fa menzione delle persone che hanno già lasciato l'impresa, dovendosi in quest'ultima espressione comprendere i lavoratori che, per qualsiasi motivo, hanno cessato il rapporto di lavoro, ivi compresi quelli che hanno raggiunto il limite di età per fruire di trattamento pensionistico.

L'interpretazione letterale, si rilevi quella usata dal giudice comunitario nell'annotata sentenza, conduce pertanto:

– da un verso, ad affermare che l'art. 7 tutela solo le prestazioni di previdenza obbligatorie erogate durante il rapporto di lavoro e giammai le prestazioni di previdenza obbligatoria, ovvero sia le pensioni, erogate con la cessazione del rapporto di lavoro;

– da altro verso, ad affermare che l'art. 8 tutela le posizioni attive (Sul perché di quest'espressione si vedrà *infra*) non solo dei lavoratori, ma anche di coloro che hanno lasciato l'impresa.

Detto questo si deve proseguire nell'indagine e, per progressive approssimazioni, tentare di dare un significato il più possibile coerente a quanto dettato nell'art. 8.

Questo parla di apprestamento di misure necessarie per la tutela degli «interessi» di due determinate categorie di soggetti, con riguardo ai diritti maturati o ai diritti in corso di maturazione in materia di prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti.

Il termine «interessi» si colora di un significato più pregante allorché lo si pone in connessione con le successive espressioni «diritti maturati» o «diritti in corso di maturazione» per ottenere la prestazione di vecchiaia o ai superstiti.

Il sostantivo «interesse» individua pertanto una precisa situazione giuridica di vantaggio in capo al lavoratore o all'*ex* lavoratore; situazione che sfocia o nell'erogazione di una prestazione pensionistica o nell'accreditamento della contribuzione sulla propria posizione di previdenza complementare che, alla fine dell'attività lavorativa, comporterà il pagamento della prestazione pensionistica corrispondente alla contribuzione versata e al rendimento della stessa.

Se si è in ogni caso davanti a una situazione giuridica di vantaggio si deve compiere un ulteriore passo in avanti e chiedersi in che cosa essa possa concretizzarsi.

In entrambe le ipotesi delineate dal legislatore la lesione immediata del diritto alla prestazione pensionistica erogata o da erogare passa attraverso l'omesso pagamento da parte del datore di lavoro della contribuzione previdenziale al fondo di previdenza integrativa sulla posizione del singolo lavoratore, comportando tale omissione una certa decurtazione della pensione al momento del pensionamento.

Se questa è la situazione che contraddistingue i fondi di previdenza non si può focalizzare l'attenzione al momento dell'erogazione della prestazione, affermando che solo in quel momento vi è lesione della posizione di previdenza del singolo lavoratore; in verità la lesione della menzionata posizione si ha nel momento in cui il datore di lavoro non paga la contribuzione e tale omissione si ripercuote nel prosieguo del rapporto di previdenza complementare perché comporta, immediatamente, una ridotta provvista da utilizzare per l'investimento finanziario, mediamente, al momento del pensionamento, il pagamento, quanto meno, di una prestazione pensionistica proporzionalmente ridotta di quei contributi *illo tempore* non pagati, e quindi che non è stato possibile investire e far fruttare nel lasso temporale intercorrente fra il momento in cui si sarebbero dovuti versare e il momento di nascita del diritto alla prestazione pensionistica.

Il legislatore comunitario, pertanto, allorché parla di diritti maturati o in corso di maturazione, non pone mente solo al fenomeno patologico che sta a valle del procedimento, ovverosia l'avvenuta o meno erogazione del trattamento pensionistico, ma altresì comprende anche l'interesse del lavoratore di vedere versata sulla propria posizione di previdenza complementare tutta la contribuzione spettantegli in forza del rapporto di lavoro.

Infatti, anche se la prestazione pensionistica è stata erogata e dopo si è verificata l'insolvenza del lavoratore, il danno maturato in capo al lavoratore è venuto in essere al momento del mancato pagamento della contribuzione; mancato pagamento che è maturato al momento dell'omissione contributiva ledendosi, *uno actu*, con atto a efficacia istantanea, che poi riverbera i suoi effetti sulla fattispecie di

durata rappresentata dal rapporto previdenziale, il diritto alla posizione integrale e integra di previdenza complementare.

Chiarito come opera l'omissione contributiva all'interno del rapporto di previdenza complementare, deve ora porsi tale omissione, e conseguente e successiva lesione del diritto alla prestazione pensionistica, in rapporto con la disciplina contenuta nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori.

Disciplina, questa, che, con riguardo alla tutela della «Terza età», vuole assicurare l'erogazione di una pensione che garantisca un tenore di vita dignitoso.

Il tenore di vita dignitoso con riferimento alla pensione, in questo momento storico, è il frutto della sommatoria legislativamente predefinita fra trattamento di previdenza obbligatoria e trattamento di previdenza complementare.

Ogni qual volta uno degli addendi si altera, comportando un abbassamento del trattamento pensionistico, si deve ritenere che lo Stato non assicuri al pensionato un tenore di vita dignitoso.

Orbene se tali sono i parametri di riferimento non può certamente affermarsi, come fatto dalla Corte di Giustizia Ce, che il tenore dell'art. 8 conferisce agli Stati membri, ai fini della determinazione del livello di tutela, un ampio potere discrezionale che esclude un obbligo di garanzia integrale.

L'obbligo di garanzia non può che essere integrale, intendendosi, con questo aggettivo, la garanzia che l'ordinamento statale appresta per il pagamento di un trattamento pensionistico nella misura dallo stesso prefissata e che rappresenta quella idonea a garantire un tenore di vita dignitoso.

Tale lettura del dato normativo comunitario trova, nel nostro ordinamento, uno addentellato costituzionale rappresentato dall'art. 38, comma 2, laddove riconosce in capo al lavoratore il diritto a che siano previsti e assicurati mezzi adeguati alle sue esigenze di vita, fra l'altro, in caso di vecchiaia.

I mezzi adeguati non possono che essere il frutto dei versamenti contributivi individuati nella misura prevista dallo stesso legislatore per la previdenza obbligatoria o dagli Statuti dei fondi per la previdenza integrativa; volendo esemplificare, la tutela della posizione di previdenza complementare certamente riguarderà il mancato versamento da parte del datore di lavoro, quanto meno, del trattamento di fine rapporto al fondo integrativo; trattamento che, nell'odierno sistema di previdenza complementare italiano, costituisce il minimo versamento da effettuare da parte del datore di lavoro e del lavoratore.

Si osservi che, a quel che consta, è proprio questa la strada imboccata dallo Stato italiano che, nel disciplinare il concreto operare del Fondo istituito ai sensi dell'art. 5 del decreto legislativo n. 80 del 27 gennaio 1992, ha previsto il completo ristoro dell'omissione contributiva compiuta dal datore di lavoro insolvente, garantendo pertanto al lavoratore danneggiato l'integrale copertura contributiva.

Se la lettura della Direttiva e, in specie, del suo art. 8 conduce a ritenere che il legislatore comunitario abbia garantito a tutti i lavoratori degli Stati membri una tutela reale ed effettiva delle proprie posizioni di previdenza complementare, in ipotesi di insolvenza del datore di lavoro che non abbia provveduto a pagare la contribuzione previdenziale dovuta al fondo integrativo, si deve ritenere che le ulteriori argomentazioni poste fuori da tale legislazione sono argomentazioni di tipo esterno: utili, ma non necessarie per l'accoglimento dell'ipotesi ermeneutica qui pro-

spettata; e, pertanto, per l'economia di questo scritto, è sufficiente l'accenno fatto nelle pagine precedenti al complesso reticolato normativo apprestato dalla Comunità a tutela dei lavoratori con riguardo alla loro posizione di previdenza complementare.

Confutata, nei limiti del presente scritto, la soluzione fatta propria dalla Corte di Giustizia Ce e ritornando alla medesima non può che osservarsi, sotto altro profilo, come il giudice comunitario, mentre da un verso ha riconosciuto, in astratto, in capo al singolo Stato il diritto-potere di introdurre una garanzia, il cui indice numerico si fissi al di sotto dell'importo della contribuzione previdenziale non versata dal datore di lavoro insolvente, allo stesso tempo, e da altro verso, puntando l'attenzione sulla concreta disciplina posta in essere dal legislatore anglosassone, ha ritenuto di potere affermare che la stessa non sia conforme alla disciplina dettata dall'art. 8 della Direttiva.

Questa risposta, al secondo dei quesiti sottopostile, lascia, se posta in connessione con la risposta data al primo dei quesiti, spiazzati. Infatti, da un verso, il giudice comunitario ritiene che non vi sia alcun obbligo in capo al legislatore nazionale di garantire l'intera posizione contributiva e, da altro verso, con riguardo alla legislazione nazionale sottoposta al suo vaglio conclude che la stessa violi il principio dell'art. 8.

Orbene, una volta che si afferma che non esiste una regola generale di aggancio della tutela della posizione previdenziale del lavoratore all'importo della contribuzione previdenziale omessa, il giudice comunitario non può logicamente affermare che la disciplina nazionale di specie viola i principi posti dall'art. 8 della Direttiva, senza però compiere un'opera di individuazione dei criteri generali in forza dei quali si può ritenere che una concreta disciplina si ponga in rotta di collisione con il menzionato articolo 8.

Questa necessaria e propedeutica operazione, per la corretta applicazione dell'art. 8 da parte dei singoli Stati membri, non pare essere stata compiuta dai giudici comunitari che hanno sostenuto la soluzione accolta sulla scorta di una non ben individuata espressa volontà del legislatore comunitario, sulla scorta della quale «si deve rilevare che disposizioni nazionali suscettibili di condurre in talune situazioni a una garanzia delle prestazioni limitata al 20 o al 49% dei diritti che un lavoratore subordinato poteva far valere, vale a dire meno della metà degli stessi, non possono essere considerate rispondenti alla nozione di "tutela" definita all'art. 8 della Direttiva» (punto 57).

La Corte, volendo lasciare mani libere al legislatore nazionale da un'ingerenza forte del legislatore comunitario posta a tutela della posizione di previdenza complementare del lavoratore subordinato, ha, in modo insoddisfacente, spostato la tutela a un livello più basso, ovvero alle modalità concrete di attuazione che della disposizione dell'art. 8 dà ciascuno Stato membro, con l'ovvio rischio che si sarà davanti a una minuta casistica di difficile riconduzione a unità, quanto meno sino a quando non vi sarà un congruo numero di decisioni sul punto, dalle quali sarà eventualmente possibile inferire regole da applicare ad altri casi.

Ciò nonostante, nell'esaminare la motivazione sottesa alla decisione in epigrafe, volendo tentare di estrapolare dalla stessa una regola a valenza generale, può forse affermarsi che con essa la Corte ha esplicitamente escluso, in ogni caso, la legitti-

mità di una legislazione nazionale che garantisca le prestazioni di previdenza complementare, in ipotesi di inadempimento del datore di lavoro insolvente, in una misura inferiore al 50% di quella che sarebbe spettata se non vi fosse stato inadempimento.

L'approdo, se vero, rimane comunque insoddisfacente sempre sulla scorta delle considerazioni brevemente esposte nel corso di questo scritto e se lo si pone, fra l'altro, in collegamento con il Parere del Comitato economico e sociale in merito al *Libro verde sui regimi pensionistici integrativi nel mercato unico* (in *Gazz. Uff. Ce*, 9 marzo 1998, n. 73, C-114).

Il Comitato, in questo parere, dapprima ricorda come il pagamento di pensioni adeguate a quanti hanno concluso la loro vita lavorativa è alla base della struttura sociale dell'Unione europea, si preoccupa, poi, soprattutto, che siano adottate misure appropriate per tutelare le aspettative dei cittadini europei di beneficiare in futuro di pensioni adeguate e riconosce la complementarità tra i regimi di sicurezza sociale degli Stati membri (primo pilastro) e i regimi pensionistici integrativi (secondo pilastro – regimi pensionistici professionali, e terzo pilastro – piani pensionistici personali basati principalmente su sistemi di assicurazione vita).

Se si pone mente a queste ultime affermazioni non si può, come fatto dai giudici comunitari, rifuggire dal fissare una regola generale forte che assicuri una tutela effettiva, completa e globale della posizione di previdenza complementare del lavoratore, senza dovere scendere all'esame della singola legislazione in materia al fine di verificare se, nel concreto, la stessa possa avere violato il dettato dell'art. 8.

Antonino Sgroi
Avvocato Inps in Roma

CASSAZIONE, 4 maggio 2007, n. 10214, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Picone – Ministero della salute (Avvocatura dello Stato) c. F. N. (avv. R. Maffei) – P. M. I. Patrone (concl. conf.).

Indennizzo ex legge n. 210/1992 – Contagio da HCV – Epatite cd. silente – Incidenza sulla capacità di produrre reddito – Mancanza – Diritto all'indennizzo – Spetta.

In virtù di una lettura costituzionalmente orientata (in relazione ai parametri generali fissati negli artt. 2 e 32 Cost.) della normativa di tutela contenuta nella legge n. 210 del 1992 riferita ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusione ed emoderivati, l'indennizzo previsto da tale legge in favore dei suddetti soggetti – avente carattere assistenziale e, perciò, non comparabile con il risarcimento del danno – è dovuto in tutti i casi di lesione permanente dell'integrità psico-fisica, cioè della salute come tale, indipendentemente dall'incidenza sulla capacità di produzione di reddito, con la conseguenza che deve essere riconosciuto il diritto a percepirlo anche da parte del soggetto affetto da contagio HCV (comportante sicuramente un danno permanente alla salute), pur senza sintomi e pregiudizi funzionali attuali, dovendosi intendere il richiamo alla tabella A annessa al d.P.R. n. 834 del 1981 quale prescrizione dei criteri di massima finalizzati alla liquidazione (Nella specie, la S.C., alla stregua dell'ennunciato principio, ha confermato l'impugnata sentenza di merito con la quale era stata riconosciuta la spettanza di detto indennizzo in favore di un soggetto che, a seguito di trasfusione, era rimasto affetto da cd. epatite silente, come tale determinante un danno permanente alla salute, anche in virtù del regime di vita che tale patologia cronica lo avrebbe costretto a osservare, rimanendo irrilevante in proposito il richiamo alla suddetta tabella allegata al d.P.R. n. 834 del 1981 operato dal ricorrente Ministero, influente invero ai soli fini dell'individuazione dei parametri di liquidazione dell'indennizzo stesso). (1)

(Omissis)

La Corte d'Appello di Firenze, con la sentenza sopra specificata, ha rigettato l'impugnazione del Ministero della salute e confermato la decisione del Tribunale di Arezzo, di accoglimento della domanda proposta da N. F. per l'accertamento del diritto all'indennizzo spettante ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, di cui alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, nella misura corrispondente all'ottava categoria della tabella A allegata al d.P.R. n. 834 del 1981.

La F. risultava affetta da HCV a seguito di trasfusione, ma senza sintomi e pregiudizi funzionali attuali (cd. epatite silente). Ad avviso del Ministero non sussisteva in questo caso il danno irreversibile richiesto per

il diritto all'indennizzo nella misura corrispondente alle categorie di cui alla tabella A allegata al d.P.R. n. 834/1981.

La tesi dell'Amministrazione appellante è stata disattesa dalla Corte di Firenze, sul rilievo che il diritto alla prestazione assistenziale si collega al fatto della lesione della salute, determinata dallo stato infettivo e indipendentemente dall'attualità di pregiudizi funzionali; ha aggiunto che, comunque, il pregiudizio dell'integrità fisica era rappresentato dal regime di vita che l'epatite costringeva a osservare (controlli ripetuti e alimentazione).

La cassazione della sentenza è domandata dal Ministero della salute con ricorso per unico motivo, al quale resiste con controricorso N. F.

Entrambe le parti hanno depositato memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

Motivi della decisione

Con l'unico motivo di ricorso è denunciata violazione e falsa applicazione dell'art. 1 della legge n. 210 del 1992, perché i danni irreversibili, necessari per l'attribuzione dell'indennizzo, devono rientrare nelle categorie di patologie previste dalle tabelle ministeriali e, quindi, nella specie, l'epatopatia attiva e non la semplice presenza del *virus* e la positività al *test*, in fattispecie nella quale era stata pacificamente accertata l'insussistenza di menomazione della funzionalità epatica, con valori enzimatici nei limiti della norma; si deduce che, non trattandosi di risarcimento del danno, erroneamente la sentenza impugnata aveva fatto riferimento al danno biologico, o alla vita di relazione, in contrasto con i principi desumibili dalla giurisprudenza costituzionale (decisioni nn. 307/1990, 118/1996, 27/1998 e 423/2000).

La Corte giudica il ricorso infondato.

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, della legge 25 febbraio 1992, n. 210, chiunque abbia riportato, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge o per ordinanza di una autorità sanitaria italiana, lesioni e infermità, dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, ha diritto a un indennizzo da parte dello Stato, alle condizioni e nei modi stabiliti dalla legge; lo stesso indennizzo spetta, ai sensi del comma 2, ai soggetti contagiati da infezioni da HIV a seguito di somministrazione di sangue e suoi derivati, nonché agli operatori sanitari che, in occasione e durante il servizio, abbiano riportato danni permanenti alla integrità psico-fisica conseguenti a infezione contratta a seguito di contatto con sangue e suoi derivati provenienti da soggetti affetti da infezione da HIV. Gli stessi benefici spettano, ai sensi del comma 3, a coloro che presentino danni irreversibili da epatiti post-trasfusionali.

Dispone l'art. 2, comma 1, della stessa legge: l'indennizzo di cui all'articolo 1, comma 1, consiste in un assegno, reversibile per quindici anni, de-

terminato nella misura di cui alla tabella B allegata alla legge 29 aprile 1976, n. 177, come modificata dall'articolo 8 della legge 2 maggio 1984, n. 111.

Secondo, infine, le previsioni recate dall'art. 4, gli organi tecnici competenti, nell'esprimere il giudizio sanitario sul nesso causale tra la vaccinazione, la trasfusione, la somministrazione di emoderivati, il contatto con il sangue e la menomazione dell'integrità psico-fisica o la morte, esprimono anche il giudizio di classificazione delle lesioni e delle infermità secondo la tabella A annessa al Testo Unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 dicembre 1978, n. 915, come sostituita dalla tabella A allegata al decreto del Presidente della Repubblica 30 dicembre 1981, n. 834 (comma 4).

Viene, quindi, richiamata la disciplina del trattamento pensionistico privilegiato ai fini della determinazione dell'indennizzo e, secondo la tesi dell'amministrazione ricorrente, il necessitato riferimento alla tabella A non consentirebbe di riconoscere l'indennizzo per le menomazioni di entità tale da non poter essere ascritte ad alcuna delle categorie previste nella suddetta tabella.

Essendo, infatti, escluso un qualsiasi riferimento alla tabella B, si dovrebbe dedurre che il legislatore abbia valutato introdurre una franchigia superiore a quella prevista dalle norme che disciplinano le infermità dipendenti da causa di servizio, facendo, in tema di valutazione del danno all'integrità psico-fisica, esplicito riferimento al parametro della cd. capacità lavorativa generica.

La tesi non può essere condivisa perché i suoi esiti contrastano con gli obiettivi «solidaristici» che la stessa normativa si era prefissati e che la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha precisato.

Va certamente ribadito, in linea con le argomentazioni dell'amministrazione ricorrente, che l'indennizzo ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, di cui alla legge 25 febbraio 1992, n. 210, ha natura non già risarcitoria, bensì assistenziale in senso lato, riconducibile agli artt. 2 e 32 Cost., e alle prestazioni poste a carico dello Stato in ragione del dovere di solidarietà sociale, cosicché ben può discostarsi, nella misura, dall'integrale risarcimento dei danni sofferti in conseguenza del contagio, ottenibile nella sussistenza di una fattispecie di illecito civile (vedi Cass. 9 maggio 2003, n. 7141; 26 luglio 2005, n. 15611).

E, infatti, la Corte Costituzionale, più volte chiamata a pronunciarsi su asseriti profili di incostituzionalità della legge n. 210/1992, con sentenza del 26 febbraio 1998, n. 27, poi richiamata in altre decisioni, ha affermato (punto 4.2) che il legislatore ha un'ampia discrezionalità quanto alla misura dell'indennizzo ed è abilitato, «nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti

ti diritti sociali [...] a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato». Con successiva sentenza n. 38 del 2002 la stessa Corte – dichiarata infondata la questione di legittimità costituzionale di articoli della stessa legge, nella parte in cui ostano, in caso di danno alla salute derivante da vaccinazione obbligatoria antipolio-mielitica, al riconoscimento dell'assegno di superinvalidità previsto dalla tabella E allegata al d.P.R. 30 dicembre 1981, n. 834, in favore degli invalidi per cause belliche o connesse alla guerra – ha ribadito (punto 2.2) che «l'intervento pubblico in questione deriva, da un punto di vista costituzionale, da un obbligo dello Stato non strettamente commisurato al danno subito». E tuttavia, compete al giudice delle leggi – ha aggiunto la stessa Corte nella citata sentenza n. 27 del 1998 – garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti. Alla luce di questa, fondamentale, considerazione, vanno valutate le altre indicazioni della giurisprudenza costituzionale, che, nel ribadire costantemente la differenza tra l'indennizzo in questione e il risarcimento da fatto illecito, precisano che l'intervento di solidarietà sociale si deve tradurre in una misura indennitaria non soltanto «equa» rispetto al danno (Corte Cost. n. 307 del 1990 e n. 118 del 1996), ma che tenga conto anche «di tutte le componenti del danno stesso» (Corte Cost. n. 307 del 1990 e n. 38 del 2002, cit.).

È in questa prospettiva che la stessa Corte Costituzionale ha constatato che i criteri di determinazione della misura dell'indennizzo, nelle diverse ipotesi previste dal legislatore del 1992, non sono i più commi fra quelli cui il legislatore medesimo avrebbe potuto fare riferimento.

L'art. 2, comma 1, della legge n. 210 del 1992, in particolare, si limita infatti a fare un mero e globale rinvio, per il calcolo dell'indennizzo, a quanto previsto da una tabella che ha riguardo al trattamento pensionistico privilegiato di appartenenti alle Forze Armate, per le ipotesi di infermità o malattie derivanti da cause di servizio e, dunque, a ipotesi distanti da quelle in relazione alle quali nasce il diritto all'indennizzo. Il rilievo ha indotto la stessa Corte a sollecitare ripetutamente il legislatore a dettare una nuova disciplina, specificamente determinata in relazione alle esigenze di normazione proprie della delicata materia (Corte Cost. n. 423 del 2000 e n. 38 del 2002, cit.).

Pertanto, la doverosa interpretazione in senso costituzionalmente orientato della normativa conduce a ritenere che il danno alla salute – e non già l'incapacità lavorativa generica – rappresenta l'unità di misura che deve potere essere applicata al fine del riconoscimento dell'indennizzo. Non avrebbe senso, infatti, fare riferimento alla lesione alla salute e misurare l'entità delle conseguenze che da essa derivano sulla base della riduzione della capacità lavorativa o altri criteri ancorati all'attitudine a produrre reddito, dovendosi,

invece, affermare l'identità concettuale tra menomazione dell'integrità psico-fisica, espressamente richiamata nella normativa dell'indennizzo, e danno biologico in senso naturalistico, inteso cioè in senso stretto, come menomazione dell'integrità psico-fisica in sé e per sé considerato, quale parametro certo, immediato e universale, dal momento che lo stesso evento lesivo produce un eguale pregiudizio alla persona per tutti gli esseri umani, con la conseguenza che il metodo di valutazione del danno deve tenere conto dell'insensibilità rispetto ai profili reddituali.

I dati di diritto positivo, del resto, confortano l'interpretazione accolta.

La norma fondamentale dell'art. 1, comma 1, legge n. 210/1992, nel suo riferimento a lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica, esprime chiaramente il concetto di danno alla salute, secondo la definizione dell'art. 32 Cost.

La tabella A annessa al T.U., come modificato dal d.P.R. n. 834/81, non comprende – ovvero vi annette scarsa considerazione – i *deficit* funzionali degli organi interni, né riporta patologie o condizioni comunque invalidanti che sarebbero state definite solo alcuni anni più tardi, come, ad esempio, l'infezione da HIV. Questo significa, con specifico riguardo al caso di specie, che, ove si fosse riscontrata epatopatia attiva, il diritto all'indennizzo, garantito certamente dall'art. 1 della legge, sarebbe stato determinato applicando la tabella A esclusivamente come parametro e generico criterio guida.

Conclusivamente, la lettura costituzionalmente orientata della normativa di tutela, nel senso che l'indennizzo, pur non comparabile con il risarcimento del danno, dovuto in tutti i casi di lesione permanente dell'integrità psico-fisica, cioè della salute come tale, indipendentemente dall'incidenza sulla capacità di produzione di reddito, conduce a ritenere sussistente il diritto a percepirlo del soggetto affetto da contagio HCV (sicuramente danno permanente alla salute), pur senza sintomi e pregiudizi funzionali attuali, dovendosi intendere il richiamo alla tabella A messo al d.P.R. n. 834/81 quale prescrizione dei criteri di massima finalizzati alla liquidazione. La novità della questione induce a compensare per giusti motivi le spese del giudizio di cassazione. (*Omissis*)

(1) LE PATOLOGIE SILENTI NEL SISTEMA DI INDENNIZZO
IN FAVORE DI SOGGETTI DANNEGGIATI
DA VACCINAZIONI OBBLIGATORIE, TRASFUSIONI ED EMODERIVATI

1. — *Premessa* — La sentenza in commento si inserisce nell'alveo di quelle pronunce giurisprudenziali che in materia di tutela della salute rappresentano un nuovo tassello nel percorso che dottrina, giurisprudenza e legislazione stanno conducendo nella graduale estensione delle misure di protezione.

I sistemi compiuti di sicurezza sociale, come è noto, nel nostro ordinamento trovano il loro fondamento nell'art. 3, comma 2, della Costituzione e non tutti, nel rapporto da *genus a species*, sono declinati o declinabili nella dicotomia assistenza-previdenza (Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2000, pp. 14 ss.).

È ormai dato pacifico che prestazioni di sicurezza sociale possono derivare dall'art. 32 Cost. e solo incidentalmente si pongono nell'area operativa della dicotomia assistenza-previdenza sociale.

È il caso della tutela della salute attuata tramite il servizio sanitario nazionale, strutturato sul principio della universalità della tutela, in cui lo Stato assicura eguale protezione a tutti i cittadini in una cornice di solidarietà sociale in cui assume ruolo primario il finanziamento del sistema con ricorso alla fiscalità generale.

Ma, una tale conclusione è sempre vera, ossia vale per tutte le forme di assistenza in materia di tutela della salute, oppure quando esse si traducono in prestazioni patrimoniali cambia il referente normativo?

La domanda è legittima, perché se quello operato con la legge n. 833/1978 istitutiva del Servizio sanitario nazionale è l'intervento più imponente e di maggiore rilevanza riconducibile al modello della sicurezza sociale (Vedi Ponzanelli, *Responsabilità civile e sicurezza sociale: un decennio tribolato*, in *Foro it.*, 2001, I, pp. 6 ss.), non è però l'unico: altri sono ravvisabili nella legislazione e uno di questi è dato proprio dalla legge 25 febbraio 1992, n. 210, recante disposizioni per l'indennizzo a favore dei soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile per vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni e somministrazione di emoderivati.

La legge in esame, marginale per la casistica cui si riferisce la copertura, pur destinata a operare in favore di una quantità di soggetti assai ridotta (almeno si spera che sia sempre così), assume invece un notevole rilievo per i dati sistematici che ne derivano.

Essa dispone che coloro che a causa di uno dei trattamenti sopra indicati abbiano riportato lesioni o infermità da cui sia derivata una menomazione psico-fisica a carattere permanente hanno diritto a un indennizzo in forma automatica a carico dello Stato, cumulabile con ogni altro reddito e prestazione e soggetto a perequazione.

Nel sistema di tutela universale, l'ambito di copertura è riservato a soggetti che, in presenza di evidenza clinica di patologie correlabili a uno dei trattamenti sanitari indicati dalla legge, comprovino di essere stati sottoposti al trattamento, essendo poi riservato alle strutture sanitarie pubbliche (allo stato le Commissioni mediche ospedaliere operanti presso i Centri militari di medicina legale) accertare il nesso di causalità sulla base di un giudizio di probabilità scientifica e se eventuali cause sopravvenute altrettanto idonee a porsi come fattore eziologico abbiano effettivamente determinato la patologia (Vedi Cass., 17 gennaio 2005, n. 753, in *Foro it.*, 2005, I, 676).

La relativa posizione è qualificata di diritto soggettivo, come tale giustiziabile innanzi al giudice ordinario con il procedimento speciale previsto per le controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie ex artt. 442 ss. cod. proc. civ. [Cass., Ss.Uu., 26 gennaio 2000, n. 9, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Sanità pubblica*, n. 274; Cass., ord., 21 settembre 2005, n. 18606, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 155]; dal beneficio sono esclusi coloro che abbiano contratto la malattia per trattamenti (ad es., trasfusioni) eseguiti all'estero (Cass. 17 gennaio 2005, n. 753, in *Foro it.*, 2005, I, 676; *contra* Trib. Genova, 12 luglio 2002, in q. *Riv.*, 2002, II, p. 635; Tar Campania, 29 marzo 2002, n. 1724, in *Foro amm. Trib. amm. reg.*, 2002, 1017).

Le causali che danno titolo all'indennizzo sono tassativamente quelle nominate dalla legge, per cui è da escludere che di esso possa beneficiare chi abbia contratto una delle medesime infermità contraibili per effetto di vaccinazioni, trasfusioni o somministrazione di emoderivati in caso di altro trattamento sanitario, come, ad es., nella somministrazione di siero di immunoglobuline antitetaniche (Cass. 16 giugno 2005, n. 12946, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Sanità pubblica*, n. 363).

Le statistiche evidenziano una maggiore incidenza del fenomeno nelle trasfusioni (piuttosto che nella somministrazione di emoderivati e vaccini), mentre la correlazione in genere è rilevabile nei casi di HCV (minori sono quelli di infezione da HBV e HIV).

La prestazione si sostanzia nella corresponsione di un indennizzo (assegno reversibile e indennità integrativa speciale, vitalizio per il danneggiato e, dopo la sua morte, corrisposto per quindici anni ai superstiti); prestazione che in favore dei superstiti può convertirsi in assegno *una tantum* qualora gli aventi diritto optino per l'indennità versata in unica soluzione (il cui importo è fissato in lire centocinquantomilioni, corrispondente a poco più di settantasettemila euro); l'indennizzo è correlato ma non commisurato al danno: la sua misura è fissata discrezionalmente dal legislatore in relazione alla sola funzione assistenziale e non risarcitoria (Cass. 26 luglio 2005, n. 15611, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Sanità pubblica*, n. 365; Corte Cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro it.*, 1998, I, 1370, con nota di Ponzanelli).

Secondo l'unanime giurisprudenza (Per tutte Corte Cost., 16 ottobre 2000, n. 423, in *Foro it.*, 2001, 4, con nota di Ponzanelli; AC, 2000, 1327; CS, 2000, II, 1877), l'indennizzo concorre con il risarcimento del danno qualora siano ravvisabili gli estremi della responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 cod. civ.* per fatto illecito dell'amministrazione statale (attualmente il Ministero della salute, su cui incombe un obbligo di vigilanza in materia di produzione e commercializzazione di plasma ed emoderivati: cd. emovigilanza); nei confronti della struttura che ha praticato la prestazione sanitaria (nel settore pubblico le strutture del Servizio sanitario nazionale, in genere le aziende sanitarie o, per i casi pregressi *ante* 1995, le Regioni in luogo delle sopresse unità sanitarie locali) può farsi applicazione, ai medesimi effetti, dell'art. 1218 cod. civ., ravvisandosi un'ipotesi di responsabilità contrattuale nella successiva fase di distribuzione e somministrazione (Vedi, *ex plurimus*, Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793; Corte d'App Firenze 7 giugno 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1722).

Per una sorta di *compensatio lucri cum damno*, la maggiore giurisprudenza ritiene che dal *quantum* del risarcimento sul danno biologico vada integralmente scomputato l'importo corrisposto al danneggiato a titolo di indennizzo, avendo trovato tale voce di danno ristoro (integrale o parziale) nella prestazione posta a carico dello stato sociale (Da ultimo Trib. Catanzaro, 15 luglio 2005, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Danni civili*, n. 211; *contra* Trib. Roma, 26 settembre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 2900, con nota di Izzo); in particolare dovrebbe trattarsi di un effetto compensativo conseguente al divieto di cumulo tra indennizzo e risarcimento fino alla concorrenza del primo [Cass. 09 maggio 2003, n. 7141, in *Rep. Foro it.*, 2003, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 209].

Con l'approssimazione che l'economia della presente trattazione comporta, questo per sommi capi è lo stato attuale della giurisprudenza in materia.

2. — *La tutela per i danni irreversibili da vaccinazioni, trasfusioni e somministrazione di emoderivati e la questione della natura dell'indennizzo* — La sentenza che si annota ritorna sulla materia in questione: il caso concreto portato all'evidenza della Suprema Corte è quello che, nell'applicazione della menzionata legge, si presenta come casisticamente più frequente: il contagio da HCV a seguito di trasfusione.

Oggi la maggiore attenzione nella gestione del sangue umano e derivati dal plasma a scopi terapeutici ha notevolmente migliorato il livello di sicurezza, ma nel passato, come dimostra la corposa giurisprudenza in tema di responsabilità civile di condanna dell'amministrazione statale al risarcimento del danno, le scarse conoscenze medicoscientifiche e la mancanza di cautele nello svolgimento di un'attività che la giurisprudenza ha considerato come pericolosa *ex art. 2050 cod. civ.*, ha consentito che molte persone, costrette a fare ordinariamente ricorso a derivati del sangue (come, ad es., gli emofilici, i talassemici, i politrasfusi ecc.) oppure occasionalmente trattati con plasma umana (come, ad es., nelle trasfusioni *una tantum*), risultassero positive all'HCV, HBV e HIV a causa di infezione da contagio.

Come visto, l'ordinamento, nel graduale percorso verso la costruzione di un compiuto sistema di sicurezza sociale, indipendentemente dai profili di responsabilità civile che la problematica impone, ha ritenuto meritevole di apprezzamento la situazione di questa categoria di soggetti e ha inteso farsi carico del loro sostegno attraverso una serie di misure assistenziali, tra cui spicca quella di tipo economico in funzione indennitaria.

Pur nella relativamente breve vita della legge n. 210/1992, la giurisprudenza e, a seguire, il legislatore, sono stati chiamati più di quanto normalmente avviene a sciogliere nodi interpretativi entro cui la legge, nella sua applicazione pratica, sembrava essersi imbrigliata.

Lo ha fatto la Corte Costituzionale (vedi *supra*), lo ha fatto il legislatore in funzione integrativa e correttiva, ma lo hanno fatto anche la giurisprudenza di legittimità e di merito, che molto spesso, nel declinare dentro il paradigma della legge i singoli casi concreti, si sono trovate a svolgere una funzione adeguatrice della norma, dandone una interpretazione evolutiva.

Questo è proprio il caso della sentenza che qui si annota: un altro tassello nel percorso di costruzione di un sistema compiuto di tutela per la novità della soluzione adottata tendente a una esponenziale estensione dell'ambito di applicazione delle misure di protezione previste dalla legge.

Prima dell'intervento della Cassazione con la sentenza n. 10214/07 (Preceduta di poco dalla coeva giurisprudenza di merito: vedi Trib. Udine 26 marzo 2007, n. 54, inedita per quanto consta, e in linea con Corte d'App. Firenze 13 febbraio 2004 confermata dalla sentenza in commento) si riteneva che l'indennizzo poteva essere concesso solo in presenza di pregiudizi funzionali conclamati.

Il punto di partenza è l'art. 1, comma 1, della legge n. 210/1992, secondo cui la prestazione indennitaria spetta a chiunque, in corrispondenza dell'evento protetto, abbia riportato danni permanenti all'integrità psico-fisica.

L'accertamento del grado della menomazione è eseguito facendo ricorso alle tabelle di classificazione delle infermità per le cause di servizio e pensioni privilegiate (tabella A allegata di d.P.R. 30 dicembre 1981, n. 834, per le lesioni che danno diritto a vitalizio): sulla base del grado della menomazione all'integrità psico-fisica (danno biologico) viene definito l'importo dell'indennizzo.

La non ascrivibilità a tabella A, cui, nel quadro di equiparazione, corrisponde un grado di invalidità pari o superiore al 20%, (Corte dei Conti, 12 marzo 1960, n. 53710) anche in presenza di danni permanenti di grado inferiore apprezzabili secondo la tabella B (danno funzionale compreso tra il 10% e il 20% secondo il quadro di equiparazione formulato in Corte dei Conti n. 53710/1960, cit.), non dovrebbe dare diritto all'indennizzo, in quanto il legislatore avrebbe previsto un'area di franchigia non coperta dall'intervento assistenziale.

Questa soluzione, apparentemente coerente con la lettera del testo normativo, non è stata ritenuta dalla Corte di Cassazione corrispondente allo spirito della legge così come emerso dalla interpretazione evolutiva che ne ha fornito la giurisprudenza costituzionale (Corte Cost. n. 118/1996, n. 27/1998 e n. 38/2002, cit.).

Una sommaria ricostruzione di questo orientamento si rinviene nella sentenza che ha dato causa a queste annotazioni, in cui sono evidenziati alcuni passaggi essenziali:

- l'indennizzo *ex lege* n. 210/1992 ha natura assistenziale e non risarcitoria;
- esso è riconducibile alle prestazioni di solidarietà sociale a carico dello Stato ai sensi degli artt. 2 e 32 Cost.;
- trattandosi di obbligazioni in materia di cd. diritti sociali, spetta al legislatore definire discrezionalmente, nel rispetto delle esigenze di equilibrio del bilancio, la misura minima essenziale di protezione, compreso il *quantum* dell'indennizzo;
- l'indennizzo, pur non dovendo essere commisurato al danno, deve comunque essere equo rispetto a esso e nella sua quantificazione si deve tener conto di tutte le componenti del danno.

Dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale, dunque, emergono per lo Stato poteri e limiti: discrezionalità nella determinazione della misura dell'indennizzo, quanto ai primi, ed equa commisurazione al danno, quanto ai secondi.

Il rispetto delle prerogative di discrezionalità ha impedito alla Corte Costituzionale di intervenire (sia in senso demolitivo che in senso additivo) nel merito della scelta del legislatore di rinviare il calcolo dell'indennizzo a criteri dettati dal legislatore per altre situazioni (il trattamento pensionistico privilegiato), ma non ha impedito alla stessa di inviare al legislatore un monito a rivedere il sistema di indennizzo, intervenendo in materia per dettare una nuova disciplina specificamente determinata per la fattispecie (Corte Cost. n. 423/2000 e n. 38/2002, cit.).

Il monito non è stato colto dal legislatore, e allora la giurisprudenza (vedi sentenza in commento) ha preso atto che nel settore in esame si è formata una «... interpretazione in senso costituzionalmente orientato della normativa...».

I termini di questa interpretazione progressivamente evoluta si rinvergono nel collegamento sistematico di alcuni passaggi chiave della sentenza annotata:

– «... il danno alla salute – e non già l'incapacità lavorativa generica – rappresenta l'unità di misura che deve potere essere applicata al fine del riconoscimento dell'indennizzo»;

– non ha senso «... fare riferimento alla lesione alla salute e misurare l'entità delle conseguenze che da essa derivano sulla base della riduzione della capacità lavorativa o altri criteri ancorati all'attitudine a produrre reddito, dovendosi, invece, affermare l'identità concettuale tra menomazione dell'integrità psico-fisica, espressamente richiamata nella normativa dell'indennizzo, e danno biologico in senso naturalistico, inteso cioè in senso stretto, come menomazione dell'integrità psico-fisica in sé e per sé consi-

derata, quale parametro certo, immediato e universale, dal momento che lo stesso evento lesivo produce un eguale pregiudizio alla persona per tutti gli esseri umani, con la conseguenza che il metodo di valutazione del danno deve tenere conto dell'insensibilità rispetto ai profili reddituali»;

– «La norma fondamentale dell'art. 1, comma 1, legge n. 210/1992, nel suo riferimento a lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente della integrità psico-fisica», esprime chiaramente il concetto di danno alla salute, secondo la definizione dell'art. 32 Cost.

La conseguenza che la Suprema Corte trae da queste premesse è che «La tabella A annessa al T.U., come modificato dal d.P.R. n. 834/81, non comprende – ovvero vi annette scarsa considerazione – i *deficit* funzionali degli organi interni, né riporta patologie o condizioni comunque invalidanti che sarebbero state definite solo alcuni anni più tardi, come, ad esempio, l'infezione da HIV. Questo significa che, con specifico riguardo al caso di specie, ove si fosse riscontrata epatopatia attiva, il diritto all'indennizzo, garantito certamente dall'art. 1 della legge, sarebbe stato determinato applicando la tabella A esclusivamente come parametro e generico criterio guida».

Da qui la enucleazione del principio fondamentale, massimabile nel modo che segue: «... la lettura costituzionalmente orientata della normativa di tutela, nel senso che l'indennizzo, pur non comparabile con il risarcimento del danno, è dovuto in tutti i casi di lesione permanente dell'integrità psico-fisica, cioè della salute come tale, indipendentemente dall'incidenza sulla capacità di produzione di reddito, conduce a ritenere sussistente il diritto a percepirlo del soggetto affetto da contagio HCV (sicuramente danno permanente alla salute), pur senza sintomi e pregiudizi funzionali attuali, dovendosi intendere il richiamo alla tabella A annesso al d.P.R. n. 834/81 quale prescrizione dei criteri di massima finalizzati alla liquidazione».

3. — *La legge n. 210/1992 nel sistema della sicurezza sociale* — La sentenza va studiata nella duplice direzione della materia su cui ha inteso intervenire e del sistema di riferimento in cui essa si inserisce.

Quanto al primo aspetto essa ha posto in evidenza l'incomparabilità di grandezze riferibili a valori diversi: la capacità lavorativa e l'integrità psico-fisica, ritenendo coincidere il danno con l'evento, senza che possa ritenersi necessario l'ulteriore elemento del danno conseguenza.

Non è però questo il profilo sul quale si intende porre l'attenzione: dal monitoraggio delle pronunce si può affermare con un congruo margine di sicurezza che sul versante del danno le più importanti problematiche sono già state affrontate dalla giurisprudenza e su di esse si sono sostanzialmente formati indirizzi univoci e consolidati.

Sul versante dell'indennizzo, invece, mentre alcuni aspetti hanno trovato soluzione in orientamenti ormai sedimentati (sui quali sono stati decisivi i numerosi interventi correttivi della Corte Costituzionale), altre questioni rimangono ancora aperte, e una di queste riguarda proprio il referente costituzionale su cui è fondato il sistema: il problema sembrava superato, ma, come si vedrà *amplius*, esso è riemerso a seguito dell'innovativa soluzione prospettata dalla sentenza in esame.

Prima di passare in rassegna la pronuncia della Cassazione, un dato può ritenersi certo e assodato: dopo l'intervento apparentemente risolutore della Corte Costituzionale (Corte Cost. 16 ottobre 2000, n. 423, in q. *Riv.*, 2001, II, p. 230, con nota di

Mazziotti, e più chiaramente Corte Cost. 18 aprile 1996, n. 118, in *Foro it.*, 1996, I, 2236, con nota di Ponzanelli, e in *Danno e resp.*, 1996, p. 573, con nota di Comandè), secondo cui «... la menomazione della salute derivante da trattamenti sanitari può determinare una di queste tre conseguenze: a) il diritto al risarcimento pieno del danno, riconosciuto dall'art. 2043 cod. civ., in caso di comportamenti colpevoli; b) il diritto a un equo indennizzo, discendente dall'art. 32 Cost., in collegamento con l'art. 2, ove il danno, non derivante da fatto illecito, sia stato subito in conseguenza dell'adempimento di un obbligo legale; c) il diritto, a norma degli art. 38 e 2 Cost., a misure di sostegno assistenziale disposte dal legislatore, nell'ambito dell'esercizio costituzionalmente legittimo dei suoi poteri discrezionali, in tutti gli altri casi» (Corte Cost., n. 118/1996, cit.), il livello della tutela economica diversa da quella risarcitoria si pone per intero entro il perimetro dell'art. 32 Cost. in corrispondenza del principio di solidarietà sociale posto dall'art. 2 Cost.

Infatti, secondo questi assunti il diritto all'indennizzo dovrebbe trovare fondamento nell'art. 32 Cost., in corrispondenza con l'art. 2 Cost., cioè come forma di tutela della salute nella valorizzazione dei doveri di solidarietà posti dalla norma a presidio della dignità e libertà della persona.

All'art. 38 Cost., sempre in relazione all'art. 2 (dovere di solidarietà) e non all'art. 3, comma 2, Cost. (principio di uguaglianza sostanziale), sarebbe riservata la residuale funzione di giustificare tutti gli altri interventi assistenziali diversi dalla tutela prestazionale di natura economica.

La successiva giurisprudenza della Corte Costituzionale ha confermato la derivazione del diritto all'indennizzo dai doveri di solidarietà sociale, ritenendo del tutto accidentale una relazione con l'art. 38 Cost., in quanto, non essendo a esso riferibile mediante una relazione di necessità, alla sua spettanza «... non necessariamente si accompagna una funzione assistenziale a norma dell'art. 38, comma 1, Cost.» (Corte Cost. 26 febbraio 1998, n. 27, in *Foro it.*, 1998, I, 1370).

A suffragio di tale tesi aggiunge che l'indennizzo è dovuto «... indipendentemente dalle condizioni economiche dell'avente diritto e non mira di per sé agli scopi per i quali l'art. 38 stesso è stato dettato, aggiungendosi agli altri eventuali emolumenti a qualsiasi titolo percepiti, e quindi anche a quelli di natura propriamente assistenziale, in ipotesi dovuti anche in ragione dell'inabilità al lavoro derivante dal danno subito in conseguenza del trattamento sanitario (art. 2, comma 1, seconda parte, legge n. 210 del 1992)».

Da ciò la conclusione che il fondamento della misura indennitaria risiederebbe «... negli artt. 2 e 32 Cost., e non nel diritto previsto dall'art. 38 Cost. (sentenza n. 118 del 1996), e quindi non nelle esigenze di vita e di assistenza dei cittadini inabili al lavoro e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere...» (Corte Cost. n. 27/1998, cit.; conf. Corte Cost. 27 ottobre 2006, n. 342, in *Foro it.*, 2006, I, 3273).

L'assunto nel tempo non è mutato e risulta confermato anche dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui «L'indennizzo ai soggetti danneggiati da vaccinazioni obbligatorie, trasfusioni ed emoderivati, di cui alla legge n. 210 del 1992, ha natura non già risarcitoria, bensì assistenziale in senso lato, riconducibile agli artt. 2 e 32 Cost., e alle prestazioni poste a carico dello Stato in ragione del dovere di solidarietà sociale» (Cass. 21 settembre 2005, n. 18606, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Lavoro e previdenza*, n. 155; conf. Cass. 31 maggio 2005, n. 11609, in *Foro it.*, 2006, I, 793; Tar Toscana, Sez. II, 30 luglio 2004, n. 2853. Ragusan, 2005, fasc. 251, p. 221).

4. — *Solidarietà sociale, uguaglianza sostanziale e nuovi bisogni: la cd. socializzazione del danno biologico* — La conclusione cui è pervenuta la giurisprudenza e alla quale si è fatto accenno nel paragrafo precedente è condivisibile; un tale giudizio di condivisione è però subordinato alla condizione che dell'art. 38 Cost. venga data una lettura riduttiva, nel senso che lo stato di bisogno da esso postulato non sarebbe modulabile oltre le ipotesi in cui l'indigenza (assoluta nell'area dell'assistenza e relativa nell'area della previdenza) è di indole economica e assume natura patrimoniale.

Si tratta di una interpretazione che, per quanto autorevole, non pare essere in linea con l'evoluzione dell'ordinamento, il quale, proprio con alcuni recenti interventi legislativi, ha esteso l'ambito di tutela coperto dall'art. 38 Cost. a voci di danno prima non contemplate (Vedi d.lgs. n. 38/2000 sulla tutela previdenziale del danno biologico nell'assicurazione infortuni).

Una tale evoluzione del sistema sotto il profilo prestazionale, al di là del contingente settore di incidenza, è significativa di una correlata evoluzione nel complesso dei principi, e può essere rappresentata come la risultante di una nuova e più complessa accezione dello stato di bisogno apprezzabile ai sensi dell'art. 38 Cost.

Rispetto a una impossibilità del soggetto di garantirsi i mezzi adeguati di vita causa l'incapacità o inabilità al lavoro, l'esigenza di bisogno apprezzata nel d.lgs. n. 38/2000 non ha nulla a che vedere con l'attitudine a procacciarsi un reddito in quanto attiene alla lesione del bene salute in sé, nella sua valenza di proiezione della persona nella sua vita biologica senza alcuna ricaduta sul patrimonio.

La prospettiva dell'art. 32 Cost., pur essendo un passaggio obbligato nel percorso di costruzione di un sistema di sicurezza sociale nel caso in cui sia coinvolto il diritto alla salute, è tuttavia solo un momento intermedio nel complessivo procedimento di costruzione del sistema.

Il punto di approdo, dopo la mediazione dell'art. 2 Cost. con il suo principio di solidarietà sociale, è sempre l'art. 38 Cost. nel suo collegamento di derivazione con l'art. 3, comma 2, Cost., quale fondamento del principio di uguaglianza sostanziale che lo Stato è impegnato a garantire.

Il *continuum* tra gli artt. 32, 2, 3 e 38 Cost., in un andamento ascendente dal precetto (art. 32) al principio (art. 2) e discendente dal principio (art. 3, comma 2) al precetto (art. 38), consente non di dare alla tutela sociale un diverso fondamento a seconda del principio o del precetto coinvolti, ma più semplicemente di ridisegnare, all'interno dell'art. 38 Cost., una nozione di bisogno più ampia di quella che emerge a una prima lettura della norma.

In questo contesto la legge n. 210/92 è il punto in cui «... il riconoscimento dell'indennizzo [...] esula dal contesto normativo e concettuale della responsabilità civile e si inserisce nel sistema di sicurezza sociale, nel quale lo Stato, pur in assenza di colpa per disfunzioni del servizio sanitario, diventa l'assicuratore per eccellenza dei rischi che possono incidere su situazioni soggettive costituzionalmente rilevanti...» (Palmieri, *Breve nota in tema di indennizzo per lesione da vaccinazione obbligatoria antipolio*, in *Rass. Avv. Stato*, 1998, L, 1-2, 8).

Anche in questo caso, al di là di ogni altra considerazione, l'indennizzo è legato non alla semplice riduzione della capacità lavorativa generica o specifica, ma all'incidenza sull'integrità psico-fisica del singolo con il riferimento primario e sufficiente alla «vita di relazione»; valutazione nella quale il pregiudizio che il danneggiato riceve è commi-

surato alla lesione della sua capacità di svolgere la propria personalità nella vita individuale e nei rapporti intersoggettivi e non di svolgere un'attività lavorativa qualsiasi o per la quale ha specifica attitudine.

Passando dal «danno» al «bisogno», le considerazioni che premono pongono in evidenza la realizzazione, in alcuni casi a livello potenziale e in altri casi a livello reale, di quel progetto di intraducibilità della persona e dei suoi valori al parametro della valutazione economica.

In un quadro di logica delle tutele, relativamente all'insorgenza di uno stato di bisogno, le esigenze di corrispettività si trasformano in esigenze di solidarietà (Persiani, 1984, pp. 481 ss.): ciò si apprezza in tutta la sua progressione proprio allorché il danno biologico si coniuga con il sistema di sicurezza sociale, allorché il bisogno cui rispondere non attiene più alla capacità di produrre reddito o utilità patrimoniali, ma alla diversa attitudine a esprimere, in relazione a un dato stato di salute, la propria personalità nella dinamica della vita individuale e relazionale.

In questo senso la giurisprudenza, nell'individuare nuovi bisogni rilevanti *ex art.* 38 Cost., è andata oltre la mera ottica del bisogno economico e si è posta nella più ampia visuale dei bisogni nascenti dalla impossibilità del soggetto di svolgere o dalla maggiore difficoltà a svolgere le attività realizzatrici della persona nel caso in cui sia inciso il bene salute.

Appare chiaro come l'evoluzione del sistema abbia seguito l'evoluzione della giurisprudenza in tema di danno alla persona, attraendo nell'ambito dell'art. 38 Cost. la tutela sociale della salute: il valore aggiunto di tale attrazione è che tale tutela non è posta solo in termini di solidarietà (come avviene nell'art. 32 Cost.), ma anche in termini di uguaglianza materiale.

Infatti, da quando la Corte Costituzionale ha ritenuto immanente nell'art. 32 Cost. un diritto soggettivo alla salute (Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 87, in *Foro it.*, 1979, I, 698, e Corte Cost. 26 luglio 1979, n. 88, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, p. 9) e, successivamente, ha dato corpo alla categoria pretoriana del danno biologico (Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053), si è sviluppato in conseguenza il processo di socializzazione del danno biologico (Corte Cost., 15 febbraio 1991, n. 87, in *Foro it.*, I, 1991, I, 1664; Corte Cost., 18 luglio 1991, n. 356, in *Foro it.*, 1991, I, 3291; Corte Cost. 27 dicembre 1991, n. 485, in *Foro it.*, 1993, I, 72), a significare che laddove vi è danno alla salute si può ingenerare anche una situazione di bisogno sociale.

Il d.lgs. n. 38/2000 ne è solo un esempio, ma sono altri i casi in cui, a legislazione invariata, nelle prestazioni assistenziali e previdenziali si possono rinvenire misure di tutela sociale del danno biologico (ad es., nella causalità di servizio, nell'art. 3, legge n. 335 del 1995, e la legge n. 104 del 1992 nel modello della disabilità globale e, per restare al campo di indagine, proprio nel sistema di indennizzo introdotto dalla legge n. 210/1992).

Con la socializzazione del danno biologico, insomma, i mezzi di sostentamento cui fa riferimento la Costituzione non sono limitati al solo stato di bisogno apprezzabile in termini patrimoniali per la perdita totale o parziale della capacità di produrre reddito, ma si estendono ad altri aspetti relativi alle attività di realizzazione della persona umana che non hanno valenza patrimoniale.

L'ordinamento sociale sembra evolvere proprio in questo senso: i «mezzi necessari per vivere» e i «mezzi adeguati alle esigenze di vita» cui fa riferimento l'art. 38 Cost. sono concetti che si prestano ancora a rappresentare lo stato di bisogno materiale conse-

guente alla perdita o riduzione dell'attitudine al guadagno legata alla capacità lavorativa (generica e specifica), ma sono anche concetti che hanno margini di duttilità che consentono di ricomprendervi altre situazioni di bisogno non strettamente legate ad aspetti patrimoniali e per le quali nondimeno è ravvisabile una esigenza di sostegno che non può essere soddisfatta esclusivamente con la tutela risarcitoria propria del regime civilistico.

È questa la ragione per la quale l'ordinamento alla tutela risarcitoria è chiamato ad aggiungere quella asimmetrica di natura indennitaria finalizzata a emendare lo stato di bisogno postulato dall'art. 38 Cost.: a ciò conduce il processo di socializzazione del danno biologico, coniugando l'art. 32 Cost. con l'art. 38 Cost. nel *continuum* tra bene leso (la salute: termine intermedio) e pregiudizio specifico da emendare (lo stato di bisogno: termine finale).

5. — *Dalla socializzazione del danno biologico alla codificazione dei bisogni essenziali* — Fatta tutta questa premessa, appare d'obbligo chiedersi come la sentenza in commento si innesta nel discorso e ne può costituire un'occasione di evoluzione.

L'ermeneutica della legge n. 210/1992, portata non oltre l'esegesi letterale del testo normativo, sembra escludere, in prima approssimazione, che il diritto all'indennizzo possa essere conseguito oltre i casi espressamente indicati, cioè al di fuori delle ipotesi in cui dal contagio sia derivata «... una menomazione permanente all'integrità psicofisica...» (art. 1) intesa nella rubrica della legge come «... complicanze di tipo irreversibile...».

Se ne deduce che al semplice contagio non dovrebbe in sé conseguire il diritto all'indennizzo se e in quanto non si conclama il danno, ossia se la malattia contratta in forma cronica non ha evidenziato reliquati medico-legali, nel senso che il pregiudizio non si è ancora manifestato con l'insorgenza di postumi permanenti significativi (quelli classificabili in tabella A secondo la causalità di servizio e pensionistica privilegiata).

Prima dell'intervento della Suprema Corte con la sentenza in commento, secondo la giurisprudenza di legittimità la legge n. 210/1992, ai fini della tutela indennitaria, distingueva la malattia dalla evidenza del danno (Cass. 18 gennaio 2006, n. 837, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Sanità pubblica*, n. 203), con ciò ponendosi nel solco della interpretazione letterale sopra richiamata.

Ora questo assunto può ritenersi superato proprio a seguito della persa d'atto da parte della giurisprudenza di legittimità che della legge n. 210/1992 può darsi una interpretazione costituzionalmente orientata, secondo cui «... il danno alla salute e non già l'incapacità lavorativa generica rappresenta l'unità di misura che deve potere essere applicata al fine del riconoscimento dell'indennizzo» (vedi sentenza in commento).

Pur essendo questa chiave evolutiva di lettura un passo avanti, in piena franchezza sembra ancora essere una interpretazione restrittiva rispetto alle potenzialità che l'impianto normativo della legge n. 210/1992 ha introdotto nell'ordinamento.

Il punto nodale è che la giurisprudenza costituzionale, nel definire la natura dell'indennizzo, non ha ancora compiutamente fatto quel necessario passo avanti nell'inquadramento tra le misure rientranti nel programma costituzionale di valorizzazione della persona nel sistema più compiuto di sicurezza sociale, cioè quello definito dal legislatore nell'art. 38 Cost. tra esigenze di solidarietà sociale e uguaglianza sostanziale postulate dagli artt. 2 e 3 Cost.

La Corte Costituzionale, dopo una prima netta scelta di campo in favore dell'art. 32 Cost. (vedi Corte Cost. n. 118/1996, cit.), ha dato ulteriore svolgimento ai suoi assunti, fino a definire l'indennizzo in questione come prestazione assistenziale che trova il suo presidio finale nell'art. 38 Cost.; ma in ciò si è mostrata contraddittoria: se nelle sue originarie prospettazioni ha riconosciuto all'indennizzo in questione natura solo latamente assistenziale, individuandone il fondamento nel dovere di solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e nella tutela della salute (art. 32 Cost.), negli interventi più recenti lo ha incluso tra le misure di sostegno assistenziale *ex art.* 38 Cost. senza però mai sconfessare esplicitamente l'originaria qualificazione (Corte Cost. 22 giugno 2000, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 6).

Ciò però non toglie che oggi può ritenersi acquisita al patrimonio giuridico la natura assistenziale dell'indennizzo quale forma di tutela che trova fondamento nell'art. 38 Cost., con la conseguenza che esso rappresenta una misura di sostegno fondata sulla solidarietà collettiva alla stregua degli artt. 2 e 38 Cost. proprio perché è corrisposto «... a fronte di eventi generanti una situazione di bisogno...» (Corte Cost., 27 dicembre 2006, n. 342, cit.).

Qui il cerchio si chiude, perché, applicando la legge della commutazione, se ogni prestazione di sicurezza sociale deve essere riferibile a un bisogno che l'ordinamento identifica come socialmente rilevante, ogni bisogno socialmente rilevante comporta a sua volta il diritto a una prestazione di sicurezza sociale.

Supposto che la sentenza in esame non rappresenta l'estensione massima che l'interprete può dare alla legge n. 210/1992, in questo ragionamento circolare la particolarità del suo ruolo sicuramente è ravvisabile in due varianti rispetto allo schema tradizionale: fermo restando che il risarcimento del danno per illecita lesione del diritto alla salute risiede nel combinato tra l'art. 32 Cost. e l'art. 2043 cod. civ., il diritto a indennizzo, qualora la lesione consegua a un fatto lecito, risiede solo nell'art. 32 Cost.; ma, nel secondo caso, laddove non vi sia il danno, la tutela non può comunque mancare ed essa e non può trovare radicamento nell'art. 32 Cost.

Questo semplicemente perché, non essendovi lesione del bene salute in termini di danno-conseguenza, e non essendo tutelabile il danno alla salute nel solo caso di danno-evento, nondimeno rimane una situazione di pregiudizio.

Allora, lo schema normativo dell'art. 32 Cost. è insufficiente a definire un sistema di tutela nel caso in cui il danno biologico, inteso quale menomazione all'integrità psico-fisica, debba essere ristorato (in forma risarcitoria, come in quella indennitaria) senza che vi sia evidenza medico-legale del danno.

Ma, il pregiudizio, pur non generando danno all'integrità psico-fisica, genera però un bisogno, o meglio, un bisogno di sicurezza nello svolgimento di tutte le attività realizzatrici della persona umana nella sfera produttiva, spirituale, culturale, affettiva, sociale, ricreativa, sportiva ecc.

Il fatto di essere portatore di una infezione cronica (in più trasmissibile per contagio) incide apprezzabilmente sulla vita quotidiana, sia individuale che di relazione: la nuova condizione in cui si troverà a vivere il soggetto contagiato comporta che alcune attività non potrà più farle, altre le dovrà fare con modalità diverse, altre ancora saranno più gravose ecc. (ad es., deve sottoporsi a continui esami medici, deve prestare particolare attenzione al modo in cui entra in contatto con gli altri, convivere con il dubbio e perturbamento che la malattia possa progredire ed evolvere in senso peggiorativo).

Anzi, non è escluso che il soggetto infettato sia costretto ad abbonare interamente il suo programma di vita e a dover riprogettare tutta la sua esistenza, soprattutto in conseguenza dello stigma sociale (ricostruirsi un'altra vita all'interno di una comunità che non conosce la sua condizione, o, meglio, che accetta tale condizione di svantaggio sociale e si pone in un atteggiamento di solidarietà).

Il pregiudizio, come si può ben vedere, non è tanto nella preesistenza di un danno (biologico), che si concreta sempre come conseguenza di un fatto, quanto in uno stato di bisogno (esistenziale) che è generato non dal fatto, ma dalla nuova condizione di vita.

Quindi, la dicotomia non si pone tra danno-evento e danno-conseguenza (questo è il problema che ha risolto la sentenza recensita), ma si pone tra danno e bisogno: anche laddove da un evento non sia derivato un danno che non sia ulteriore rispetto a quello coincidente con la condotta in sé, lo stato di bisogno è *in re ipsa* laddove i riflessi pregiudizievole si trasformano in impedimenti o limitazioni allo svolgimento della personalità.

Ciò che viene pregiudicato non è l'integrità psico-fisica, o, quantomeno, la situazione di bisogno non sorge in corrispondenza della lesione del bene salute, ma dalle incidenze negative sul benessere esistenziale dell'individuo, riferito sia alla vita individuale sia alla vita di relazione.

Come già detto per il danno biologico in relazione al suo processo di socializzazione, questa nuova accezione del concetto di bisogno sociale segue l'evoluzione del sistema di responsabilità civile, al cui interno è sorta la categoria del danno esistenziale, inteso quale pregiudizio alle possibili attività attraverso le quali l'individuo realizza la propria dimensione esistenziale ed esplica la sua personalità indipendentemente dalle ripercussioni sulla sfera bio-psichica (In generale, sul tema, senza indugiare su considerazioni particolari, si rinvia, per tutti, a Cendon, *Ziviz, Il risarcimento del danno esistenziale*, Milano, 2003, e, prima per tutti, a Ziviz, *Alla scoperta del danno esistenziale*, in *Contratto impresa*, 1994, pp. 845 ss.; Ziviz, *L'evoluzione del sistema di risarcimento del danno: modelli interpretativi a confronto*, in *Rdcp*, 1999, pp. 61 ss., cultori cui si deve la elaborazione dottrina della nuova categoria).

Di ciò, nella lettura evolutiva appena esplicitata, si trova traccia nella legge vaccinazioni (legge 29 ottobre 2005, n. 229), in cui l'indennizzo è riconosciuto pro quota al danneggiato e ai congiunti che prestano assistenza in maniera prevalente e continuativa, estendendo a quest'ultimi il diritto all'indennizzo non in funzione compensativa dell'assistenza prestata, ma per le modificazioni peggiorative che la loro esistenza subisce per il vincolo di solidarietà con il soggetto leso.

Si può ritenere che solo questa ricostruzione sistematica, tendente ad attrarre l'indennizzo direttamente nell'area dell'art. 38 Cost., appare l'unica idonea a giustificare il riconoscimento del beneficio oltre i casi in cui, pur essendo leso il bene salute, manchi un danno biologico.

Dunque, mancando il presupposto originatore della applicabilità dell'art. 32 Cost. (perché non vi è danno-conseguenza alla salute), il possibile sviluppo del principio posto dalla sentenza in commento dovrebbe seguire la via del riconoscimento al soggetto di un corredo complementare di tutela *ex art. 38 Cost.* proprio in considerazione del fatto che un medesimo evento può produrre un danno biologico, ed essere generatore di bisogno per tale sola ragione, ma può anche generare uno stato di indigenza esi-

stenziale cui l'ordinamento pone ugualmente riparo attraverso interventi di solidarietà sostanziale finalizzati alla garanzia della uguaglianza sostanziale tra tutti i cittadini.

La particolarità della soluzione adottata richiede che l'art. 38 Cost. venga scrutinato da una angolazione che, prima di declinarlo negli artt. 2 e 3 Cost. sulla base del principio della solidarietà sociale (art. 2 Cost.) e di quello della uguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.), lo accosti al fondamentale dovere di rispetto della libertà e dignità della persona, perché la tutela della libertà e dignità della persona si completa per mezzo del dovere inderogabile di solidarietà e uguaglianza sostanziale; viceversa, una tutela per mezzo della solidarietà sociale e dell'uguaglianza materiale non esiste se non è presupposto il rispetto della dignità e libertà dell'individuo.

Dunque l'art. 38 Cost., nella sua poliedrica struttura, non è più concepibile come una specificazione del principio di uguaglianza, bensì assume le vesti di un tassello della impalcatura della più ampia e antecedente esigenza di tutela della dignità e libertà della persona, di cui il principio di solidarietà è corollario.

6. — *Conclusioni* — A questo punto non resta che verificare fin dove la sentenza in commento risulta coerente con il sistema sopra delineato.

Sicuramente *prima facie* la Suprema Corte sembra aver dribblato le strettoie poste dal criterio di valutazione del danno previsto dalla legge n. 210/1992 (limitato alla sola considerazione del pregiudizio alla capacità lavorativa) polarizzando l'interpretazione della legge sul solo danno biologico quale pregiudizio al bene salute in sé.

Una tale prospettiva, per quanto possa costituire un passo avanti sul versante della tutela, così estesa anche ai casi in cui manchi una evidenza clinica dei postumi invalidanti (cd. patologie silenziose), non è ancora il punto di approdo, perché tutto il sistema conserva un nesso inscindibile con il danno biologico, applicando, in termini di danno *in re ipsa*, nel sistema indennitario (Vedi cd. danno-evento Corte Cost. 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, con nota di Ponzanelli, e 2976, con nota di Monateri), ciò che non è più consentito in quello risarcitorio (Vedi cd. danno-conseguenza Corte Cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in *Foro it.*, 1994, I, 3297, con nota di Ponzanelli).

Ma la stessa sentenza in commento contiene anche la chiave di lettura per una ulteriore interpretazione evolutiva del sistema: ciò si evince nel passaggio in cui, in linea con la prospettiva sopra proposta, pone il danno alla salute *in re ipsa* come l'occasione originante una situazione di bisogno sociale per il fatto che il nuovo stato di salute, ancorché non sia ancora conclamato il danno biologico, comporta la necessità di assumere un regime di vita diverso, fornendo rilevanza ai cd. bisogni esistenziali nei termini in cui si è detto.

Il parallelismo tra danno biologico e danno esistenziale è perfetto, perché, come per il primo, anche per quest'ultimo il danno risarcibile è quello che si estrinseca come conseguenza (Vedi Cass. 12 giugno 2006, n. 13546, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Danni civili*, n. 166), mentre il bisogno sociale sorge in corrispondenza dell'evento.

Antonio Federici
Cultore di Diritto del lavoro
nell'Università di Roma «Tor Vergata»

CASSAZIONE, 21 febbraio 2007, n. 4004, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Vidiri, P.M. Matera (concl. diff.) – Inps (avv.ti Fabiani, Triolo e De Rose) c. R. M. (avv. Boer).

Cassa integrazione guadagni – Attività lavorativa spiegata dal cassaintegrato – Decadenza dal diritto – Art. 8, comma 5, del decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86, convertito nella legge del 20 maggio 1988, n. 160 – Interpretazione letterale e *ratio legis* – Decadenza dal globale trattamento salariale – Effetti.

In tema di decadenza dal diritto al trattamento di integrazione salariale, l'interpretazione letterale dell'art. 8, comma 5, d.l. n. 86/1988, conv. in legge n. 160/1988, condotta alla stregua dell'art. 12 disp. prel., induce a ritenere che l'espressione «diritto al trattamento di integrazione salariale» faccia riferimento al globale trattamento salariale, senza alcuna distinzione all'interno del periodo di cassa integrazione o rilievo, ai fini della decadenza, della collocazione temporale dell'attività di lavoro (autonomo o subordinato) spiegata dal cassintegrato, in coerenza con la ratio legis della disposizione, volta ad assicurare la massima efficacia ai controlli dell'Inps al fine di ridurre l'area del lavoro nero e garantire l'effettiva destinazione, a sostegno dei disoccupati, delle risorse disponibili. Una diversa opzione interpretativa, oltre a limitare la decadenza dall'integrazione solo al periodo successivo all'inizio dell'attività lavorativa da parte del cassintegrato, indurrebbe, in ragione dell'approssimarsi della cessazione della cassa integrazione e del già avvenuto godimento del trattamento salariale per buona parte della sua durata, alla violazione dell'obbligo informativo attraverso l'accettazione di convenienti offerte lavorative, sul piano economico, così cumulando il corrispettivo per l'attività intrapresa e il trattamento salariale. (1)

(Omissis)

Al fine di un ordinato *iter* argomentativo è opportuno riportare integralmente il disposto delle norme, la cui interpretazione condiziona la decisione della presente controversia.

Il d.l. 21 marzo 1988, n. 86 – convertito nella legge 20 maggio 1988, n. 160 –, all'art. 8, comma 4, dispone che «Il lavoratore che svolga attività di lavoro autonomo o subordinato durante il periodo di integrazione salariale non ha diritto al trattamento per le giornate di lavoro effettuate». Il comma 5 del suddetto art. 8 dispone, a sua volta, che «Il lavoratore decade dal diritto al trattamento di integrazione salariale nel caso in cui non abbia provveduto a dare preventiva comunicazione alla sede provinciale dell'Istituto nazionale della previdenza sociale dello svolgimento della predetta attività».

Risulta agevole, a seguito della lettura delle citate norme, individuare la diversità delle fattispecie previste nei due commi. E invero, il comma 4 stabilisce la perdita da parte del lavoratore, che presta attività lavorativa durante il periodo di cassa integrazione, del diritto alla relativa integrazione per tutto il periodo lavorativo in ragione della cessata funzione sociale del trattamento integrativo, che trova la sua causa nello stato di bisogno in cui versa il lavoratore che fuoriesce dal circuito occupazionale. Il successivo comma stabilisce invece la decadenza «dal diritto al trattamento di integrazione salariale» ai danni del lavoratore che – diversamente da quanto in precedenza previsto – tralascia di comunicare all'Inps lo stato di occupazione.

Orbene, una interpretazione letterale di quest'ultima disposizione, condotta alla stregua dei principi enunciati dall'art. 12 preleggi, induce a ritenere che l'espressione «diritto al trattamento di integrazione salariale» – di cui alla norma in esame – non può che riguardare il globale trattamento salariale, senza che, quindi, possano farsi all'interno del periodo di cassa integrazione distinzioni di alcun genere, e senza quindi che possa darsi rilievo, ai fini della decadenza, alla collocazione temporale dell'attività di lavoro (autonomo o subordinato) spiegato dal cassaintegrato.

Conclusione, questa, avallata sul piano giurisdizionale dall'indirizzo dei giudici di legittimità che hanno più volte ribadito – in casi in cui si discuteva *ratione temporis* del soggetto obbligato (Inps o Fondo per la mobilità della manodopera, istituito dalla legge n. 675 del 1977, art. 28) a corrispondere le quote di trattamento di anzianità (o di fine rapporto) ai lavoratori collocati in Cigs per il periodo di integrazione salariale – la sostanziale unitarietà del rapporto relativo all'ammissione di un'impresa alla cassa integrazione guadagni, osservando al riguardo che la domanda iniziale del datore di lavoro, volta al riconoscimento del relativo trattamento, è diretta all'emanazione di un provvedimento amministrativo (concessorio o autorizzativo) sulla base di una valutazione, da parte della competente autorità amministrativa, della situazione di fatto illustrata dal programma presentato dall'impresa interessata, mentre le richieste successive intervengono in relazione a un rapporto già costituito, nell'ambito del quale il datore di lavoro è già titolare di posizioni di diritto soggettivo (cfr. in tali termini tra le numerose: Cass., Ss.Uu., 5 maggio 1999, n. 30, cui *adde*, in epoca più recente, Cass. 10 marzo 2004, n. 4922, Cass. 27 ottobre 2003, n. 16117, per la riaffermazione del principio che le richieste di proroga sono dirette alla conferma del trattamento di integrazione salariale e intervengono nell'ambito di un rapporto già costituito; Cass. 3 agosto 2000, n. 9236, che precisa altresì come gli enunciati principi valgono non solo per le ipotesi di cassa integrazione per «ristrutturazione» o «riconversione industriale» in senso proprio, ma anche per i casi di «crisi aziendali» – non

ricollegati con i suddetti processi – che comportano un ridimensionamento delle attività e degli elementi attivi e passivi dell'azienda).

Ma anche la *ratio* sottesa alle disposizioni di cui al d.l. 21 marzo 1988, n. 86, commi 4 e 5 (convertito nella legge 20 maggio 1988, n. 160), attesta la fondatezza dello spiegato ricorso.

Con ordinanza n. 190 del 1996 il giudice delle leggi – nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del citato art. 8, comma 5, sollevata in riferimento all'art. 36 Cost., comma 1, e art. 38 Cost., comma 2, – ha preso in esame detto comma, ponendolo in relazione con quello precedente ed evidenziando la sostanziale differenza riscontrabile tra le due disposizioni. La Corte Costituzionale infatti – dopo avere considerato che «il d.l. n. 86 del 1988, art. 8, comma 4, non prevede una sanzione di decadenza, bensì stabilisce l'incompatibilità tra attività lavorativa retribuita (il cui svolgimento deve essere dal lavoratore preventivamente comunicato all'Inps) e fruizione del trattamento di integrazione salariale, disponendo conseguentemente la sospensione del trattamento per le giornate di lavoro effettuato» – rimarca come l'art. 8, comma 4, non sia comparabile con il disposto del comma successivo che sanziona l'incompatibilità, comminando al lavoratore, che non adempia il detto obbligo di comunicazione, la decadenza dal diritto all'integrazione salariale, sottolineando al riguardo come «la natura della sanzione e del fatto sanzionato» escludano la possibilità di graduazione secondo un criterio di proporzione, il quale non potrebbe essere attuato se non limitando contraddittoriamente la decadenza alle giornate effettuate, cioè sopprimendo in realtà la «sanzione» ed equiparando i cassaintegrati, che svolgono un lavoro retribuito senza informare l'Inps, e quelli che correttamente assolvono l'obbligo di comunicazione. Orbene, un approccio con la tematica in esame in un'ottica meramente civilistica, quale quella che è propria della Corte territoriale, finisce per drasticamente ridimensionare, se non vanificare del tutto, la funzione sanzionatoria del disposto del comma 5; funzione che il giudice delle leggi ha, nella riportata ordinanza, ripetutamente evidenziato. E infatti la tesi, patrocinata dall'assicurato – secondo la quale l'inadempimento all'obbligo di comunicazione da parte del cassaintegrato comporta la perdita alla integrazione salariale solo per il periodo successivo a detto inadempimento e non per il periodo anteriore –, attenua la portata applicativa della norma in esame, volta ad assicurare la massima efficacia ai controlli dell'Istituto, funzionalizzati, da un lato, a ridurre l'area del cd. «lavoro nero» e a garantire, dall'altro, che, nel rispetto del precetto dell'art. 38 Cost., «le risorse disponibili per gli interventi di integrazione salariale siano effettivamente destinate al sostegno dei disoccupati», come nella riportata ordinanza del giudice delle leggi è stato sottolineato. Ed è corollario logico di quanto sinora detto che si traduce in un totale discono-

scimento del carattere sanzionatorio della disposizione in esame e della sua *ratio* l'assunto che, patrocinando nel caso di specie una decadenza parziale dal trattamento salariale, attribuisca a un istituto – quale quello della cassa integrazione – sorto per finalità sociali a presidio costituzionale, una ingiusta, seppure parziale, operatività per tutti quei cassaintegrati che dette finalità sociali hanno mostrato con la loro condotta di volere disattendere. A tale riguardo non può dubitarsi della validità delle svolte argomentazioni solo che si consideri che nella realtà fattuale il limitare la decadenza dall'integrazione salariale solo al periodo successivo all'inizio dell'attività lavorativa da parte del cassaintegrato può indurre – in ragione dell'approssimarsi della cessazione della cassa integrazione e del già avvenuto godimento del trattamento salariale per buona parte della sua durata – alla violazione dell'obbligo informativo attraverso l'accettazione di convenienti, sul piano economico, offerte lavorative cumulando in tal modo il corrispettivo per l'attività intrapresa e il trattamento salariale.

(*Omissis*)

(1) SULLA DECADENZA DAL DIRITTO ALLA INTEGRAZIONE SALARIALE
IN CASO DI MANCATA COMUNICAZIONE
DELLO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ LAVORATIVA

La Corte, con la sentenza in commento, attribuisce in via interpretativa un'efficacia *ex tunc* alla decadenza di cui all'art. 8, comma 5, del decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86 – convertito nella legge del 20 maggio 1988, n. 160 –, che può porsi in contrasto con un'interpretazione costituzionale dello spirito e della *ratio legis* della citata disposizione e dell'intera normativa disciplinante la materia dell'integrazione salariale.

La cassa integrazione, sia nella forma ordinaria, deputata a soccorrere in caso di crisi temporanea dell'impresa, sia in quella straordinaria, coniata dal legislatore per le ipotesi di crisi di lunga durata, consiste, infatti, in un sostegno al reddito del lavoratore che permetta al datore di lavoro di ridurre temporaneamente i costi del personale così da consentirgli di non licenziare i lavoratori e di impiegarli nuovamente una volta cessata la crisi, con la perdurante applicabilità della tutela durante la pendenza del rapporto di lavoro.

Così, in capo al prestatore di lavoro sussiste il diritto al risarcimento del danno in caso di illegittima scelta dei lavoratori da porre in cassa integrazione da parte del datore di lavoro, in caso di violazione del diritto al rientro, nonché nell'ipotesi di omessa o tardiva presentazione della domanda di ammissione alla cassa integrazione da parte del datore di lavoro e, addirittura, nel caso di rigetto della predetta domanda qualora si accerti che non esistevano i presupposti per riconoscere l'integrazione con conseguente obbligo del datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni non corrisposte (Vedi Cassazione 07 febbraio 2006, n. 2555, Cassazione 26 gen-

naio 2006, n. 1550, Cassazione 09 novembre 2001, n. 13926, Cassazione 08 giugno 1998, n. 5629, Cassazione 18 marzo 1993, n. 3228, Cassazione 23 gennaio 1990, n. 385).

L'irregolarità o la mancanza della cd. procedura sindacale che implica l'inammissibilità e quindi l'illegittimità della cassa integrazione genera, inoltre, il diritto del lavoratore alla retribuzione intera per i periodi di riduzione o sospensione già realizzati.

Ora, il nostro ordinamento prevede due forme di decadenza: a) la decadenza collegata al mancato adempimento di un onere entro un dato termine che importa la perdita occasionale della facoltà di esercitare il diritto; b) la decadenza sanzionatoria per la quale, al mancato adempimento di un onere o al realizzarsi di talune condizioni negative, consegue la perdita di un diritto già esercitato. Nel primo caso, la decadenza opera *ex tunc*, nel secondo, *ex nunc* come nel caso della patria potestà *ex art. 330 cod. civ.* Inoltre, l'efficacia retroattiva della decadenza assume il carattere della eccezionalità rispetto alla normalità dei casi previsti dal nostro ordinamento, quanto meno rispetto ai diritti che spiegano la loro efficacia nel tempo. Ne segue che l'efficacia retroattiva non si addice a un'interpretazione letterale della norma anche sotto il profilo tecnico-giuridico.

Si tenga presente, inoltre, che trattasi di una decadenza anomala poiché ancorata, da un lato, a un fatto negativo, l'omissione della preventiva comunicazione all'Inps dello svolgimento di attività lavorativa e, dall'altro, perché l'obbligo di comunicazione preventiva prescritto a carico del lavoratore cassaintegrato, oltre a essere sfornito di un termine tecnico di adempimento, ha a oggetto lo svolgimento di attività lavorativa, di per sé fatto positivo, con conseguente difficoltà di comprensione della valenza e significato giuridici del termine «preventiva».

Sposando la tesi sostenuta dalla Suprema Corte nella sentenza in esame, si potrebbe così giungere alla paradossale ipotesi di un lavoratore cassaintegrato che, avendo iniziato a lavorare da un solo giorno e avendo comunicato all'Inps soltanto il giorno successivo l'inizio dello svolgimento di attività lavorativa, si trovi sanzionato con la perdita dell'intero trattamento di integrazione salariale.

È preferibile ipotizzare che il termine «preventiva» possa riferirsi al momento antecedente la corresponsione della retribuzione della iniziata attività lavorativa al fine di non cumulare trattamento di cassa integrazione e retribuzione: così si avrebbe l'interpretazione costituzionale di una decadenza collegata sì a un fatto negativo (la mancata comunicazione), ma con l'oggetto della comunicazione che è un fatto positivo (svolgimento di attività lavorativa).

Utile, al fine di una corretta interpretazione dell'art. 8, comma 5, del decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86, sembra, poi, il raffronto fra la decadenza in esame e quella dall'indennità di malattia prevista dal comma 14 dell'art. 5 del decreto legge del 12 settembre 1983 convertito nella legge dell'11 novembre 1983, n. 638, il quale dispone: «Qualora il lavoratore, pubblico o privato, risulti assente alla visita di controllo senza giustificato motivo, decade dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a 10 giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, esclusi quelli di ricovero ospedaliero o già accertati da precedente visita di controllo». La norma ora descritta, a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale con sentenza del 26 gennaio 1988, n. 78, è stata dichiarata incostituzionale nella parte in cui non pre-

vede 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.

Tanto l'indennità di malattia, quanto il trattamento di integrazione salariale, sono istituti finalizzati a sostenere il lavoratore in un particolare momento di bisogno: la malattia (art. 32 della Costituzione), nel caso della prima, l'assenza di una retribuzione per crisi aziendale (artt. 36 e 38 della Costituzione), nel secondo.

In entrambi i casi la legge prevede una decadenza sanzionatoria: *ex art.* 5, comma 14, del decreto legge del 12 settembre 1983 nel caso dell'indennità di malattia ed *ex art.* 8, comma 5, del decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86, per il trattamento di integrazione salariale.

Ebbene, mentre nel caso dell'indennità di malattia la legge specifica termini, misura e limiti della decadenza stabilendo che il lavoratore assente alla visita di controllo decade dal diritto a qualsiasi trattamento economico per l'intero periodo sino a dieci giorni e nella misura della metà per l'ulteriore periodo, nell'ipotesi del trattamento di integrazione salariale tale specificazione viene omessa con conseguente impossibilità, per l'interprete, di attribuire a quest'ultima decadenza un'efficacia *ex tunc* che la legge non le attribuisce esplicitamente e che sarebbe in ogni caso contraria allo spirito della norma e al principio *ubi lex voluit dixit*.

Si rileva, inoltre, che non sembra risolvente l'intervento della Corte Costituzionale, la quale, né con la sentenza del 26 maggio 1995, n. 195, né con l'ordinanza del 07 giugno 1996, n. 190, quest'ultima adottata dalla Suprema Corte nella decisione in commento quale argomento a favore della tesi sostenuta, si è pronunciata sul profilo temporale della decadenza.

Con la sentenza del 26 maggio 1995, n. 195, infatti, il giudice delle leggi ha solamente affrontato la differente questione della mancata distinzione, ai fini della decadenza, fra occupazione temporanea o saltuaria e occupazione a durata indeterminata a tempo pieno, da un lato, e omissione e mero ritardo nella comunicazione di cui al comma 5 del predetto art. 8 dall'altro, facendo salva la legittimità della norma. Quanto all'ordinanza del 07 giugno 1996, n. 190, la Corte Costituzionale si è limitata a rigettare la questione di legittimità sollevata in ordine all'art. 8, comma 5, del decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86, per ravvisato contrasto con gli artt. 36, comma 1, e 38, comma 2, della Costituzione in quanto la sanzione di cui al comma 5 sembrava, al giudice rimettente, eccessiva se paragonata a quella del comma 4, e ha ritenuto non confrontabili le disposizioni dei commi 4 e 5 poiché solo a questo ultimo compete una portata sanzionatoria.

In entrambi i casi, però, nessuna pronuncia sul profilo temporale della decadenza.

Né il fatto che la Corte Costituzionale con la predetta ordinanza del 07 giugno 1996, n. 190, abbia chiarito che non è possibile la graduazione della sanzione secondo un criterio di proporzione, pena la vanificazione della sanzione stessa, implica necessariamente una decadenza *ex tunc* e non *ex nunc*.

Ne segue che, interpretando la decadenza in esame come decadenza *ex nunc*, non solo sarebbe comunque salva la portata sanzionatoria del comma 5 del citato art. 8, ma si rispetterebbe e, anzi, si darebbe piena attuazione alla *ratio legis* sottesa alla predetta norma: «assicurare la massima efficacia ai controlli dell'Istituto», funzionalizzati, da un lato, a ridurre l'area del cd. «lavoro nero» e a garantire, dall'altro, che, nel rispetto del

precetto dell'art. 38 Cost., «le risorse disponibili per gli interventi di integrazione salariale siano effettivamente destinate al sostegno dei disoccupati», così come evidenziato dalla Suprema Corte con la decisione in commento e dalla Corte Costituzionale con l'ordinanza del 07 giugno 1996, n. 190.

Quanto all'argomento dell'unitarietà del rapporto relativo all'ammissione di un'impresa alla cassa integrazione guadagni addotto dalla Suprema Corte a sostegno della propria tesi, si rileva che la predetta unitarietà è sostenibile solo in riferimento al provvedimento concessivo, ma l'erogazione del trattamento di cassa integrazione in favore del lavoratore è necessariamente parcellizzato mensilmente. Tale distinzione è imposta dal fatto che diversi sono i presupposti perché sorga il diritto al trattamento di integrazione salariale a favore del lavoratore rispetto a quelli per il datore.

Del resto la stessa Corte di Cassazione, in altre occasioni, ha stabilito che la decadenza del lavoratore dal diritto al trattamento di integrazione salariale deve considerarsi all'interno di ciascun periodo di cassa integrazione nel quale si sia verificata l'omissione (Vedi Cassazione 20 marzo 2001, n. 3949, e in senso conforme Cassazione 14 marzo 2001, n. 3690, in *Giust. civ.*, 2001, I, par. 1820). Sempre la Suprema Corte, con sentenza del 22 giugno 1999, n. 6338, ha, inoltre, statuito che: «Ciascun periodo per il quale sia stato richiesto e ottenuto un provvedimento di concessione del trattamento di integrazione salariale – ancorché sotto forma di proroga di quello già in atto – è distinto e separato dai periodi successivi, e ognuno dei medesimi periodi ha rilevanza giuridica autonoma rispetto agli altri per quanto attiene ai diritti e obblighi connessi al godimento del beneficio; ne consegue che l'adempimento da parte del lavoratore dell'onere di comunicare preventivamente all'Inps lo svolgimento di attività lavorativa autonoma o subordinata [...] va verificato con riferimento al periodo di integrazione salariale di volta in volta autorizzato e la sanzione della decadenza, comminata per l'inosservanza dell'onere anzidetto, produce i suoi effetti all'interno del singolo periodo nel corso del quale il fatto che vi ha dato luogo si è verificato ed esaurito».

In ordine all'art. 38, comma 2, della Costituzione, oltre a quanto sopra sostenuto, si rileva, inoltre, che l'asserita possibilità per il lavoratore cassaintegrato decaduto dal trattamento di integrazione salariale di fruire del trattamento ordinario di disoccupazione non sembra argomento sufficiente a scongiurare la violazione del dettame costituzionale, in quanto l'ammissione dell'impresa alla cassa integrazione non interrompe il rapporto di lavoro fra imprenditore ammesso alla Cig e prestatore cassaintegrato, mentre presupposto per godere della predetta indennità di disoccupazione è la cessazione definitiva del rapporto di lavoro. Ne segue l'evidente impossibilità del lavoratore cassaintegrato, decaduto *ex tunc* per omessa comunicazione ai sensi dell'art. 8, comma 5, del d.l. 21 marzo 1988 dal trattamento di integrazione salariale, di godere della indennità di disoccupazione con conseguente violazione degli artt. 36 e 38, comma 2, della Costituzione, nonché dell'art. 2 in quanto il lavoratore si troverebbe a non poter fruire né del trattamento di integrazione salariale, né dell'indennità di disoccupazione, né della corresponsione della retribuzione.

È probabile che nell'interpretazione della norma e nella decisione della Corte possa aver inciso il caso concreto nel quale il lavoratore per lunghi mesi aveva percepito compensi per la nuova attività e, contemporaneamente, anche il trattamento di cassa integrazione (precisamente da luglio a novembre).

Un'interpretazione astratta e rigida, invece, potrebbe portare a una situazione di manifesta ingiustizia nel caso riferito di un lavoratore che ritardi anche di un solo giorno la «comunicazione preventiva» e che si troverebbe, quindi, con un indebito rilevante dovendo restituire l'intero periodo precedente di cassa integrazione.

D'altra parte, si ribadisce che la stessa Corte di Cassazione aveva espresso un diverso orientamento (Vedi sentenze Cassazione 20 marzo 2001, n. 3949, e in senso conforme Cassazione 14 marzo 2001, n. 3690, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1820, nonché 22 giugno 1999, n. 6338).

Essendosi, pertanto, creato un conflitto tra le Sezioni lavoro sarebbe opportuno, quanto meno, rimettere la questione all'esame delle Sezioni Unite della Suprema Corte.

Raffaella Cultrera
Avvocato in Roma

**ANALITICO-ALFABETICO
DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI**

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

Lavoro subordinato – Criteri distintivi – Obbligo di rendiconto ed esistenza di un rischio – Effettivo vincolo di subordinazione (Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9264, Sez. lav.) 616

Partecipazione agli utili e alle perdite – Commisurazione ai ricavi – Ammissibilità – Previsione di una quota fissa – Ammissibilità (Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9264, Sez. lav.) 616

CASSA INTEGRAZIONE GUADAGNI

Attività lavorativa spiegata dal cassaintegrato – Decadenza dal diritto – Art. 8, comma 5, del decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86, convertito nella legge del 20 maggio 1988, n. 160 – Interpretazione letterale e *ratio legis* – Decadenza dal globale trattamento salariale – Effetti (Cassazione, 21 febbraio 2007, n. 4004, Sez. lav.) 763

CONTRATTO A TERMINE

Specificazione delle ragioni giustificative – Mancanza – Conseguenze – Nullità del termine – Art. 1419, comma 2, cod. civ. (Tribunale Genova, 14 novembre 2006, Sez. lav.) 693

CONTROVERSIE DI LAVORO

Incapacità a testimoniare – Art. 246 cod. proc. civ. – Interesse di mero fatto – Irrilevanza (Cassazione, 10 luglio 2006, n. 15123, Sez. lav.) 719

INDENNIZZO EX LEGGE N. 210/1992

Contagio da HCV – Epatite cd. silente – Incidenza sulla capacità di produrre reddito – Mancanza – Diritto all'indennizzo – Spetta (Cassazione, 4 maggio 2007, n. 10214, sez. lav.) 746

INTERPOSIZIONE DI MANODOPERA

Individuazione del soggetto titolare del contratto in caso di interposizione vietata – Subordinazione come alienità dei mezzi di produzione ed esautorazione dal risultato produttivo – Onere della prova (Cassazione, 16 gennaio 2007, n. 820, Sez. lav.) 654

LAVORO ALL'ESTERO

Licenziamento ingiustificato – Contrasto con l'ordine pubblico della legge straniera – Tutela (Cassazione, 9 maggio 2007, n. 10549, Sez. lav.) 595

Licenziamento ingiustificato – Legge applicabile – Criteri *ex art. 16* Convenzione di Roma – Limite dell'ordine pubblico – Accertamento d'ufficio della legge straniera (Cassazione, 9 maggio 2007, n. 10549, Sez. lav.) 595

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Dirigente apicale – Art. 7, legge n. 300/70 – Garanzie procedurali – Applicabilità – Conseguenze (Cassazione, 30 marzo 2007, n. 7880, Ss.Uu. Civ.) 630

Reintegrazione nel posto di lavoro – Opzione per l'indennità sostitutiva delle quindici mensilità – Risoluzione del rapporto – Diritto al risarcimento del danno fino alla data di dichiarazione della scelta per la prestazione sostitutiva (Tribunale Genova, 5 marzo 2007, n. 276, Sez. lav.) 660

MANSIONI

Demansionamento – Pagamento retribuzioni – Inadempienza – Limiti – Conseguenze (Cassazione, 9 maggio 2007, n. 10547, Sez. lav.) 609

Mansioni superiori – Pubblico dipendente – Differenze retributive (Tribunale Ancona, 6 luglio 2006, Sez. lav.) 710

PREVIDENZA COMPLEMENTARE

Tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro – Direttiva n. 80/987/Cee – Attuazione – Art. 8 – Prestazioni di vecchiaia – Tutela dei diritti maturati – Ampiezza della tutela – Responsabilità di uno Stato membro per scorretta attuazione di una direttiva – Presupposti (Corte di Giustizia delle Comunità europee, 25 gennaio 2007, causa C-278/05, Seconda Sezione) 725

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE

Sanzione – Impugnazione in giudizio – Riduzione a opera del giudice – Inammissibilità – Limiti (Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8910, Sez. lav.) 625

SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO

Somministrazione di lavoro a termine – Contratto di lavoro – Conoscenza e controllo – Onere utilizzatore – Sussistenza (Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, n. 226, Sez. lav.) 681

Somministrazione di lavoro a termine – Presupposti – Onere della prova (Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, n. 226, Sez. lav.) 681

Somministrazione di lavoro a termine – Scissione titolarità rapporto – Atipicità (Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, n. 226, Sez. lav.) 681

Somministrazione di lavoro a termine – Somministrazione irregolare – Costituzione a tempo indeterminato (Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, n. 226, Sez. lav.) 681

TRASFERIMENTO DI LAVORATORE

Trasferimento del lavoratore – Incompatibilità aziendale – Art. 2103 cod. civ. – Legittimità – Poteri datoriali – Sanzioni disciplinari (Cassazione, 23 febbraio 2007, n. 4265, Sez. lav.) 644

CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI GIUDIZIARI

2006

LUGLIO

Tribunale Ancona, 6 luglio 2006, Sez. lav. – G.U. De Antoniis – Papi (avv.ti Medici, Gabrielli) c. Comunità Montana dell'Esino-Frasassi, in persona del legale rappresentante *pro tempore* (avv.ti G. Ranci, A. Ranci). 710

Cassazione, 10 luglio 2006, n. 15123, Sez. lav. – Pres. Ianniruberto, P.M. Matera (concl. conformi) – Cofra Srl (avv. Marini) c. R. A. (avv. Caroppo). 719

NOVEMBRE

Tribunale Genova, 14 novembre 2006, Sez. lav. – Giud. Gelonesi – X c. Y. 693

2007

GENNAIO

Cassazione, 16 gennaio 2007, n. 820, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Est. Vidimi, P.M. Sepe (Concl. conf.) – G. Serenata (avv.ti De Michele, Ruggiero) c. Villa Giovanna (avv. D. Garofalo) e Cooperativa Cia (avv. Luparelli). 654

Tribunale Milano, 24 gennaio 2007, n. 226, Sez. lav. – Est. Beccarini Crescenzi – V. B. (avv. Zezza) c. Poste italiane Spa (avv.ti Maresca, Morrico, Boccia). 681

Corte di Giustizia delle Comunità europee, 25 gennaio 2007, causa C-278/05, Seconda Sezione – Pres. C. W. A. Timmermans, Rel. L. Bay Larsen, Avv. Gen. J. Kokott – C. M. R. e altri c. Secretary of State for Work and Pensions. 725

FEBBRAIO

Cassazione, 21 febbraio 2007, n. 4004, Sez. lav. – Pres. Senese, Est. Vidiri, P.M. Matera (concl. diff.) – Inps (avv.ti Fabiani, Triolo e De Rose) c. R. M. (avv. Boer). 763

Cassazione, 23 febbraio 2007, n. 4265, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Est. De Matteis, P.M. Fedeli (conf.) – Poste italiane Spa (avv. Ursino) c. T. F. (intimato).
Cassa Corte d'App. Latina, 30 giugno 2003, n. 34 644

MARZO

Tribunale Genova, 5 marzo 2007, n. 276 – Est. Melandri – G. L. (avv.ti A. e M. Scancarello) c. Rfi Spa (avv.ti C. e A. Pargoletti). 660

Cassazione, 30 marzo 2007, n. 7880, Ss.Uu. Civ. – Pres. V. Carbone, Rel. Vidiri, P.M. Iannelli (concl. conf.) – M. M. c. Ac. Pu. Spa.
Cassa Corte d'App. Bari 10 novembre 2003. 630

APRILE

Cassazione, 13 aprile 2007, n. 8910, Sez. lav. – Pres. Mercurio, Rel. Roselli, P.M. Fedeli (concl. conf.) – S. W. (avv. Napolitano, Viola) c. Ras – Riunione Adriatica di Sicurtà Spa (avv. Scognamiglio, Favalli, Trifirò, Porcelli). 625

Cassazione, 18 aprile 2007, n. 9264, Sez. lav. – Pres. Sciarelli, Rel. Vidiri, P.M. Fedeli – Autoespert Srl (avv. Aschieri) c. Inps (avv.ti Cossu, Correra, Coretti) e Loseri Spa.
Cassa Corte d'App. Brescia 27 agosto 2004. 616

MAGGIO

Cassazione, 4 maggio 2007, n. 10214 – Pres. Senese, Est. Picone – Ministero della salute (Avvocatura dello Stato) c. F. N. (avv. R. Maffei) – P. M. I. Patrone (concl. conf.). 746

Cassazione, 9 maggio 2007, n. 10547, Sez. lav. – Pres. De Luca, Est. Balletti, P.M. Nardi (conf.) – M. R. (avv.ti Vesce e Carinci) c. A. O. T. (avv.ti Romanelli e Garofalo). 609

Cassazione, 9 maggio 2007, n. 10549, Sez. lav. – Pres. Mattone, Rel. Miani Canevari, P.M. Abbritti (concl. rig.) – Banca Roma Spa (avv. Perone) c. B. G. (avv. Milani). (Rigetta, Corte d'App. L'Aquila, 22 Luglio 2004). 595

PRINCIPALI FONTI NORMATIVE E CONTRATTUALI

COSTITUZIONE

art. 2	746, 769
art. 3	613, 637, 653, 697, 723,
.....	751
art. 4	653, 668
art. 32	746, 768
art. 35	668
art. 36	616, 697, 715, 765
art. 38	697, 743, 756, 765
art. 41	626, 644, 691
art. 76	688, 698
art. 77	698
art. 97	716
art. 111	629

Preleggi

art. 12	763
---------------	-----

CODICE CIVILE

art. 96 disp. att.	634
art. 330	767
art. 651	663
art. 746	673
art. 1175	720
art. 1278	663
art. 1285	662

art. 1286	662
art. 1288	662
art. 1320	675
art. 1324	678
art. 1339	701
art. 1363	644
art. 1369	655
art. 1375	720
art. 1384	626
art. 1418	700
art. 1419	693
art. 1421	705
art. 1424	626
art. 1453	672
art. 1460	613
art. 1556	663
art. 2043	752
art. 2050	753
art. 2071	635
art. 2086	627
art. 2094	654, 666, 684
art. 2095	633
art. 2103	609, 644, 715
art. 2104	625
art. 2105	627
art. 2106	612, 628, 639
art. 2118	640, 720
art. 2119	609, 640
art. 2126	696, 715
art. 2549	616
art. 2550	616
art. 2551	616
art. 2552	616
art. 2553	616
art. 2554	616
art. 2697	655, 720
art. 2729	655
art. 2735	713
art. 2858	673

CODICE PROCEDURA CIVILE

art. 151 disp. att.	720
art. 90	720

art. 100	722
art. 103	722
art. 112	626, 720
art. 113	595
art. 115	615
art. 116	720
art. 246	719
art. 247	723
art. 273	720
art. 274	720
art. 345	720
art. 360	612, 644, 655, 720
art. 378	747
art. 380	612
art. 384	596, 649
art. 414	656, 682
art. 416	626
art. 418	626
art. 420	724
art. 421	655, 723
art. 436	720
art. 442	751

LEGGI E DECRETI

T.U. degli Impiegati civili dello Stato, n. 3 del 1957	
art. 32	648
r.d. n. 1825/1924	632
legge n. 563/26	632
r.d. n. 1130/26	
art. 6	632
art. 34	632
legge 23 ottobre 1960, n. 1369	
art. 1	685
art. 1	655, 696
legge n. 230 del 1962	
art. 1	694
legge 15 luglio 1966, n. 604	
art. 1	641
art. 1	607, 720
art. 3	720
art. 8	662
art. 10	635
legge 20 maggio 1970, n. 300	596

art. 3	625
art. 7	612, 627, 630, 640, 644
art. 13	647
art. 18	595, 660, 683, 708, 720
legge 29 aprile 1976, n. 177	748
legge n. 675 del 1977	
art. 28	764
legge n. 833 del 1978	751
d.P.R. 23 dicembre 1978, n. 915.....	748
d.P.R. 30 dicembre 1981, n. 834.....	746
decreto legge 12 settembre 1983	
art. 5	767
legge 11 novembre 1983, n. 638.....	767
legge 2 maggio 1984, n. 111	
art. 4	748
d.l. n. 726 del 1984	
art. 5	697
legge n. 863 del 1984	
art. 3	696
legge 18 dicembre 1984, n. 975	595
art. 16	596
legge n. 56 del 1987	
art. 23	702
decreto legge del 21 marzo 1988, n. 86	
art. 8	763
legge del 20 maggio 1988, n. 160.....	763
legge 11 maggio 1990, n. 108.....	661
art. 1	664
legge n. 223 del 1991	673
art. 4	720
art. 5	720
art. 24	720
legge n. 412 del 1991	714
d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 80	
art. 5	743
legge n. 104 del 1992	758
legge 25 febbraio 1992, n. 210	746
art. 1	747
art. 2	747
art. 4	748
legge n. 421 del 1992	
art. 2	715

d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29	
art. 56	715
art. 72	648
legge 31 maggio 1995, n. 218.....	595
art. 14	598
art. 16	596
art. 17	603
art. 57	596
legge n. 335 del 1995	
art. 3	758
legge n. 196 del 1997	683
art. 1	691
art. 10	696
art. 12	695
d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80.....	648
legge 9 febbraio 1999, n. 30	739
d.lgs. n. 38 del 2000	757
d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61	697
legge delega n. 422 del 2000	
art. 1	698
d.lgs. n. 165 del 2001	
art. 5	633
art. 52	711
d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368	
art. 1	689, 693
art. 2	688
art. 5	695
art. 10	708
art. 11	694
legge 14 febbraio 2003, n. 30	
art. 1	688
d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276	
art. 20	682
art. 21	682
art. 22	684
art. 27	681, 696
art. 30	686
art. 85	685
art. 86	691
d.lgs. 6 ottobre 2004, n. 251	
art. 5	687
d.lgs. 29 ottobre 2005, n. 229.....	761
d.lgs. n. 40 del 2006	633

LEGGI DEGLI U.S.A.

Civil rights Act (1964).....	599
Employee retirement income security Act....	597
Family and medical Act.....	597
National labour relations Act (1935).....	597
New York employment relations Act.....	597
Occupational safety and health Act.....	597

LEGGI DEL REGNO UNITO

PA

art. 75	726
art. 286	730

UNIONE EUROPEA

Trattato Ce

art. 4	707
art. 98	707
art. 105	707
art. 117	739
art. 136	707, 739
art. 137	708

Commissione europea

Direttiva del Consiglio 20 ottobre 1980,
n. 80/987/Cee

art. 1	740
art. 2	740
art. 3	729
art. 4	729
art. 5	736
art. 6	736
art. 7	729
art. 8	725
art. 9	728
Direttiva n. 93/104	
art. 18	707
Direttiva n. 97/81	
clausola 6	707
Direttiva del Consiglio 29 giugno 1998, n. 98/49/Ce.....	738

Direttiva n. 1999/70/Cee	689
clausola 8	698
Direttiva n. 2002/74/Ce	736
Direttiva n. 2003/41/Ce	738

CCNL E ACCORDI SINDACALI

Ccnl dell'area della dirigenza medica-veterinaria del S.S.N.	
art. 23	613

Ccnl per il personale dipendente dell'ente Poste italiane del 26 novembre 1994	
art. 28	644

Ccnl Ministeri 1994-1997	648
--------------------------------	-----

CONVENZIONI E ACCORDI INTERNAZIONALI

Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.....	739
art. 24	740

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea	
art. 30	607

Carta sociale europea del 18 ottobre 1961	
art. 4	739
art. 12	739

Convenzione di Roma del 19 giugno 1980	
art. 3	602
art. 4	597
art. 5	603
art. 6	601
art. 7	596
art. 16	595

PUBBLICITÀ UNIPOL

RICORDA:

QUELLA CON LE MANI
(CONVENZIONE CGIL-UNIPOL)

PUBBLICITÀ UNIPOL

RICORDA:

QUELLA CON LA BAMBINA (RCA + C/C)

Finito di stampare
nel mese di dicembre 2007
dalla Tipografia O.GRA.RO.
Vicolo dei Tabacchi, 1 – 00153 Roma

